



HAL
open science

Le traitement juridique spécial du chirurgien esthétique

Ahmad El Ayoubi

► **To cite this version:**

Ahmad El Ayoubi. Le traitement juridique spécial du chirurgien esthétique. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D023 . tel-01889920

HAL Id: tel-01889920

<https://theses.hal.science/tel-01889920>

Submitted on 8 Oct 2018

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.



Ecole de droit de la Sorbonne
Ecole doctorale de droit privé

Le traitement juridique spécial du chirurgien esthétique

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit
de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Présentée et soutenue publiquement par

Ahmad El AYOUBI

Devant un jury composé de

Loïc CADIET, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, directeur de thèse.

Patrice JOURDAIN, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Mustapha MEKKI, Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité, rapporteur.

Chlotilde GRARE-DIDIER, Professeur à l'Université Paris-Descartes (Paris V), rapporteur.

Date de soutenance : 5 juillet 2018

L'université Paris I – Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

RESUME ET MOTS-CLES

SUMMARY AND KEYWORDS

RESUME

La place primordiale accordée à l'apparence physique dans la société actuelle, qui est une société de « l'image », a fait de la chirurgie esthétique la pratique chirurgicale la plus répandue et réclamée. Cette pratique, d'abord considérée illicite, puis exclusivement liée à des fins thérapeutiques, fut reconnue par la jurisprudence française à la suite d'une évolution prétorienne en 1936. Les raisons d'un tel retard de reconnaissance résident dans la spécificité qui distingue la chirurgie esthétique des autres branches de la médecine chirurgicale : en effet, la chirurgie esthétique se caractérise d'une part par sa nature qui est dépourvue de toute finalité curative et qui est réalisée sur une personne jouissant d'une bonne santé et, d'autre part, par sa finalité puisqu'elle vise à réaliser une amélioration de l'apparence physique et de la morphologie de la personne concernée. Cette double spécificité distingue également la chirurgie esthétique de la chirurgie reconstructrice et réparatrice. Ces caractéristiques mêmes de la chirurgie esthétique ont exigé, de la jurisprudence, mais également du législateur français, un traitement juridique spécial du chirurgien esthétique en vue d'éviter que ce dernier ne profite de la fragilité, aussi bien physique que psychique, de la personne ayant une obsession de beauté et de perfectionnement physique dans un domaine non curatif. C'est ainsi que nous avons abordé, dans la présente étude, les points spécifiques du traitement juridique du chirurgien esthétique, tant au regard de ses obligations que de sa responsabilité.

Relativement aux obligations, la spécificité de la chirurgie esthétique exige tout d'abord un devoir d'information rigoureuse de la part du praticien afin d'aboutir à un consentement préalable éclairé du patient, ce qui suppose un devis écrit contenant tous les renseignements relatifs à l'intervention. Elle exige, d'autre part, un processus préalable en trois étapes : la première concerne le processus de focalisation permettant de cibler les divers éléments pouvant affecter directement l'intervention et ce par voie d'établissement de deux sortes de bilan et par voie de recours à des méthodes spécifiques de focalisation ; la deuxième étape concerne le processus d'appréciation, en vue duquel une opération d'évaluation des éléments inclus dans les deux bilans dressés sera faite pour aboutir soit à dégager l'utilité ou l'inutilité de l'intervention, soit à montrer la légitimité ou l'illégitimité de celle-ci sur base de la notion de disproportion ;

la dernière étape concerne le processus décisionnel qui exige du chirurgien esthétique de procéder à une phase préliminaire avant de se comporter conformément à l'appréciation faite, donc à intervenir ou à s'abstenir.

Pour ce qui est de la responsabilité du chirurgien esthétique, elle est également spécifique, et ce sur les plans civil et pénal :

Sur le plan civil, sa spécificité a poussé la jurisprudence française, qui a réalisé son approche du point de vue de la nature de l'obligation du chirurgien esthétique, à procéder à une démarche de « mutation » des règles applicables en droit commun dans une tentative de les adapter à la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique et de la responsabilité du praticien qui en découle. Cependant, la démarche jurisprudentielle était inadaptée à la spécificité de la chirurgie esthétique, et a entraîné une large confusion au sein de la jurisprudence et de la doctrine ; elle est donc critiquable. C'est ainsi que la présente étude propose un régime spécifique à la responsabilité civile du chirurgien esthétique à trois facettes :

La détermination du cadre juridique de la responsabilité contractuelle du chirurgien esthétique liée à la spécificité du contrat de chirurgie esthétique ayant pour objet unique l'amélioration de morphologie et pour objectif la réalisation du résultat attendu qui a justifié l'intervention esthétique ; ainsi le chirurgien garantit le résultat esthétique de l'intervention.

Le maintien de la responsabilité extracontractuelle en ce qui concerne les dommages qui surviennent à l'occasion de l'exécution de l'obligation contractuelle.

L'institution d'un régime spécifique prenant en considération l'éventualité des dommages survenus en raison des aléas thérapeutiques et des risques exceptionnels, en envisageant un régime d'indemnisation automatique lié à des cas spécifiques qui se place en dehors du régime de la responsabilité civile.

Quant à la responsabilité pénale du chirurgien esthétique, une incrimination spéciale et strictement adaptée à la nature de la chirurgie esthétique s'applique essentiellement dans trois circonstances : le remodelage sexuel, la publicité mensongère et l'expérimentation scientifique.

MOTS CLES

Image– apparence – chirurgie esthétique – absence de but curatif – amélioration de la morphologie – obligation d'information alourdie – consentement préalable éclairé – devis écrit obligatoire – exhaustivité de l'information – subtilité de l'information –

intensité de l'information – personnalisation de l'information – consentement éclairé préalable – délai de réflexion – charge de la preuve – focalisation – dialogue thérapeutique – utilité de l'intervention – disproportion manifeste et incluse – légitimité et illégitimité de l'intervention – dommages – bilans – entretien psychologique – état de nécessité – expérimentation scientifique – faute – fragilité – infections nosocomiales – nécessité thérapeutique – obligation de moyens – obligation de résultat – obligation de sécurité – cas de rattachement – indemnisation – risque – résultat esthétique – responsabilité contractuelle – responsabilité extracontractuelle – responsabilité pénale – remodelage sexuel – publicité – expérimentation scientifique – aléa thérapeutique.

ABSTRACT

Title: Special legal treatment of the cosmetic surgeon

The prominent place given to physical appearance in the current society qualified as the society of the “image”, has made cosmetic surgery, the most common surgical practice and claimed. This practice which was deemed illegal at one time and was then linked to the only therapeutic purposes has been recognized by the French courts following a change praetorian in 1936. The reasons supporting such a delay of recognition result from the specificity that distinguishes cosmetic surgery of the other surgical branches, it's characterized by its very nature which is devoid of any curative purposes and is performed on a healthy person and its purpose is to achieve an improvement in the physical appearance and the morphology of the person concerned. This dual specificity also distinguishes cosmetic surgery from reconstructive and restorative surgeries. The specifications of cosmetic surgery required a special legal treatment of the cosmetic surgeon so it does not take advantage of the physical and mental fragility that has an obsession with beauty and physical development. Thus, we approached in this study the specific features of the legal treatment of the cosmetic surgeon in terms of obligations and responsibility.

Regarding obligations, the specificity of cosmetic surgery requires a rigorous information obligation of the cosmetic surgeon to lead to a prior informed consent of the patient contained also on a written quotation. It requires a three-step process prior : the first concerns the focusing process designed to focus the various elements that

directly affect the operation through the establishment of two kinds of balance and using specific methods focus; the second relates to the assessment process, an operation for which assessment items included in the two reports drawn up will be made to arrive to clear the usefulness or uselessness of intervention, or to show its legitimacy or illegitimacy based on the notion of disproportionality; the last is the decision-making process that requires cosmetic surgeon to perform a preliminary phase before behave according to the assessment made, by performing surgery or abstaining.

As for the cosmetic surgeon's responsibility, it is also specific regarding its civil and criminal responsibilities:

Specificity of its liability has led the French courts which made its approach towards the nature of the cosmetic surgeon's obligation to conduct a process of «changing» the rules of common law in an attempt to adapt to specificity of cosmetic surgery and the resulting liability. However, the judicial process was not adapted to the specificity of cosmetic surgery, it led to a significantly wider confusion in the jurisprudence and doctrine, it is therefore questionable.

Thus, we propose in this paper a specific regime for civil liability cosmetic surgeon three-sided:

The contractual liability of the cosmetic surgeon linked to the specific contract cosmetic surgery that aims to improve morphology and has the objective of achieving the expected result which has justified the intervention. Thus, the cosmetic surgeon provides the aesthetic result of the intervention.

Maintaining liability regarding damages that occur during the execution of the contractual obligation.

The establishment of a special regime taking into account the case of damage due to therapeutic hazards and exceptional risks considering a compensation scheme automatically linked to specific cases that are placed outside the regime of civil liability.

As to the criminal responsibility of the cosmetic surgeon, a special incrimination is strictly adapted to the nature of the surgery mainly applies in three situations: sexual remodeling, false advertising and scientific experimentation.

KEYWORDS

Image – appearance – cosmetic surgery – no curative object – improved morphology – Information heavier duty – prior informed consent – written estimate required –

completeness of information – subtle information – intense information –
personalization of information – informed consent – period of reflection – burden of
proof – focus – therapeutic dialogue – usefulness of the intervention – included and
manifest disproportionality – legitimacy and illegitimacy of intervention – damage –
balance sheets – psychological interview – necessity – scientific experimentation – fault
– fragility – nosocomial infections – therapeutic necessity – obligation of means –
obligation of result – safety obligation – cases of attachment – compensation – risk –
aesthetic result – contractual liability – extra-contractual liability – criminal liability –
sexual remodeling – advertising – scientific experimentation – therapeutic hazard.

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Loïc CADIET pour son encadrement, son soutien sans faille et ses encouragements permanents.

SOMMAIRE

SOMMAIRE.....	9
PRINCIPALES ABREVIATIONS	11
INTRODUCTION	14
CHAPITRE PRELIMINAIRE ELEMENTS DE DROIT COMPARE.....	29
PARTIE I LA LOGIQUE OBLIGATIONNELLE JUXTAPOSEE AU PROCESSUS DECISIONNEL EN CHIRURGIE ESTHETIQUE.....	48
TITRE I L'INFORMATION MESUREE A LA SPECIFICITE DE LA CHIRURGIE ESTHETIQUE	50
CHAPITRE I EXHAUSTIVITE DE L'INFORMATION	54
CHAPITRE II SUBTILITE DE L'INFORMATION	61
CHAPITRE III INFORMATION PERSONNALISEE.....	76
CHAPITRE IV INFORMATION INTENSE.....	100
TITRE II LA DEMARCHE VERS LA DECISION D'OPERER MESUREE A LA SPECIFICITE DE L'INTERVENTION EN CHIRURGIE ESTHETIQUE.....	124
CHAPITRE I LA DEMARCHE PREALABLE A L'INTERVENTION : REGLES APPLIQUEES PAR LA JURISPRUDENCE ET APPROCHE PERSONNELLE.....	126
CHAPITRE II LE PROCESSUS DE FOCALISATION	132
CHAPITRE III LE PROCESSUS D'APPRECIATION	152
CHAPITRE IV LE PROCESSUS DECISIONNEL	178
PARTIE II LA LOGIQUE DE RESPONSABILITE MESUREE A LA NATURE ET A LA FINALITE SPECIFIQUES DE L'INTERVENTION CHIRURGICALE ESTHETIQUE	189
TITRE I LA RESPONSABILITE CIVILE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE.....	191
CHAPITRE I ANALYSE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DIRECTE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE	193

CHAPITRE II CRITIQUE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DIRECTE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE	277
TITRE II LA RESPONSABILITE PENALE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE	308
CHAPITRE I RESPONSABILITE PENALE EN CAS DE REMODELAGE SEXUEL	311
CHAPITRE II RESPONSABILITE PENALE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE EN CAS DE PUBLICITE	331
CHAPITRE III RESPONSABILITE PENALE EN CAS D'EXPERIMENTATION SCIENTIFIQUE	358
CONCLUSION GENERALE.....	377
ANNEXES	386
BIBLIOGRAPHIE I. OUVRAGES GENERAUX.....	480
II. OUVRAGES SPECIAUX ET THESES.....	482
III. - ARTICLES, ETUDES, CHRONIQUES- ACTES DE COLLOQUE	485
IV- Ressources électroniques	490
INDEX ALPHABETIQUE	492
TABLE DES MATIERES.....	497

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ.....	Actualité jurisprudentielle
A.-L.....	Arrêté-loi
Ann. Chir. Plast. Esth..	Annales de Chirurgie Plastique Esthétique
A.R.....	Arrêté royal
A. Reg.	Arrêté su Régent
AFSSaPS.....	Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé
ANAES	Agence Nationale d'Accréditation et d'Evaluation en Santé
AP-HP.....	Assistance Publique-Hôpitaux de Paris
BID.....	Bénéfice Individuel Direct
BIG.....	<i>Beroepen dans de Individuele Gezondheidszorg</i>
Bull. acad. nat. méd. ...	Bulletin de l'académie nationale de médecine
Bull. civ.....	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
CA.....	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de Cassation
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cass. crim.....	Cour de cassation, Chambre criminelle
CCPPRB	Comités Consultatifs de Protection des Personnes dans la Recherche Biomédicale
CDU.....	Union Chrétienne Démocrate

CE	Conseil d'Etat
CNC	Conseil National de la Consommation
CPP	Comité de Protection des Personnes
CRCI	Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales
CSP	Code de la Santé Publique
FMCH	<i>Foederatio Medicorum Chirugicorum Helvetica</i>
GACD	<i>Gesellschaft für Chirurgie Ästhetische Deutschland</i>
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IGZ	<i>Inspectie voor de Gezondheidszorg</i>
IPL	<i>Intense Pulse Light</i> ou lumière intense pulsée
IPP	Incapacité Permanente Partielle
IR	Informations Rapides
JCP	Semaine juridique (JurisClasseur Périodique - Edition générale : G, entreprise : E, commerce et industrie : CI, sociale : S, etc.)
JO	Journal Officiel
JMLDM	Journal de Médecine Légale Droit Médical
KNMG	<i>Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst</i>
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
OSP	Organisation Suisse des Patients
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rev. dr. santé	Revue du droit de la santé
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle du droit civil
SBID	Sans Bénéfice Individuel Direct
SNCPRE	Syndicat National de Chirurgie Plastique, Reconstructrice et Esthétique
SNME	Syndicat National des Médecins Esthétiques
SOFCEP	Société Française des Chirurgiens Esthétiques Plasticiens

Trib. Civ..... Tribunal civil
Trib. Corr. Tribunal correctionnel
Trib. Gr. Inst. Tribunal de grande instance

INTRODUCTION

1. « ... des hommes et des femmes livrent leur visage et leur corps à de cruelles pratiques sacrificielles, l'officiant porte blouse blanche, l'autel se nomme bloc opératoire. [...] Une société, la nôtre, où s'emmêlent, inextricablement, l'être et le paraître »¹. En écrivant ces lignes, Noëlle Châtelet a présenté les caractéristiques fondamentales de l'époque actuelle : une société faisant du « paraître » une condition pour « être », une chirurgie esthétique réalisant le désir du « paraître » et par la suite de celui « d'être » et une beauté sur laquelle se fonde cette double texture « être » et « paraître ».

I. - La beauté : la sociabilité prévaut sur l'individualisation

2. **Définition.** La « beauté », terme couramment utilisé mais abstraitement conçu, facilement prononcé mais difficilement défini. La beauté constitue une aspiration humaine. Elle est définie par le dictionnaire comme étant « le caractère de ce qui est beau ». Cet adjectif « beau » décrit, comme le mentionne également le dictionnaire, ce qui « éveille un sentiment d'admiration, de grandeur, de noblesse, de plaisir, de perfection, d'intensité ».

¹ CHATELET Noëlle, *Corps sur mesure*, Seuil, 1998.

Ces dernières qualifications se traduisent à travers l'image de la personne et son apparence physique ; le « *corps* » constitue donc l'objet de la beauté. Celui-ci est d'une part, un « *facteur d'individualisation* » comme le décrit Durkheim², mais d'autre part, un facteur de sociabilité. En effet, le corps est la marque de l'individu qui le distingue des autres. Il constitue aussi « *ce vecteur sémantique par l'intermédiaire duquel se construit l'évidence de la relation au monde : activités perceptives, expression des sentiments..., mise en scène de l'apparence, jeux subtils de la séduction...* »³. Il est ainsi « *l'axe de la relation au monde, il est le lieu et le temps où l'existence prend chair à travers le visage singulier d'une personne* »⁴. C'est cette dimension sociale profondément accrue dans la société contemporaine, transformée en une société de « *spectacle* », qui a fait du corps un écran projetant un sentiment d'identité toujours « *remaniable* ». Aristote a parfaitement décrit le poids des apparences dans la société en affirmant qu'un « *beau visage est un avantage préférable à toutes les lettres de recommandation* ». La présentation physique de soi semble ainsi valoir socialement pour une présentation morale, ce qui a contribué à faire accroître la problématique de l'homme et de son image.

3. L'image de l'homme. L'aspiration de l'homme envers la beauté existe depuis toujours, même si sa portée et ses pratiques se présentent d'une manière différente selon les époques et les sociétés. Cette aspiration étroitement liée à un critère social, répond en fait, à travers ce dernier à un élément psychique existant chez tout homme dans son « *admiration* » pour tout ce qui est beau. Ce « *beau* » est complètement et sans hésitation assimilé au bien. Ceci transparait aisément dans notre vocabulaire quotidien : on parle indifféremment d'une « *bonne* » ou d'une « *belle* » action, d'un « *bon* » ou d'un « *beau* » geste, etc. Il est également manifeste dans la valorisation directe de l'image à travers les médias, tel le cinéma, la télévision, la publicité, les magazines, etc., qui renforcent les stéréotypes susmentionnés.

Dans les magazines, à la télévision, à titre d'exemple, les gens sont généralement beaux ; au cinéma, les héros et héroïnes sont des personnages séduisants et sensuels,

² DURKHEIM Emile, *Formes élémentaires de la vie religieuse*, cité dans LE BRETON David, *Anthropologie du corps et modernité*, PUF, coll. Quadrige, 2e éd., 2001, p. 19.

³ LE BRETON David, *La sociologie du corps*, PUF, 2008, p. 3.

⁴ LE BRETON David, *La sociologie du corps*, préc., p. 4.

tandis que les rôles de « *méchants* » sont bien souvent réservés à des physiques quelconques, repoussants ou effrayants. Et au-delà même, actuellement, la beauté constitue un critère essentiel pour l'exercice de certains métiers, comme celui d'acteur, de journaliste de télévision, etc.⁵ C'est ainsi que la société et la culture « *nous enseigne(nt) dès le plus jeune âge une série de stéréotypes associant l'apparence des individus à leurs qualités morales ou à leurs défauts* »⁶. Ces « *stéréotypes* » ne sont-ils pas en réalité qu'un reflet direct du facteur psychique laissant l'homme dans une tendance permanente vers la beauté et vers ce qui est beau ?

La réponse par l'affirmative à cette interrogation trouve également son écho dans la dimension sociale de l'image de l'homme. Celle-ci a créé au for intérieur de tout individu une obsession permanente de beauté l'amenant non seulement à s'y intéresser, mais aussi à tout centrer sur elle. Bref, dans la société actuelle, « *tout passe par l'image* ». Cette dernière constitue alors une représentation matérielle de l'être et un mode quotidien de se mettre socialement en jeu, suivant les circonstances, pour adopter un comportement, une attitude, avoir un « *look* »⁷. Mais l'image est également une divulgation des traits physiques pris comme des indices disposés « *pour orienter le regard de l'autre ou pour se faire classer à son issu sous une rubrique sociale ou morale particulière* »⁸. En outre, les critères de la beauté essentiellement à caractère subjectif, tombent également sous l'effet de la globalisation.

4. Critères de la beauté. La conception de la beauté est essentiellement menée par un jugement esthétique « *subjectif* » face à l'apparence physique d'une personne. Et c'est cette subjectivité qui était à la base même de l'échec des tentatives menées pour trouver des mesures stables de la beauté et des règles permettant de juger d'un corps humain parfait.

⁵ Groupe 15 : FERNANDEZ S., HAUSER M., NGUYEN A., *L'image de soi et la chirurgie esthétique*, 2003, http://www.medecine.unige.ch/enseignement/apprentissage/module4/immersion/archives/2002_2003/travaux/03_r_image_soi.pdf, consulté le 06/06/2012, p. 17.

⁶ *Idem*, p. 17.

⁷ *Pouvoir des apparences, beauté et idéal corporel*, <http://bodyline.chez.com/apparences.htm>, consulté le 06/06/2012.

⁸ LE BRETON David, *La sociologie du corps*, préc., p. 98.

La plus célèbre de ces tentatives est certainement celle de Léonard de Vinci qui a effectué durant les années 1480 de nombreuses études artistiques sur les proportions du corps humain, l'anatomie et la physionomie. Ses activités sur le sujet ont en somme consisté à « *comparer le résultat de ses études anthropométriques avec les proportions de Vitruve, seules proportions idéales conservées de l'Antiquité. Architecte et ingénieur de l'époque romaine, Vitruve avait décrit les rapports de mesures d'un corps humain parfait dans le troisième livre de son traité d'architecture. Il avait conclu qu'un homme aux bras et jambes écartées, pouvait être inscrit au même titre dans les figures géométriques parfaites du cercle et du carré* »⁹. Cependant, toutes ces tentatives ne font que transformer la beauté en un ensemble de mesures géométriques précises ; elles la considèrent d'un point de vue purement scientifique, voire méthodique. Or, la conception de la beauté ne peut être limitée à certains points systématiques ; elle est un concept subjectif, émanant d'un jugement particulier et non pas général. Par conséquent, et même si depuis les travaux des Grecs on avance que ce sont « *l'harmonie, l'équilibre, la symétrie des proportions et des formes qui produisent le sentiment du beau chez ceux qui observent un visage ou un corps* »¹⁰, ces critères ne peuvent constituer une règle générale. La subjectivité du jugement sur la beauté ou la laideur en est en outre la cause. Pourtant, le principe susmentionné de la subjectivité n'est pas absolu ; deux facteurs essentiels en font dérogation.

Tout d'abord, les caractères culturels spécifiques contribuent à donner à une société déterminée quelques traits distinctifs standardisés de la beauté. Ensuite, l'effet de la globalisation a contribué à créer une sorte d'uniformisation de la beauté. Ainsi, la subjectivité de la beauté se trouve en premier lieu limitée par des critères culturels qui varient d'une société à une autre. En Afrique, en Asie, en Europe, en Amérique, etc., les standards de beauté ne sont pas semblables.

L'Ethiopie, par exemple, compte différentes tribus qui possèdent chacune des modes culturels particuliers. Pour les femmes, l'une des pratiques culturelles de ce pays est de se percer les lèvres inférieure et supérieure de la bouche pour pouvoir y introduire un morceau de bois. Elles laissent le trou s'agrandir jusqu'à ce que leurs lèvres

⁹ Groupe 15 : FERNANDEZ S., HAUSER M., NGUYEN A., *L'image de soi et la chirurgie esthétique*, 2003, préc., p. 11.

¹⁰ *Idem*, p. 11.

deviennent de minces lanières. Ensuite, elles étirent leurs lèvres et y installent à l'intérieur des plateaux de bois.

En Birmanie, dans certains villages, pour qu'une femme réponde aux critères de beauté, elle doit avoir un long cou. Alors, certaines femmes s'étirent le cou avec des anneaux en laiton.

Ces pratiques, et beaucoup d'autres, bien que comportant une certaine « *déformation* » du corps, expriment des traits culturels et des critères de la beauté de sociétés déterminées.

Le principe de la subjectivité de la beauté est, en second lieu, affecté par la globalisation qui a fait de la planète un espace ouvert. C'est ainsi qu'est apparue l'influence des traits de beauté d'une société déterminée sur une autre société.

En prenant l'exemple de la femme orientale qui a suivi le modèle européen de la femme blonde, on peut observer clairement l'effet de la globalisation sur la beauté, alors devenue uniformisée. L'origine de ce modèle suivi vient de l'époque grecque où le symbole de la beauté était l'or et où le Dieu de la beauté était fait d'or. Il s'est ensuite transformé en un trait caractéristique de la femme européenne et de la beauté occidentale, pour finir, sous l'effet de la globalisation, par servir un idéal de beauté pour la femme orientale.

C'est dans ce contexte que la notion de beauté trouve une sorte de traits « *unifiés* » présentés sous forme d'un « *idéal de beauté* » ou de « *canons de beauté* ». Cette idée est fortement présente dans la société contemporaine qui se caractérise par des normes esthétiques particulières affectant fortement le parcours de l'homme vers la beauté. La globalisation, dont les principaux éléments sont les médias et le commerce international, a fortement accentué le désir de l'homme de perfectionner son image pour qu'elle soit conforme à ces idéaux.

5. Une beauté commercialisée. Plusieurs facteurs ont contribué à faire de l'apparence physique une préoccupation de plus en plus forte actuellement. C'est fondamentalement la popularité grandissante des médias qui a le plus contribué à l'émergence d'un véritable culte du corps. La conception « *commerciale* » de la beauté a renforcé à son tour le recours au « *beau* ». En effet, la tendance permanente de l'homme vers le perfectionnement de son image est exploitée tant au niveau médiatique qu'au niveau commercial. Cette exploitation a fait de la conformité à l'idéal de la beauté, précédemment expliquée, une obsession réelle, voire une finalité suprême.

Ainsi, la commercialisation de la beauté revêt une double face. D'une part, elle se réalise à travers les marchés qui visent l'entretien et la mise en valeur de l'apparence, tels les marchés des cosmétiques, des vêtements, des pratiques physiques, des produits de beauté, etc. ; d'autre part, elle exploite l'idéal de beauté dans le but de réaliser un profit commercial, d'augmenter les chiffres d'affaires et les gains.

Ainsi, la commercialisation utilise le « *corps publicitaire* », celui qui représente les traits de l'idéal de beauté, via les médias, les publicités, etc., pour attirer la clientèle, augmenter celle-ci et créer une « *pression esthétique* ». C'est en ce sens que la commercialisation se lie à la médiatisation qui est sélective, restrictive et se limite au seul modèle culturel. Si l'on prend l'exemple de n'importe quelle publicité vantant les qualités d'un produit féminin (déodorant, savon, maquillage, vêtement, etc.), il est évident que cette publicité mettra en scène une femme correspondant aux normes de l'idéal. En revanche, si celle-ci ne suscite pas l'attraction, aucun impact ne sera produit sur le consommateur et il n'y aura donc pas d'influence sur sa décision d'achat. L'idéal corporel est un support commercial à valeur économique, voire un objet de consommation. Ce même idéal corporel est également utilisé dans un but de perfectionnement des méthodes psychologiques de vente. Le recours à des hommes ou à des femmes présentant un type morphologique, non seulement ayant un perfectionnement physique mais aussi étant agréable à regarder, constitue un gage de succès dans certaines professions.

De son côté, la médiatisation utilise divers moyens renforçant l'effet obsessionnel de la beauté chez l'homme. Le cinéma a joué à cet égard un rôle important. En présentant des images idéalisées du corps humain, il a en effet contribué à rendre les hommes et les femmes plus conscients de leur apparence. Les acteurs et les actrices célèbres constituent alors des idéaux de beauté auxquels beaucoup cherchent à se conformer. Quant à la presse féminine, qui a l'aspect d'une publication, elle réserve aux soins du corps et à l'art de soigner son apparence une large place ; les illustrations, très présentes au sein de ce type de revue, multiplient par ailleurs les exemples de beauté¹¹.

Par conséquent, la globalisation qui a contribué, par le biais des médias et des outils de commerce, à la création des idéaux de beauté, a fait de la beauté féminine, mais également masculine, l'un des principaux passeports pour la réussite dans la

¹¹ Groupe 15 : FERNANDEZ S., HAUSER M., NGUYEN A., *L'image de soi et la chirurgie esthétique*, 2003, préc., p. 9.

société actuelle¹². Son effet trouve écho dans la formule de J.-J. Courtine : « *le vingtième siècle a inventé théoriquement le corps* »¹³.

L'influence des « *canons de beauté* » et de la médiatisation de cette dernière sont significativement exprimées par V. Packard dans son livre : *L'homme remodelé* dans lequel il explique qu'à force « *de se regarder dans le miroir intransigeant que tend la société, on voit son nez grossir, ses mollets gonfler et l'on prend peur, oui, tout simplement peur de n'être pas conforme* »¹⁴. Ainsi, se révèle le désir obsessionnel de se conformer aux modèles sociaux dans l'objectif d'acquisition d'une forme socialement approuvée et conforme aux attentes de l'entourage. L'apparence, en effet, selon sa difformité, sa conformité et son niveau esthétique suscite des réactions de rejet ou d'attrait, de coopération ou d'évitement, d'amitié ou d'hostilité, d'intégration ou de discrimination sociale, etc.¹⁵ En ce sens on peut alors aisément saisir la tendance générale des individus à éprouver un sentiment d'insatisfaction personnelle et d'imperfection esthétique, un désir de perfectionnement de l'image et un recours à normaliser ou embellir son corps conformément aux idéaux de beauté. La chirurgie esthétique représente alors un moyen privilégié dans la réalisation des changements de physionomie, transformant la beauté d'un individu, d'une beauté « *naturelle* » à une beauté « *figurée* ».

II. - La chirurgie esthétique : une beauté figurée

6. « *Procuration* » de la beauté par divers moyens. La beauté était jusqu'à tout récemment considérée comme un « *don de la nature* ». La personne naissait belle ou laide. Et les pratiques esthétiques auxquelles on pouvait avoir recours visaient essentiellement à dissimuler certaines imperfections physiques. Pourtant, et bien qu'elle soit toujours considérée comme un « *cadeau du ciel* », la beauté dans la société actuelle est présentée comme une « *qualité* » susceptible de s'acquérir. Cette « *qualité* » peut se

¹² HALLIEZ D., *La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique*, thèse, Université du droit et de la santé (Lille II), Faculté des sciences juridiques politiques et sociales.

¹³ COURTINE J.-J., *Histoire du corps*, collection l'univers historique, éd. Seuil, 2006, introduction p.8.

¹⁴ PACKARD V., *L'homme remodelé*, Calmann-Lévy, 1978.

¹⁵ *Pouvoir des apparences, beauté et idéal corporel*, préc.

procurer par divers moyens dont la chirurgie esthétique s'avère être le plus efficace et le plus durable.

L'un des premiers moyens qui, en principe, n'est pas dangereux, est de confier son corps à une esthéticienne en vue de subir des soins appropriés. Mais cette méthode n'est pas durable et ne peut remédier aux disgrâces réelles. Elle concède alors une importante place à un autre moyen, celui-ci durable : la chirurgie esthétique, qui tente donc de réaliser le rêve du corps sur mesure. En outre, la chirurgie esthétique peut être choisie pour d'autres raisons sociales, comme par exemple l'oriental qui souhaite renoncer à ses caractères physiques régionaux dans le seul but de se fondre dans « *le moule occidental* »¹⁶. Elle peut intervenir également sur une motivation névropathique, comme un complexe banal chez les personnes ayant une fixation obsessionnelle sur un détail de leur physique. Sur un autre plan, la chirurgie esthétique peut offrir un moyen à des délinquants internationaux désireux d'échapper aux poursuites judiciaires ou d'éviter d'être reconnus par des témoins¹⁷. Cependant, le but essentiel de la chirurgie esthétique demeure de rendre plus agréables les formes du corps humain. Cette finalité permet de distinguer la chirurgie esthétique de la chirurgie réparatrice ou reconstructrice et de la médecine esthétique d'une part, et de la beauté naturelle d'autre part.

7. Chirurgie esthétique et chirurgie reconstructrice. Trois définitions sont présentées par la Société Française des Chirurgiens Esthétiques Plasticiens (SOFCEP) permettant de distinguer la chirurgie esthétique des chirurgies plastique et reconstructrice ou réparatrice.

Selon les termes de la SOFCEP « *la chirurgie reconstructrice concerne la réparation des formes et des fonctions altérées par une malformation, une tumeur ou un accident ; la chirurgie esthétique utilise les mêmes techniques mais est destinée à corriger ou à améliorer l'apparence* »¹⁸. La chirurgie esthétique est donc pratiquée dans l'intention de rendre un aspect plus agréable aux altérations non pathologiques du corps humain. En revanche, la chirurgie réparatrice, reconstructrice ou encore restauratrice, concerne la correction de disgrâces congénitales provoquées par une malformation, la réparation des formes et fonctions résultant d'un accident ou d'une tumeur ; elle est à

¹⁶ OHANA J., *Esthétiquement vôtre*, J.-C. Lattès, 1996, p.67 et s.

¹⁷ HALLIEZ D., *La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique*, préc.

¹⁸ *Guide : comment choisir votre chirurgien esthétique ?* SOFCEP, s.d.

seule fin thérapeutique¹⁹. Elle est en outre proche de la chirurgie plastique qui est pratiquée sur des personnes saines et a pour but essentiel le traitement de cas pathologiques telles que les malformations congénitales, les mutilations, les séquelles de traumatisme ; la visée esthétique est prédominante.

Par ailleurs, une nouvelle discipline devient actuellement de plus en plus répandue, celle de la médecine esthétique qu'il convient de distinguer de la chirurgie esthétique. Elle est définie par le Syndicat National des Médecins Esthétiques (SNME) comme étant « *un ensemble de prescriptions et d'actes proposés à des sujets sains et destinés à améliorer totalement ou partiellement les aspects inesthétiques ou jugés comme tels par le patient* »²⁰. Ainsi, la médecine esthétique, contrairement à la chirurgie, ne s'intéresse ni à réparer ni à améliorer la morphologie de la personne. Son but principal est de parvenir à réduire au maximum les conséquences de l'évolution naturelle de l'organisme, en rapport avec les phénomènes physiologiques du vieillissement²¹. Elle n'est donc pas une spécialité, mais elle recouvre un ensemble de traitements légers, visant à retarder, voire à éviter, le recours à des interventions chirurgicales lourdes²².

En présence de ces distinctions, il convient de préciser que notre étude s'intéresse uniquement à la chirurgie esthétique qui tend à améliorer l'apparence physique des personnes. La chirurgie esthétique se distingue donc des autres branches médicales sur le plan de sa nature et sur le plan de sa finalité. Pour ce qui est de sa nature, elle est dépourvue de tout but curatif et se pratique sur une personne jouissant d'une bonne santé. Quant à sa finalité, elle tend à améliorer la morphologie du patient concerné. Ainsi, dans ce contexte, il y a lieu de faire une distinction entre la beauté figurée et la beauté naturelle.

8. *Beauté naturelle et beauté figurée.* Les changements subis sur l'image grâce à l'intervention chirurgicale esthétique entraînent une modification au niveau de la nature de la beauté. Celle-ci étant « *naturelle* » avant de subir une opération chirurgicale esthétique, devient une beauté « *figurée* » suite à cette dernière. Contrairement à la

¹⁹ HALLIEZ D., *La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique*, préc.

²⁰ SNME, *La médecine esthétique*, Guide, s.d.

²¹ BELVILLE J.-Ph., *La chirurgie esthétique en France*, thèse Lyon 3, 2006, p. 14.

²² PARIENTI I.J., *Médecine esthétique*, Masson, 1995, p. 9.

beauté figurée, la beauté naturelle est protégée classiquement par les tribunaux à travers la notion de préjudice esthétique, car toute personne physique a un droit à l'inviolabilité de son corps, et par conséquent de sa beauté naturelle. Or, ce n'était pas le cas du droit à la beauté figurée qui a été prohibée et considérée comme une atteinte injustifiée à l'intégrité physique de la personne. Ce n'est qu'après de longues démarches qu'elle fut finalement reconnue.

9. *Aperçu historique.* La pratique de la chirurgie esthétique est apparue très tôt au sein du milieu médical²³. Le souci de l'esthétique était déjà répandu dans l'Égypte ancienne où il existait de multiples sorciers, maquilleuses et esthéticiennes, qui s'intéressaient à la transformation des corps et du visage. Les premières interventions sur le nez remontent à la plus haute Antiquité en Inde. Après plus de seize siècles, cette technique fut rapportée par un voyageur, militaire anglais, et se propagea rapidement en Europe. Elle évinça totalement une autre technique pour refaire le nez qui s'était développée en Italie en 1442 et qui consistait à prendre un lambeau d'avant-bras, puis de bras, afin de préparer une languette de chair qui était implantée sur un nez coupé.

En Allemagne, Diffenbach, un chirurgien formé aux guerres auxquelles son pays participait, mit en œuvre, au XIX^{ème} siècle de nouveaux moyens, de nouveaux procédés de réparation des mutilations du visage, liées à la guerre, aux accidents ou aux tumeurs, constituant alors une réelle évolution dans le domaine de la chirurgie réparatrice. Avec le médecin viennois Gersuny, une pratique esthétique consistant à utiliser des injections de paraffine pour corriger l'ensellure nasale, connaissait quelques déboires : en effet, en dépit de résultats immédiats du mélange, celui-ci fondait aux premiers rayons du soleil ou lors d'accès fiévreux tout en entraînant une cancérisation. C'est finalement à l'époque de la Grande Guerre que la chirurgie visant uniquement une finalité d'embellissement réunit, dans un curieux brassage, les conditions pour qu'elle puisse pleinement éclore²⁴. Elle se révélait en réalité une nécessité face aux blessures résultant de cette guerre. Ainsi en France la chirurgie esthétique s'est bien répandue ; pourtant, sa reconnaissance n'a pas été aussi facile que son développement, faisant d'elle une profession à risque juridique élevé.

²³ MITZ Vladimir, *Le choix d'être belle*, TF1 éditions, 1991, p.16 et s.

²⁴ LECOURT D., *Dictionnaire de la pensée médicale*, PUF, Quadrige, PUF, p. 237.

10. La chirurgie esthétique : une profession à risque élevé. D'un acte illicite et condamné à une intervention autorisée, l'histoire de la chirurgie esthétique en France est passée par plus d'une époque. Cette discipline commença avec Ambroise Paré qui a tenté de corriger le bec-de-lièvre²⁵. Un traité mondial sur la chirurgie esthétique fut en outre publié à une époque postérieure, en 1847, par Jobert de Lamballe. Par la suite, et après avoir effectué les premiers essais de prothèse nasale par Berger en 1871, la chirurgie esthétique rencontra un succès relatif au XX^{ème} siècle avec GERSUNY. Celui-ci pratiquait une injection d'huile de paraffine pour redresser les nez camus ou supprimer les rides ; mais ces pratiques s'avéraient dangereuses.

Ce n'est qu'au cours de la Première Guerre mondiale que la chirurgie esthétique connaît ses grands débuts en France avec l'opération des mutilés de la face par MORESTIN, puisqu'à cette époque on ne faisait aucune distinction entre chirurgie esthétique et chirurgie réparatrice. Et c'est également en France que Madame Noël, première femme chirurgien esthétique au monde fonda, en 1926, un véritable salon de beauté²⁶. La chirurgie esthétique alors devenue une pratique répandue, la Société Française des Chirurgiens Plasticiens fut créée en 1930. De plus, l'utilisation de nouveaux produits et méthodes contribua à un progrès important de la chirurgie esthétique en France. C'est ainsi que Martine Peyronie et Paul Tessier développèrent le *lifting* en 1974 ; quelques années plus tard, en 1977, Yves-Gérard Illouz inventa la liposuction par tunnelisation, nouvelle technique de sculpture du corps humain permettant d'enlever les masses graisseuses profondes sans trop de risques pour la patiente²⁷ ; plusieurs autres techniques furent également mises au point, comme par exemple l'*artéplast*, le *laser*, les nouvelles méthodes d'*implant*, etc. Nonobstant ce progrès, la chirurgie esthétique était, dans un premier temps, totalement réprouvée par la jurisprudence française au début du XX^{ème} siècle.

Etant une pratique dépourvue de tout but curatif et réalisée pour une seule finalité d'amélioration de la morphologie, la chirurgie esthétique a été prise comme une atteinte injustifiée au principe de l'inviolabilité du corps humain. Seuls les actes légaux ayant un but thérapeutique autorisaient l'atteinte au corps humain. Cette position de la

²⁵ 1517-1590, méthodes de traiter les plaies faites par les arquebuses et autres bastons à feu, 1571, cité par ARFEL B., *La responsabilité en chirurgie esthétique*, thèse droit, Bordeaux, 1965, p. 5.

²⁶ MITZ Vladimir, *op.cit.*, p.18.

²⁷ BELVILLE J.-Ph., *La chirurgie esthétique en France*, préc., p. 16.

jurisprudence peut également être expliquée par le fait que la chirurgie esthétique comporte un nombre de traitements et de méthodes choquants pour la société de l'époque par leurs conséquences²⁸ ; elle peut également trouver ses raisons dans les complications, les échecs, les dommages qui pouvaient résulter d'une telle intervention. Une position similaire était aussi adoptée par l'Académie de médecine ; c'est ainsi que le Professeur Garçon écrivait en 1931 que « *le médecin qui sous prétexte esthétique ou plastique s'attaque à un corps sain sort des attributions que lui confère son diplôme* »²⁹. Cette pratique était par ailleurs, pour certains, de nature à mettre l'ordre public en jeu et à contredire ainsi les dispositions de l'article 6 du Code civil qui énonce qu'on « *ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », puisque nul n'a le droit de disposer de son corps³⁰. C'est ainsi que l'ancienne jurisprudence soumettait la pratique esthétique à la condition qu'il existât un but médical et elle insistait dans son refus de toute intervention qui ne serait pas de nature curative. Elle a même condamné une intervention sur un individu sain en raison de l'absence d'une finalité médicale qui la justifie. Plusieurs arrêts en témoignent. En effet, un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1920 interdisait au médecin de prêter son concours à une intervention dont le seul but est de faire disparaître « *une simple imperfection physique* »³¹.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a condamné un praticien pour être intervenu sur un corps sain par deux arrêts datant, le premier, du 22 janvier 1913³² et, le

²⁸ PY Bruno, *Recherche sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse droit, Nancy, 1993, p. 199.

²⁹ Bulletin de la Société Française d'Histoire de la Médecine, voir année 1931, tome 24, n° 1 et 2.

³⁰ ARCHER Frédéric, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, 2001, p. 181.

³¹ BELVILLE J.-Ph., *La chirurgie esthétique en France*, préc., p. 16.

³² CA Paris, 22 janv. 1913, D.P. 1919, II, 73, note DENISSE : « *Considérant qu'il est constant et reconnu que la radiothérapie peut avoir des conséquences graves, et pour les opérateurs et pour les malades ; que certains opérateurs sont morts victimes de leur dévouement à la science, et qu'encore actuellement, on ne peut prévoir quelles peuvent être les conséquences d'une radiodermite du second degré, et cela, malgré les précautions les plus minutieuses et l'habileté du médecin traitant ; que les médecins les plus autorisés en proclamant les dangers ; considérant, dès lors, que si, malgré cet inconvénient redoutable, le médecin ne doit pas hésiter à appliquer ce traitement lorsque la santé du malade l'exige, et si on ne peut le rendre responsable d'accidents qu'il pouvait prévoir, mais qu'il a tout fait pour prévenir, il n'est pas de même lorsque, comme dans l'espèce, le médecin se trouve en présence, non pas d'un mal à guérir, mais d'une simple imperfection physique à faire disparaître ou dissimuler...* ».

second, du 26 juin 1919³³. Le Tribunal de la Seine a également engagé la responsabilité d'un chirurgien par un jugement rendu en date du 16 janvier 1936 en estimant que « *le fait même pour un chirurgien d'entreprendre une opération comportant des risques d'une certaine gravité sur un organe sain dans le seul but de corriger la ligne (...) constitue une faute en soi* »³⁴.

Pourtant, à la suite d'une évolution prétorienne en 1936, la jurisprudence a reconnu, par un arrêt rendu le 27 mai 1936, le droit de toute personne à une apparence corporelle normale. C'est ainsi que, depuis cette décision, la jurisprudence n'a plus condamné les opérations de chirurgie esthétique qui pouvaient dès lors être réalisées même en l'absence d'une nécessité médicale ou d'un état pathologique défectueux³⁵. Une simple finalité d'amélioration du physique est alors suffisante pour justifier l'intervention à visée esthétique. Toutefois, même après la reconnaissance de l'intervention chirurgicale esthétique, celle-ci n'a pas cessé d'être une profession à risque juridique élevé. La nature de la chirurgie esthétique qui intervient sur une personne jouissant d'une bonne santé, ainsi que la finalité même de cette dernière, soit la seule amélioration de la morphologie, exigeaient un traitement juridique spécial de cette discipline.

Notons par ailleurs que la France est considérée comme un exemple pour beaucoup d'autres pays en ce qui concerne l'encadrement, aussi bien légal que jurisprudentiel, de la chirurgie esthétique. Pourtant, ce cadre juridique appliqué en France, tout en étant absolument important, s'avère insuffisant, voire incomplet. Le traitement juridique spécial du chirurgien esthétique doit être adapté à la nature non curative de l'intervention chirurgicale esthétique survenant sur une personne saine et à sa finalité d'amélioration de la morphologie. Ce traitement juridique est en outre à double face, puisqu'il concerne d'une part les obligations du chirurgien esthétique tout

³³ CA Paris, 26 juin 1919, D.P. 1919, II, 73, note DENISSE : « *Considérant que la demoiselle J... étant par ailleurs absolument saine, il faut nécessairement admettre, pour exprimer la gravité des conséquences de l'accident dont elle a été victime, que D..., procédant avec d'autant plus de légèreté qu'il était moins expérimenté et que l'opération était plus délicate, a atteint le maxillaire qu'il a gravement luxé, déterminant une nécrose avec séquestre à évolution relativement rapide ; qu'on ne peut raisonnablement dire d'une telle opération qu'elle a été pratiquée suivant les règles de l'art ; que des circonstances de fait ci-dessus analysées résulte à l'évidence une faute lourde à la charge de l'opérateur...* »

³⁴ Tribunal de la Seine, 16 janv. 1936, D. 1936-II-14.

³⁵ CA Lyon, 27 mai 1936, D. 1936, II, p. 465.

au long du processus préalable à la décision d'intervenir et, d'autre part, sa responsabilité :

S'agissant du premier plan, la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique qui ne tend pas à guérir une maladie déterminée mais à satisfaire un désir de perfectionnement du physique, a entraîné un alourdissement sévère des obligations imposées au chirurgien esthétique. Cet alourdissement révèle la première face de la spécificité de cette discipline qui exige du chirurgien esthétique une grande prudence avant de procéder à la réalisation d'une intervention. Pour cette raison, ces obligations, qui sont rattachées au processus décisionnel, sont exigées préalablement à l'intervention. Elles se manifestent non seulement par l'obligation d'information qui est mesurée à la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique, mais également par la démarche longue qui doit être suivie par le plasticien avant la prise de décision d'opérer. Cette démarche aboutit soit à autoriser l'intervention utile ou légitime, soit à obliger le plasticien à s'abstenir face à une opération considérée comme inutile ou illégitime.

S'agissant du second plan, un alourdissement similaire est appliqué vis-à-vis du chirurgien esthétique pour ce qui est de sa responsabilité ; il doit répondre des résultats de son acte. En effet, c'est la nature spécifique de l'intervention chirurgicale esthétique, sa finalité et son caractère facultatif qui ont occasionné cette sévérité sur le plan de la responsabilité. Ces facteurs, additionnés à la nécessité d'assurer la protection des patients, exigent ainsi la sévérité pratiquée dans la condamnation du chirurgien esthétique, à chaque fois que celui-ci manque à ses obligations requises. Car exposer une personne saine à des risques injustifiés exige une condamnation du chirurgien esthétique plus lourde que celle prévue à l'encontre du chirurgien général ou des autres praticiens non esthétiques.

L'accroissement remarquable du nombre de procès intentés contre des chirurgiens esthétiques est à souligner dans ce contexte. Cette augmentation est la résultante de plusieurs facteurs parmi lesquels sont les suivants. Notons en premier lieu de ces facteurs le nombre de médecins dans ce domaine qui a pratiquement doublé dans la dernière décennie ; ils ne sont en outre pas tous reconnus par l'Ordre des médecins ou inscrits à la SOFCEP, pourtant gage de compétence et de technique. En deuxième lieu, l'absence de diplôme spécifique, surtout en ce qui concerne une nouvelle branche pratiquée par des médecins non spécialisés, à savoir la « *médecine esthétique* », laquelle n'est par ailleurs pas reconnue par l'Ordre des médecins, est manifeste. Dans ce cadre, l'incompétence et l'inaptitude de certains apprentis esthéticiens peuvent provoquer la

multiplication des incidents opératoires, et par la suite des procès. En troisième lieu, la mentalité des patients a relativement changé, dans le sens que le chirurgien est devenu pour ces derniers un technicien responsable de ses actes³⁶. Ils se montrent plus exigeants envers le chirurgien esthétique qui opère dans un domaine qui dépasse le « *droit à la santé* » pour atteindre le « *droit à la beauté* »³⁷ figurée, reconnu depuis l'année 1936 ; la beauté naturelle étant depuis toujours protégée comme expliqué précédemment. Ainsi, à l'instar de tout praticien, le chirurgien esthétique est tenu d'exercer sa profession en toute conformité aux règles de l'art et aux données acquises de la science sous peine d'être condamné. Pourtant, compte tenu de la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique, la responsabilité du praticien est à cet égard alourdie pour être adaptée à cette spécificité. La condamnation exigeante du chirurgien esthétique se manifeste tant sur le plan civil, que sur le plan professionnel ou pénal.

Par conséquent, et en vue de faire une étude globale des règles actuelles régissant l'intervention chirurgicale esthétique, susceptibles de révéler le traitement juridique spécial du chirurgien esthétique, il convient de procéder en premier lieu à l'examen de la logique obligationnelle juxtaposée au processus décisionnel en chirurgie esthétique (**Première partie**), avant de passer à l'étude de la logique de responsabilité mesurée à la spécificité de cette dernière (**Deuxième partie**). Mais avant d'aborder la situation juridique en droit français, un chapitre préliminaire propose une vue panoramique du droit comparé en matière de chirurgie esthétique.

³⁶ BAUDRON A.M., *La responsabilité médicale*, association d'études et de recherches, s.d., s.l.

³⁷ HALLIEZ D., *La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique*, préc.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

ELEMENTS DE DROIT COMPARE

11. *Présentation.* Une vue panoramique de la situation juridique dans un certain nombre de pays permet de présenter la situation actuelle de la chirurgie esthétique et son encadrement juridique, avant d'examiner le système juridique régissant cette discipline en France. Si la Belgique (§1), qui s'est transformée en un « *eldorado* » de la chirurgie esthétique, tend à encadrer cette discipline légalement à travers des propositions de lois spécifiques, et si les Pays-Bas (§3), dont la situation est similaire à celle de la Belgique, ne présentent pas de règles spécifiques régissant la chirurgie esthétique, la situation paraît plus exigeante dans d'autres pays européens, tels l'Angleterre (§2), l'Allemagne (§4), la Suisse (§5), etc.³⁸.

§1. La chirurgie esthétique en Belgique

12. *L'absence de cadre légal spécifique.* En l'absence de règles spécifiques régissant la chirurgie esthétique, la Belgique était un « *paradis chirurgical* » attirant des médecins, belges ou étrangers – voire de simples entrepreneurs – ayant créé leur centre esthétique³⁹. Cela a engendré des répercussions négatives, principalement sur les patients. C'est ainsi que trois propositions de lois ont été présentées dans le but de régler la chirurgie esthétique.

Jusqu'en 2011⁴⁰, les obligations exigées de tout praticien étaient appliquées en matière de chirurgie esthétique et médecine esthétique. En outre, bien que le titre de

³⁸ S'agissant du Liban, ce pays se caractérise par l'essor de la chirurgie esthétique d'une manière particulièrement remarquable, le transformant en un pays célèbre en ce domaine, non seulement pour les Libanais, mais également pour les résidents des pays arabes et même pour les étrangers. Pourtant, la chirurgie esthétique reste dépourvue de toute protection juridique au Liban, en ce sens qu'aucun texte spécifique ne régit la discipline actuellement ; l'encadrement légal de l'intervention chirurgicale esthétique au Liban est totalement absent.

³⁹ *La Belgique, eldorado de la chirurgie esthétique*, Le soir, lundi 4 juillet 2011, http://archives.lesoir.be/la-belgique-eldorado-de-la-chirurgie-esthetique_t-20110704-01GH6C.html, consulté le 15/06/2012.

⁴⁰ V. °°14.

chirurgien plastique constitue une spécialisation reconnue, la chirurgie plastique n'est en revanche pas réservée exclusivement aux chirurgiens plasticiens. Tous les médecins pouvaient alors réaliser une chirurgie plastique tant que l'intervention est réalisée dans les limites de l'exécution de la médecine légale. Les praticiens étaient cependant obligés de pratiquer leurs interventions en toute conformité avec les activités traditionnelles, en particulier pour ce qui est du secret professionnel, tel qu'énoncé dans le Code de déontologie de l'Ordre belge des médecins. La loi régissant les droits des patients datant du 22 août 2002 sauvait la situation : en vertu de son article 5, les patients ont le droit à des soins de qualité. Ceci implique que le chirurgien devait se conformer aux normes de qualité en fonction de « *l'état de l'art* » et des données actuelles de la science. Si les chirurgiens ne parvenaient pas à fournir des soins de qualité, ils pouvaient éventuellement être tenus pour responsables, et ce dans le cas où le patient se trouve dans la capacité de prouver que le préjudice subi est dû à une mauvaise qualité des soins.

Pour ce qui est de l'obligation d'information, c'était la loi du 22 août 2002 relative aux droits des patients qui était appliquée. Notons que cette obligation exigeait de la part des chirurgiens esthétiques la communication d'une bonne information concernant l'état de santé, obligation qui doit être distinguée du droit au consentement éclairé. En effet, le droit au consentement éclairé est lié à une décision, alors que le droit à l'information sur l'état de santé ne l'est pas. C'est ainsi que le patient a le droit que son chirurgien lui fournisse toutes les informations nécessaires à l'examen de son état de santé et à l'étude de son évolution probable. L'information doit être communiquée dans un langage clair ; elle est livrée, en principe, par voie orale, mais le patient peut demander une confirmation écrite. Le droit au consentement éclairé peut être dérivé du droit à l'intégrité physique. Pour ce qui est du droit de recevoir des informations avant de donner son consentement, il était réglementé par l'article 8 de la loi sur les droits des patients, et concerne toute intervention médicale.

Concernant le contenu de l'information, ledit article précise que le patient doit être informé sur la nature, le but, l'urgence, les soins de suivi de l'intervention, les contre-indications pertinentes, les risques et les effets secondaires de l'intervention, mais aussi sur les alternatives et le coût de l'intervention. Les patients, de même que les médecins, ont le droit de demander un formulaire de consentement écrit qui sera ajouté

au dossier médical⁴¹. Cependant, la condamnation du praticien en cas de défaillance à ces règles ne peut être que postérieure à l'intervention, dans le cas où le patient a subi un dommage.

Sur un autre plan, la chirurgie plastique est dans la plupart des cas pratiquée dans des cliniques privées qui ne sont pas régies par des dispositions de sécurité minimale et des exigences de qualité ; ce contexte entraîne une absence de critères minimaux garantissant un niveau de qualité minimum. Ces cliniques privées n'ont en outre actuellement pas besoin d'être enregistrées et les médecins n'ont pas besoin d'une permission particulière d'établir une clinique privée.

En l'absence de cadre légal, la Belgique donnait à tout médecin, spécialiste ou généraliste, la possibilité de pratiquer tout acte de médecine esthétique dans n'importe quelles circonstances, sans aucune vérification sanitaire ou de qualité ; ce contexte n'assure pas la protection requise des patients dans cette branche dépourvue de toute nécessité thérapeutique. C'est ainsi que des propositions de lois ont été présentées en vue de réglementer la discipline.

13. Propositions de loi. Une première proposition de loi a été présentée par GIET et BURGEON en février 2007 ; elle a recommandé les principes suivants : imposer aux médecins une obligation d'information rigoureuse donnée verbalement et par écrit, comportant en outre une estimation détaillée des coûts ; prévoir un délai de réflexion d'au moins quinze jours avant que le patient donne un consentement libre ; garantir un certain nombre de consultations postopératoires.

Cette proposition n'ayant pas été adoptée, trois autres ont été déposées par la sénatrice Dominique TILMANS en juillet 2010 ; celles-ci édictent des règles pour les actes de chirurgie et de médecine esthétique dans le but de protéger les patients de trois risques concernant : l'aptitude des praticiens, la qualité des établissements (particulièrement pour les cliniques privées) et la communication d'information aux patients au sujet des actes⁴².

⁴¹ *Comparaison internationale des règles de remboursement et aspects légaux de la chirurgie esthétique*, KCE reports 83B, *Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg*, Centre fédéral d'expertise des soins de santé, 2008, https://kce.fgov.be/sites/default/files/page_documents/d20081027344.pdf, consulté le 15/06/2012.

⁴² *Réglementation sur la chirurgie esthétique adoptée en Belgique*, <http://www.chirurgies.fr/une-reglementation-sur-la-chirurgie-esthetique-finalemment-adoptee-en-belgique/>, consulté le 15/06/2012.

Ces trois propositions sont en fait relatives à trois sujets principaux : L'interdiction de la publicité, la réglementation des installations extrahospitalières et les qualifications requises pour devenir chirurgien esthétique. Ces propositions développent en outre les points suivants pour ce qui est de la protection des patients : la protection des mineurs ; la consultation préalable et l'information écrite ; le devis au-delà de 100 euros indexés et le délai de réflexion de quinze jours. Relativement à la compétence des praticiens, la proposition de loi précise les actes d'esthétique médicale posés en fonction du titre professionnel et de la formation suivie par le praticien : chirurgiens ; spécialistes ; dermatologues et médecins esthéticiens.

Un nouveau titre professionnel, celui de médecin spécialisé en médecine esthétique, est notamment créé dans le cadre de cette proposition ; une solide formation et spécifique à ce titre est donc exigée. Il s'agit alors de réserver les prestations de médecine et de chirurgie esthétiques exclusivement aux médecins spécialisés. Partant de là, le législateur s'est imposé de définir les compétences de chaque prestataire, faisant la distinction notamment entre chirurgie esthétique et médecine esthétique non-chirurgicale. Etre dermatologue, chirurgien esthétique ou médecin esthétique n'ouvrira donc plus le droit aux mêmes actes. Par exemple, les traitements au Botox, l'injection de produits de comblement ou encore le détatouage, seront confiés aux seuls médecins esthétiques et spécialistes habilités. Les actes de chirurgie plastique ou reconstructrice seront l'apanage des chirurgiens spécialisés en la matière. La greffe capillaire ou la lipoaspiration seront du ressort du dermatologue, etc. Les esthéticiens pourront toutefois continuer à pratiquer l'épilation au *laser* à la condition de suivre une formation dans ce domaine. La proposition de loi prévoit en outre la création d'un Conseil de l'esthétique médicale qui donnera ses recommandations en vue d'aider le Ministre en charge à appréhender les évolutions des techniques dans cette discipline spécifique de la médecine, et à légiférer de façon pertinente. Le nouveau cadre légal prévoit aussi une protection des individus d'âge mineur, très influençables par les modes. Une rencontre avec un psychologue ou un psychiatre sera alors obligatoire avant toute intervention⁴³.

14. *Lois récemment élaborées.* Le 6 juillet 2011, la proposition de loi interdisant la publicité et règlementant l'information relative aux actes d'esthétique médicale a été

⁴³ *La médecine esthétique bientôt pourvue d'un cadre légal*, <http://www.mr.be/actualites/toute-lactualite/zoom/article/la-medecine-esthetique-bientot-pourvue-dun-cadre-legal/>, consulté le 15/06/2012.

votée à l'unanimité en Commission des Affaires sociales du Sénat et est entrée en vigueur le 15 août 2011. En vertu de cette loi, sur laquelle cette étude reviendra dans la partie consacrée à la responsabilité pénale du chirurgien esthétique, la publicité relative aux actes d'esthétique médicale est désormais interdite. Le législateur entend par là tout acte réalisé par un praticien de l'art médical visant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, pour des raisons esthétiques, sans but thérapeutique ni reconstructeur. Les injections, ainsi que les traitements aux *lasers* classe IV et à l'IPL (*Intense Pulse Light* ou lumière intense pulsée), sont également concernés par cette interdiction.

Notons que le concept de « *publicité* » est très large. Il s'agit de toute forme de communication ou action qui vise, directement ou indirectement, à promouvoir des actes d'esthétique médicale, quels que soient l'endroit, le support ou les techniques utilisés, y compris les émissions de télé-réalité. En revanche, l'information personnelle sur des actes esthétiques et des praticiens est autorisée dans le respect de conditions strictes. Ainsi, elle doit être conforme à la réalité, objective, pertinente, vérifiable, discrète et claire. Elle ne peut en aucun cas être trompeuse, comparative, et ne doit pas utiliser d'arguments financiers. De plus, les résultats d'examen (notamment les photos prises avant et après l'acte ou le témoignage de patients) ne peuvent pas être utilisés dans le cadre de l'information personnelle.

Le praticien doit par ailleurs toujours mentionner son titre professionnel particulier. Lorsque l'information personnelle est réalisée par un établissement, ce dernier doit alors mentionner les noms des praticiens, ainsi que les titres professionnels particuliers de chacun d'entre eux. Celui qui enfreint la loi sera puni d'un emprisonnement, de huit jours à un mois, et d'une amende de 250 à 10 000 euros, ou d'une de ces peines seulement. Par ailleurs, le Tribunal peut ordonner la publication du jugement, ou de son résumé, aux frais du contrevenant, par la voie de trois journaux ou de toute autre manière⁴⁴.

A la suite de la loi de 2011, une seconde proposition loi est votée⁴⁵. Cette fois-ci, il s'agissait de réglementer les qualifications requises pour poser des actes de médecine

⁴⁴ *Chirurgie plastique*, http://fr.wikipedia.org/wiki/Chirurgie_plastique, consulté le 15/06/2012.

⁴⁵ Loi du 23 mai 2013, réglementant les qualifications requises pour poser des actes de médecine esthétique non chirurgicale et de chirurgie esthétique et réglementant la publicité et l'information relative à ces actes (L 2014-04-10/23, art. 177, 002) en vigueur depuis le 10 mai 2014.

esthétique non chirurgicale et de chirurgie esthétique. La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de rejeter un recours contre cette loi en affirmant que cette réglementation légale concernant la médecine et la chirurgie esthétique est bel et bien constitutionnelle⁴⁶. L'introduction de cette loi entraîne une obligation d'informer dûment les patients sur tous les aspects de nature médicale, tels que les conditions de santé, les techniques, les matériaux utilisés, les éventuels préjudices et la manière de les prévenir, la revalidation, etc., et de nature administrative tels que les coûts et les honoraires. Toute forme de communication ou d'action qui – de manière directe ou indirecte – promeut des interventions médicales, est strictement interdite. Ce cadre législatif permet d'éliminer les pratiques douteuses telles que la publicité trompeuse et comparative. Cette loi fait par ailleurs une distinction claire entre deux disciplines : la chirurgie esthétique et la médecine esthétique non chirurgicale⁴⁷.

La chirurgie esthétique qui faisait de la Belgique le véritable « *eldorado* » de la chirurgie esthétique a commencé à poser des limites en élaborant des lois spécifiques pour régir cette discipline. Une démarche spécifique en ce sens est par ailleurs déjà observée en Angleterre.

§2. La chirurgie esthétique en Angleterre

15. Régime spécifique. L'Angleterre prévoit un certain nombre de règles spécifiques régissant la chirurgie esthétique et donc concernant les opérations et autres procédures qui révisent ou modifient l'apparence, la couleur, la texture, la structure, ou la position de caractéristiques corporelles. Cette chirurgie peut être réalisée par des chirurgiens plasticiens, mais aussi par d'autres spécialistes ou même des généralistes. La chirurgie esthétique est presque exclusivement réalisée dans des cliniques privées.

⁴⁶https://www.globalcube.net/clients/rbspsv2/content/medias/download/dossiers_presse/150923_Le_reco_urs_contre_la_loi_sur_la_chirurgie_esthetique_rejete_.pdf.

⁴⁷ Art. 2 : « Pour l'application de la présente loi, l'on entend par :

1° médecine esthétique non chirurgicale : tout acte technique médical non chirurgical, réalisé à l'aide de tout instrument, substance chimique ou dispositif utilisant toute forme d'énergie, comportant un passage à travers la peau ou les muqueuses, et visant principalement à modifier l'apparence corporelle d'un patient à des fins esthétiques, à l'exclusion de tout but thérapeutique ou reconstructeur. (...)

2° chirurgie esthétique : tout acte chirurgical visant principalement à modifier l'apparence corporelle d'un patient à des fins esthétiques, à l'exclusion de tout but thérapeutique ou reconstructeur (...).

16. Droits du patient. Quant aux droits des patients, il n'existe pas en Angleterre une loi spécifique sur le sujet ; en plus des précédents jurisprudentiels, les droits généraux des patients sont établis par des chartes et des guides émis par le Ministère de la santé et le *General Medical Council*.

En mai 2006, les Services consultatifs indépendants de santé (*Independent Healthcare Advisory Services*) ont publié le guide de la *Bonne pratique médicale en chirurgie esthétique (Good Medical Practice in Cosmetic Surgery / Procedures)*⁴⁸. L'objectif principal de cet ouvrage est de donner des directives claires sur les obligations des chirurgiens esthétiques et sur leur relation avec les patients, dans un domaine très particulier en raison des dimensions tant morales que psychologiques qui lui sont liées. Ces obligations sont conçues d'une manière spécifique en chirurgie esthétique, de façon similaire à la particularité prévue en droit français pour cette discipline. En vertu de ce guide, le chirurgien esthétique doit prendre en considération, non seulement les aspects médicaux et cliniques de l'état du patient, mais il doit également veiller à son état psychique en prenant en compte les éventuels troubles psychologiques ou psychiatriques devant être clairement identifiés en temps voulu par le médecin.

17. Obligation d'information, établissements et publicité. L'obligation d'information qui incombe au chirurgien esthétique a toujours été une priorité en chirurgie plastique ; elle doit être exacte et précise, et porter en particulier sur les risques, les contre-indications, les qualifications des médecins, l'état du patient, le traitement, le pronostic, les résultats raisonnables, les frais et les charges de l'intervention. L'information doit en outre être délivrée par écrit lors de la première consultation. Puis une période de réflexion de deux semaines doit être prévue pour tous les patients potentiels avant que ceux-ci ne donnent leur consentement éclairé et libre, et ce en vue d'éviter notamment les décisions irréflechies.

Pour ce qui est des établissements en Angleterre, la majorité des actes de chirurgie plastique est réalisée dans des cliniques privées. Ces dernières sont tenues de répondre aux normes nationales minimales et sont inspectées et réglementées par le *Healthcare*

⁴⁸ Publié sur le site du *General Medical Council*, GMC, http://www.gmc-uk.org/ihas_code_of_practice_good_medical_practice_in_cosmetic_surgery_2.pdf_33720281.pdf, consulté le 18/02/2014.

Commission. Quant à la publicité relative à la chirurgie esthétique, il existe une réglementation qui demeure insuffisante⁴⁹.

Un traitement particulier est donc adopté à la spécificité de la chirurgie esthétique en Angleterre. En revanche, et de manière comparable à la situation qui règne en Belgique, la réglementation spécifique à la pratique de la chirurgie esthétique aux Pays-Bas demeure limitée.

§3. *La chirurgie esthétique aux Pays-Bas*

18. Absence de réglementation spécifique. La chirurgie esthétique ne fait l'objet d'aucune loi spéciale aux Pays-Bas. En effet, il n'existe pas de reconnaissance claire de la chirurgie esthétique en tant que telle, le seul concept en usage aux Pays-Bas étant « *la chirurgie plastique* » ; « *la chirurgie esthétique* » n'est alors pas un titre protégé. La loi « *Beroepen dans de Individuele Gezondheidszorg* » (BIG) fournit un système de protection des titres de l'utilisateur d'un titre. C'est en fait le titre de « *chirurgien* » ou de « *chirurgien plastique* » qui est protégé si le praticien est enregistré dans le registre des médecins spécialistes. Cependant, le terme « *esthétique* » n'est pas juridiquement protégé, et peut même être trompeur.

19. Une petite place dans le monde juridique. La chirurgie esthétique n'est pas totalement absente du monde juridique : s'agissant des droits des patients, et en l'absence d'une réglementation spécifique en matière de chirurgie esthétique, ou plutôt en chirurgie plastique, ce sont les droits applicables dans toutes les branches médicales qui régissent cette discipline. Ces droits sont énoncés par le « *Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst* » ; ils concernent essentiellement le droit à l'information, le droit au consentement éclairé, le droit à avoir un dossier médical, le droit à une deuxième opinion, le droit à la représentation pour les patients incapables et le droit au secret de son dossier médical. Par ailleurs, le praticien ne peut être déclaré responsable que dans l'éventualité où le patient a subi un dommage.

S'agissant de l'obligation pour les praticiens de fournir des soins de bonne qualité tout en assurant la sécurité du patient, les règles générales applicables dans ce contexte

⁴⁹ *Comparaison internationale des règles de remboursement et aspects légaux de la chirurgie esthétique, préc.*

exigent que le personnel et l'équipement doivent être en mesure de proposer des soins de qualité et sécurisés. En outre, une fois par an le praticien doit préparer un rapport justifiant sa politique vis-à-vis des aspects susmentionnés. Ce document doit être envoyé à l'Inspection des soins de santé (*Inspectie voor de Gezondheidszorg*, IGZ) qui en contrôle la conformité avec la directive «*Zorginstellingen Kwaliteitswet*». Les cliniques privées entrent également dans le champ d'application de la directive précitée «*Zorginstellingen Kwaliteitswet*» et sont, par conséquent, sous la supervision de l'IGZ. Notons par ailleurs ici que la grande majorité des actes de chirurgie plastique aux Pays-Bas est réalisée dans des cliniques privées.

En ce qui concerne la publicité, la Fédération néerlandaise des associations professionnelles de médecins (*Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst*, KNMG) n'a prévu qu'une minorité de règles relatives à la publicité dans son code de conduite. Ce n'est en fait qu'uniquement l'article V.1 qui traite le sujet et mentionne que la publicité, pour et par les médecins, doit être réelle, contrôlable et compréhensible⁵⁰. Ainsi, l'absence importante de protection des patients subissant des interventions chirurgicales esthétiques est manifeste aux Pays-Bas. Dans ce pays qui ne reconnaît pas la chirurgie esthétique, ce titre est non protégé et peut même ne pas être réel. Le défaut de règles spécifiques adaptées à cette discipline caractérise également l'Allemagne.

§4. La chirurgie esthétique en Allemagne

20. Absence de législation spéciale. L'Allemagne, à l'instar des Pays-Bas, se caractérise par une absence de cadre légal et, par conséquent, de protection des patients dans le domaine de la chirurgie esthétique. En effet, dans l'actuelle législation allemande, il n'existe pas de définition juridique de la chirurgie esthétique en tant que telle. Cette discipline est en fait incluse dans le concept plus large de la chirurgie plastique.

Concernant la spécialisation en chirurgie esthétique, elle fait partie de la spécialisation en chirurgie plastique de la manière dont celle-ci est conçue en droit

⁵⁰ *Comparaison internationale des règles de remboursement et aspects légaux de la chirurgie esthétique, préc.*

allemand. Ainsi la chirurgie plastique est considérée comme une chirurgie des tissus superficiels du corps et comprend la chirurgie reconstructive, la chirurgie des brûlures et la chirurgie esthétique. Un nombre minimal d'opérations est alors requis durant la cinquième année de spécialisation des médecins. Cependant, aucune exigence de formation spécifique n'est légalement obligatoire pour les médecins qui exercent la chirurgie plastique. En outre, la médecine esthétique, comme dans d'autres pays occidentaux, reste une « zone grise ». Les droits des patients se placent eux aussi dans le cadre de l'absence d'une réglementation spécifique qui régit cette discipline. Aucune protection spécifique n'est donc assurée aux patients qui subissent des opérations chirurgicales à visée esthétique. Les droits généraux des patients font l'objet de quelques chartes et règlements qui ne revêtent pas le caractère légal obligatoire ; il s'agit des « chartes des patients » et des « règlements déontologiques des praticiens ».

En Allemagne, la chirurgie esthétique est essentiellement pratiquée dans des établissements privés, voire des cliniques privées, qui sont aptes à pratiquer la chirurgie plastique du simple fait qu'ils répondent aux exigences des activités chirurgicales en général. Ainsi il n'existe pas à l'heure actuelle des règles ou exigences spécifiques qui seraient imposées aux hôpitaux ou aux cliniques privées pratiquant la chirurgie plastique. Cette situation paraît insatisfaisante pour la plupart des parties prenantes, en particulier pour le GACD (*Gesellschaft für Chirurgie Ästhetische Deutschland*) dont l'objectif est de publier les lignes directrices sur la chirurgie plastique du point de vue scientifique, mais aussi d'établir des règles spécifiques régissant cette discipline⁵¹.

21. Propositions de loi. Il faut cependant noter que des propositions de lois relatives à la chirurgie esthétique sont actuellement présentées dans une tentative de trouver un certain cadre légal à cette discipline. C'est le cas de la proposition de loi présentée par l'Union Chrétienne Démocrate (CDU) visant à interdire aux mineurs les opérations de chirurgie esthétique. Ce projet de loi met l'accent sur le risque élevé de conséquences psychologiques négatives lorsqu'une décision de modifier son apparence physique a été prise trop tôt chez le patient. Il s'inscrit dans le cadre de la nouvelle loi relative aux droits des patients sur laquelle travaille actuellement le gouvernement allemand.

⁵¹ *Comparaison internationale des règles de remboursement et aspects légaux de la chirurgie esthétique, préc.*

L'appellation « *chirurgie esthétique* », aujourd'hui entourée d'un important flou juridique devrait également être clarifiée et protégée.

La nouvelle loi prévoit également la création d'un fonds de dédommagement aux victimes d'erreurs chirurgicales qui serait doté de plusieurs millions d'euros. Celui-ci devrait être financé par les assurés eux-mêmes et les médecins. Il permettrait notamment aux victimes présentant des dommages résultant d'interventions chirurgicales esthétiques de pouvoir bénéficier rapidement d'une opération de chirurgie réparatrice, sans être obligés d'attendre la décision de la justice pour obtenir réparation⁵². Ainsi, l'Allemagne, les Pays-Bas et la Belgique présentent tous une situation très proche dans le cadre de la pratique de la chirurgie esthétique, à savoir l'absence de règles spécifiques régissant cette pratique médicale, à l'exception de la loi interdisant la publicité dans ce domaine en Belgique. Cette situation a pour résultante, sans doute, un vide juridique énorme relatif à la protection des patients qui subissent des interventions chirurgicales esthétiques. Cette situation est cependant très différente en Suisse.

§5. *La chirurgie esthétique en Suisse*

22. La notion du « *human enhancement* ». Se plaçant dans le large cadre de la notion du « *human enhancement* », autrement dit du « *développement humain artificiel* », la chirurgie esthétique en Suisse se situe généralement dans une position médiane entre la situation juridique en Belgique et aux Pays-Bas en la matière. En effet, ladite notion concerne plusieurs catégories d'amélioration de l'être humain, ainsi que de nombreuses méthodes visant à y parvenir. A titre d'exemple, citons le dopage, les interventions de médecine et de chirurgie esthétiques, le maquillage permanent, l'épilation définitive, le génie génétique, etc., qui sont indifféremment regroupés au sein de cette notion⁵³.

⁵² *Allemagne, la chirurgie esthétique bientôt interdite aux moins de 18 ans*, <http://www.slate.fr/lien/53255/allemande-chirurgie-esthetique-interdite-moins-dix-huit-ans>, consulté le 15/06/2012.

⁵³ *Le développement humain artificiel communément appelé « human enhancement », législation actuelle et besoins de réglementation*, étude juridique préliminaire, mandatée par la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), réalisée par le Prof. Dominique SPRUMONT, Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel, et Samuel-Pierre MONBARON, collaborateur scientifique, Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel.

Un regard sur la situation du droit suisse en la matière montre cependant clairement l'élaboration de quelques dispositions spécifiques concernant la chirurgie esthétique. Ces dernières concernent essentiellement les obligations du chirurgien esthétique qui doit prendre en considération l'intérêt du patient, notion clé des règles régissant cette discipline en Suisse. Ainsi le praticien est tenu au devoir d'information et de consentement « éclairé » en ce sens qu'il doit remplir son obligation d'informer le patient de la technique chirurgicale qu'il va utiliser, des types d'anesthésie, des risques et des complications usuelles, des coûts de l'intervention, etc. Cette exigence de consentement éclairé est l'une des résultantes de l'article 10 de la Constitution fédérale en droit médical. On retrouve son pendant en droit privé avec l'article 28 du Code civil ayant pour but de garantir le respect de la volonté du patient et de lui donner ainsi le droit d'exercer son libre arbitre. On note dans ce contexte que l'article 10 de la Constitution fédérale garantit le droit à la vie, à la liberté personnelle, à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement, soit toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine, et interdit la torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants⁵⁴. Par conséquent, les renseignements délivrés au patient doivent être clairs et compréhensibles, contenus dans un document d'information remis par le chirurgien esthétique lors de la première consultation afin que le patient puisse, suite à ce devis et à un délai de réflexion, donner son consentement éclairé et libre, et décider alors de se faire opérer ou non. Ce devis écrit est obligatoire en droit suisse, ainsi que la proposition systématique d'un délai de réflexion et d'une seconde consultation avant le passage à l'acte chirurgical, garantissant ainsi une bonne éthique de l'exercice professionnel⁵⁵.

23. La directive de la FMCH. L'obligation d'information incombant à la charge du praticien envers le patient a fait l'objet d'une directive de la FMCH (*Foederatio Medicorum Chirugicorum Helvetica*) entrée en vigueur le 5 avril 2008 par décision de l'Assemblée plénière, et avec le soutien de l'Organisation Suisse des Patients (OSP). Selon ces lignes directrices, « *fondamentalement, seule la personne concernée est en*

⁵⁴ *Le développement humain artificiel communément appelé « human enhancement », législation actuelle et besoins de réglementation*, étude juridique préliminaire, préc.

⁵⁵ *Tout ce que vous devez savoir sur la chirurgie plastique, reconstructive et esthétique*, le petit guide, une publication de la Société Suisse de Chirurgie Plastique, Reconstructive et Esthétique, http://www.plastic-surgery.ch/upload/docs/140708-114057_doc_fr.pdf, consulté le 15/06/2012.

mesure de donner son consentement valable. Etant donné qu'une information préalable est la condition inaliénable pour pouvoir fournir un tel consentement, la personne concernée doit donc être informée. En principe, ceci s'applique aussi aux personnes mineures ou sous tutelle, pour autant qu'elles jouissent de leurs facultés de discernement. En cas d'incapacité de discernement, c'est le représentant légal qui autorise l'intervention. En l'absence du représentant légal, les proches du patient (parenté) doivent être consultés ; il faut en outre tenter de peser les intérêts objectifs et de définir la volonté supposée du patient »⁵⁶.

Quant au transmetteur de l'information, « seul le médecin peut personnellement garantir une information correcte de niveau professionnel. Si cette tâche doit être déléguée à un tiers, le médecin doit être absolument certain que la communication sera effectuée selon ses préceptes. En droit suisse, il est en principe admis de déléguer la tâche d'informer à un autre médecin. Cela implique néanmoins une bonne information et une communication mutuelle entre collègues »⁵⁷.

Cette directive de la FMCH précise également que « l'entretien d'information doit se dérouler selon les critères généraux suivants :

- Le médecin doit s'exprimer dans un langage compréhensible pour des profanes (si nécessaire, s'adjoindre les services d'un interprète).

- Il faut tenir compte du niveau de formation et de la capacité de compréhension du patient.

- En principe, le patient a droit de connaître tous les résultats des examens concernant son état de santé (exception faite du privilège thérapeutique, lorsqu'une information complète présenterait un désavantage pour le traitement)⁵⁸.

En outre, s'agissant plus particulièrement d'une chirurgie esthétique, la directive exige que l'information soit complète en estimant que « fondamentalement, on considère que l'ampleur de l'information à fournir est fonction de la complexité et de l'urgence de l'intervention : les interventions qui ne sont pas indiquées médicalement

⁵⁶ *Lignes directrices de la FMCH en matière d'informations au patient*, http://www.plastic-surgery.ch/upload/docs/010708-132148_doc_fr.pdf, p. 1, consulté le 17/06/2012.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Lignes directrices de la FMCH en matière d'informations au patient*, préc., p. 2.

(par ex. opérations de chirurgie esthétique et plastique) impliquent une information complète. »⁵⁹.

Quant au contenu minimal de l'information, il doit comprendre selon la directive « le diagnostic ; la nature de la maladie et de ses conséquences ; le traitement approprié et le degré d'urgence ; les risques et les effets secondaires du traitement, en principe, il faut informer le patient des risques qui présentent une certaine fréquence statistiques ainsi que sur les risques rares statistiquement parlant, mais qui sont spécifiques à l'intervention envisagée ; des complications statistiquement très rares ne doivent pas être mentionnées expressément ou seulement de manière limitée, à l'exception de celles qui peuvent entraîner de graves séquelles ; le type et la gravité de l'intervention, idéalement avec un croquis ; les risques particuliers inhérents au cas individuel doivent être discutés de manière spécifique ; l'information sur une éventuelle extension de l'opération, une extension de l'opération n'est admissible que si cela permet d'éliminer un risque grave pour le patient »⁶⁰.

Cette directive impose de plus au praticien l'obligation de laisser suffisamment de temps au patient pour se décider entre le moment où il reçoit l'information et celui où il donne son consentement.

Par ailleurs, et « lors d'interventions importantes, il faut procéder par étapes. Ce type d'information implique que l'on communique au moins deux fois au patient (par exemple, au cabinet en expliquant les indications, puis au moment de l'hospitalisation) les informations concernant l'opération envisagée »⁶¹.

Sur le plan formel, l'information doit être communiquée aussi bien par écrit qu'oralement, et il est nécessaire de rendre compte précisément de ces deux manières de procéder. Les éléments suivants sont alors indispensables à ce compte-rendu : Lieu et date de l'entretien informatif, personne informée et personnes éventuellement présentes lors de l'entretien, résumé de l'entretien par mots clés et, le cas échéant, au moyen de croquis/ dessins/ schémas et confirmation du patient qu'il a reçu ces informations et qu'il les a comprises. En outre, si le patient renonce à être informé, il faut le signaler et

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Idem*, p. 3.

faire attester au patient par signature qu'il a effectivement choisi de se priver d'informations.

En définitive, la directive précise que « *la meilleure manière de procéder consiste à établir trois types documents distincts :*

- *Brochures informatives, qui sont à disposition du public et fournissent des informations spécifiques en relation directe avec le diagnostic ;*
- *Un formulaire informatif proprement dit traitant précisément de l'intervention à venir (information spécifique sur l'intervention) ;*
- *Acceptation du patient de subir l'intervention convenue.*

Et sur le plan juridique, il est primordial que le formulaire informatif indique correctement le moment auquel l'information a été fournie et la nature de son contenu »⁶².

Par conséquent, et avant toute intervention, le patient doit signer un consentement qui confirme que cette phase d'information a bien été effectuée et qu'il accepte les risques inhérents à la procédure chirurgicale. Un arrêt de la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral suisse datant du 16 septembre 2011 explique clairement l'exigence d'un consentement éclairé et la portée de l'obligation du praticien en la matière⁶³. La chirurgie esthétique postule ainsi une information d'autant plus poussée qu'elle ne vise pas un but à proprement parler thérapeutique. Les techniques qui ne sont pas, ou ne sont que peu, éprouvées parce que nouvelles ne peuvent être appliquées que si elles offrent au patient une chance meilleure que les autres moyens usités, l'intérêt des développements de la médecine en général ne pouvant jamais justifier une atteinte particulière. Dans des hypothèses extrêmes, le consentement expressément donné peut être sans effet s'il apparaît comme contraire aux mœurs (articles 19 et 20 du Code des obligations) ou aux droits de la personnalité (article 27 du Code Civil Suisse) ; le médecin engagerait sa responsabilité pour un acte illicite. Ainsi, si l'opération réussit dans une hypothèse où le consentement éclairé manque, le patient n'aura pas subi de

⁶² *Idem* p. 4.

⁶³ Suisse, Tribunal fédéral suisse, Cour de cassation pénale, 16 sept. 2011, 6B 869/2010, <http://www.juricaf.org/arret/SUISSE-TRIBUNALFEDERALSUISSE-20110916-6B8692010>, consulté le 15/06/2012. L'annexe 1 présente un extrait de cet arrêt. V. Annexe 1 : arrêt du Tribunal fédéral suisse rendu le 16/09/2011.

dommage ; en revanche, si l'opération échoue, et cela même sans faute professionnelle du médecin, ce dernier sera responsable du dommage en résultant⁶⁴.

Outre l'obligation d'information, le chirurgien esthétique est également tenu de réaliser les opérations en toute conformité d'une part aux règles de l'art et aux droits des patients, à savoir les « *principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens* » (ATF - Arrêts principaux du Tribunal Fédéral -108 II 59,61), et, d'autre part, dans le respect des droits et de la dignité des patients. Ainsi, le consentement n'est pas une condition suffisante pour justifier une atteinte à l'intégrité corporelle. Encore faut-il qu'elle soit conforme aux règles de l'art, autrement dit que l'intervention réponde aux standards médicaux compte tenu des besoins du patient. Une méthode de « *développement durable artificiel* » devra ainsi être autorisée par la personne concernée. Elle doit en outre respecter les règles de l'art et la dignité humaine consacrée à l'article 7 Cst (Constitution fédérale de la confédération suisse) indépendamment de la volonté de la personne concernée.

Cependant, un vide juridique subsiste en ce qui concerne l'exigence d'une spécialisation en chirurgie esthétique pour les médecins pratiquant cette discipline. En effet, un grand nombre de médecins en Suisse effectue des interventions chirurgicales esthétiques sans pour autant avoir suivi une formation particulière. De même, la tendance générale pour les pratiques liées au bien-être, ou « *wellness* », n'est pas limitée au seul domaine médical ; d'autres professionnels de la santé élargissent également leur champ d'intervention vers des domaines qui ne relèvent pas strictement du thérapeutique ou du prophylactique. Du point de vue de la loi, ceci est, pour l'instant, encore permis, car chaque praticien en possession du diplôme de médecin et ayant accompli deux ans de formation post-graduée peut théoriquement pratiquer toutes les interventions pour autant qu'il s'en sente capable.

Concernant les mesures de sécurité, les chirurgiens esthétiques, de même que les personnes pratiquant des professions liées à l'esthétique, à la cosmétique, ou encore les tatoueurs et les perceurs, doivent respecter l'Ordonnance du DFI (Département fédéral de l'Intérieur) du 23 novembre 2005 relative aux objets destinés à entrer en contact avec les muqueuses, la peau ou le système pileux et capillaire, et aux bougies, allumettes, briquets et articles de farces et attrapes. Cette ordonnance prévoit des règles concernant

⁶⁴« La responsabilité de droit privé du médecin : aperçu de droit suisse », in Revue internationale de droit comparé. Vol. 28, N°3, juillet-septembre 1976, p. 576.

les matériaux et colorants utilisés, mais aussi l'obligation pour ces professionnels de prendre toutes les précautions raisonnablement nécessaires afin de prévenir la transmission de toute infection, obligation dont fait partie l'impératif d'utiliser du matériel stérile⁶⁵.

Sur un autre plan, et étant donné que les opérations de chirurgie esthétique ne répondent pas à la notion de maladie ou de suites d'accident, elles ne sont jamais prises en charge. Quant à la publicité directe, elle est interdite aux médecins, même en chirurgie esthétique. Pourtant, les magazines féminins, ou encore les quotidiens, en sont remplis. Sont en revanche autorisées les informations objectives concernant les activités, les expériences et les connaissances acquises du chirurgien⁶⁶. On note à cet égard que les règles relatives à la publicité et à l'information font l'objet d'une directive annexée au Code de déontologie médicale⁶⁷ de la Fédération des médecins suisses, qui précise dans la partie consacrée à la « *publicité illicite* » (Code de déontologie, article 20, 2^e al.) qu'une « *information est réputée non objective lorsqu'elle ne garantit pas l'objectivité médicale voulue, ne se fonde pas sur l'expérience ou ne répond pas, tant par sa teneur que par sa forme, au besoin d'information des patients ou des confrères ; une information est réputée mensongère lorsqu'elle ne s'appuie pas sur des faits ; l'information nuit à la réputation de la profession médicale, en particulier lorsqu'elle:*

- *établit des comparaisons discréditant des confrères, rabaisant par exemple leur activité ou leurs méthodes médicales ;*
- *contient des recommandations émanant de patients ;*
- *sert à célébrer ses propres louanges ou qu'elle présente sa propre activité médicale dans un style ouvertement publicitaire, appuyé et tapageur ;*
- *éveille dans le public des espoirs insensés ou de nature à fausser le jugement ;*
- *manque de sérieux ou offense la dignité et les bonnes mœurs »*⁶⁸.

⁶⁵ Le développement humain artificiel communément appelé « *human enhancement* », législation actuelle et besoins de réglementation, étude juridique préliminaire, préc.

⁶⁶ *Tout ce que vous devez savoir sur la chirurgie plastique, reconstructive et esthétique*, le petit guide, préc.

⁶⁷ V. Annexe n° 2.

⁶⁸ *Annexe 2 au Code de déontologie, directive pour la publicité et l'information*, http://www.plastic-surgery.ch/upload/docs/040608-000914_doc_fr.pdf, p. 2, consulté le 17/06/2012.

Cependant, l'information personnelle est admise selon cette directive qui précise que « l'information du public est considérée comme nécessaire lorsqu'elle facilite le choix du médecin approprié. Cette information consiste à indiquer :

- les qualifications professionnelles ;
- la carrière professionnelle, l'âge, les connaissances linguistiques ;
- les visites à domicile, l'accueil de nouveaux patients, les horaires de consultation ;
- les formes de collaboration ou la désignation de partenaires (par exemple, cabinet de groupe réunissant des médecins et/ou d'autres membres de professions médicales, fonction de médecin agréé, de médecin-chef, rapports contractuels avec un assureur dans le cadre de formes particulières d'assurance) ;
- l'offre de prestations personnelles (p. ex. physiothérapie, propharmacie, opérations effectuées au cabinet médical, installations radiologiques) ;
- l'affiliation à des associations médicales »⁶⁹.

Outre la responsabilité pour défaillance à l'obligation de l'information susmentionnée, pour que la responsabilité contractuelle du médecin soit engagée il faut donc une violation du contrat impliquant une faute ou une négligence, ainsi qu'un rapport de causalité entre la violation du contrat et le dommage, afin que le préjudice subi par le patient soit imputé au médecin. En matière médicale, la violation du contrat se traduit par une infraction du devoir de diligence du médecin, c'est-à-dire une violation des règles de l'art. En conséquence, une faute de diagnostic ou de traitement peut engendrer la responsabilité d'un médecin si elle constitue une inobservation d'une des règles de l'art. La responsabilité pénale du médecin est engagée lorsqu'il réalise une infraction, généralement une atteinte à l'encontre de la vie ou l'intégrité corporelle du patient⁷⁰. Un arrêt du Tribunal fédéral suisse datant du 19 août 2011 explique clairement les conditions de la responsabilité contractuelle du chirurgien esthétique, qui est

⁶⁹ Annexe 2 au Code de déontologie, directive pour la publicité et l'information, préc., p. 2.

⁷⁰ Le développement humain artificiel communément appelé « human enhancement », législation actuelle et besoins de réglementation, étude juridique préliminaire, préc.

applicable à tout praticien et qui émane du contrat de mandat entre celui-ci et le patient⁷¹.



CONCLUSION DU CHAPITRE

24. En conclusion, le panorama du droit comparé présenté dans ce chapitre préliminaire montre clairement que l'encadrement juridique de la chirurgie esthétique varie entre une absence totale de réglementation dans certains pays et une insuffisance dans d'autres. Relevons que le droit français a pris en considération la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique qui exige une protection attentive des patients, dans son traitement juridique du chirurgien esthétique, tant au niveau des obligations de ce dernier qu'au niveau de sa responsabilité.

⁷¹ Suisse, Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour civile, 19 août 2011, 4A 266/2011, <http://www.juricaf.org/arret/SUISSE-TRIBUNALFEDERALSUISSE-20110819-4A2662011>, consulté le 15/06/2012. L'annexe 2 présente un extrait de cet arrêt.

PARTIE I

LA LOGIQUE OBLIGATIONNELLE

JUXTAPOSEE AU PROCESSUS

DECISIONNEL EN CHIRURGIE

ESTHETIQUE

25. Présentation. Le particularisme de l'intervention chirurgicale esthétique la distingue catégoriquement de toutes les autres branches de la médecine en général et chirurgicales en particulier. La nature de cette intervention, mais aussi sa finalité, en révèlent sa spécificité qui nécessite la protection des patients subissant un tel acte médical. La nature de l'intervention exige donc des chirurgiens esthétiques une grande prudence dans la réalisation des opérations chirurgicales à visée esthétique.

La prudence est surtout imposée durant la phase préalable à la prise de la décision d'opérer du fait que l'intervention chirurgicale esthétique est à caractère facultatif. Cette prudence se révèle par un certain nombre d'obligations préalables à la décision finale, lesquelles constituent la première face du traitement juridique spécial du chirurgien esthétique ; ce sont ces obligations qui se reflètent directement sur la décision que doit prendre le chirurgien esthétique, soit de réaliser l'intervention soit de ne pas intervenir. C'est ainsi que le processus décisionnel est déterminé à la lumière des obligations préalables et impératives du chirurgien esthétique. Par conséquent, les obligations préalables sont juxtaposées au processus décisionnel en chirurgie esthétique, processus qui s'achève de deux façons possibles : soit l'autorisation est donnée par le chirurgien esthétique de réaliser l'opération, soit il s'en abstient.

Pour aboutir à ce résultat, le chirurgien esthétique est donc tenu, en premier lieu, à une obligation d'information à la lumière de laquelle le patient doit pouvoir donner un consentement libre, éclairé et complet préalablement à l'intervention. Ainsi, cette obligation lourdement imposée au chirurgien esthétique est en fait mesurée à la spécificité de la chirurgie esthétique (**Titre I**). Un alourdissement similaire est également imposé au chirurgien esthétique concernant le processus préalable qu'il doit réaliser afin de mesurer l'utilité et la légitimité de l'intervention. Ce processus lui permet de prendre la décision finale, qui sera soit favorable et autorisant donc la réalisation de l'opération dans le cas où celle-ci a été considérée comme utile et légitime, soit défavorable et obligeant le plasticien à s'abstenir dans le cas où l'intervention a été estimée inutile ou illégitime (**Titre II**).

TITRE I

L'INFORMATION MESUREE A LA SPECIFICITE DE LA CHIRURGIE ESTHETIQUE

26. *Une perspective d'embellissement.* A la différence de la médecine curative, la chirurgie esthétique est motivée par une obsession de beauté, en ce sens que la personne désirant subir une amélioration de son physique ne vise qu'un unique but, celui de réaliser une satisfaction psychique plutôt que thérapeutique. La chirurgie esthétique étant donc de nature non curative, elle revêt dans une autre facette une certaine nature commerciale faisant du patient un consommateur devant être protégé. La spécificité de la chirurgie esthétique paraît en outre, sur le plan de ses effets, puisqu'une opération esthétique, même minime, aura sans doute des répercussions sur le devenir de la personne et sur son image future.

27. *Consécration.* Consciente de la spécificité qui entoure cette discipline, le législateur français, ainsi que la jurisprudence française, se sont montrés exigeants quant à la nécessité d'assurer au patient une information préalable totale et complète. C'est ainsi que l'obligation d'information, qui est un devoir imposé à tout praticien dans l'exercice de sa mission, est lourdement exigée du chirurgien esthétique. Cette sévérité appliquée régulièrement par la jurisprudence⁷², a été consacrée en vertu de la loi n° 2002-303, du 4 mars 2002 (loi Kouchner) relative aux *droits des malades et à la qualité*

⁷² CA Lyon 8 janv. 1981, D. 1982, IR 274, JCP 1981, II, 19699, note CHABAS : « Attendu que le chirurgien esthétique doit donc plus que tout autre informer très exactement son client de tous les risques inhérents à l'opération qu'il conseille et des séquelles qui peuvent en subsister, notamment des séquelles cicatricielles visibles inévitables avec la possibilité de les améliorer par une intervention ultérieure, ce devoir d'information ne cessant pas avec l'achèvement de l'acte opératoire ; qu'il doit d'autre part maîtriser parfaitement la technique chirurgicale, son action n'étant jamais ni urgente, ni obligatoire et ne pas mettre en œuvre une thérapeutique dont les inconvénients risqueraient de surpasser la disgrâce qu'il prétend traiter... ».

du système de santé. Ladite loi a contribué à cadrer la relation des patients avec les chirurgiens esthétiques, malgré le débat né de l'affaire Perruche⁷³ et clôturé par la Cour Européenne des Droits de l'Homme réunie en Grande Chambre dans son arrêt rendu le 21 juin 2006⁷⁴.

Le devoir d'information se trouve désormais consacré dans le Code civil⁷⁵ à la suite de la réforme opérée par l'ordonnance n°131-2016 du 10 février 2016⁷⁶. Il est doté d'un caractère d'ordre public⁷⁷. Ainsi, l'article 1112-1 dudit Code dispose que : « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.*

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

⁷³ Cass. ass. plén., 17 nov. 2000 (affaire Perruche), JCP 2000, II, 10438 : « *dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues...* ». L'arrêt PERRUCHÉ a été confirmé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation par trois arrêts de l'assemblée plénière du 13 juillet 2001 et deux arrêts du 28 novembre 2001 n° 00 - 11.197 et 00 - 14.148, CAYLA Olivier, THOMAS Yan, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, Le débat, 2002 ; FABRE-MAGNAN F., *L'affaire Perruche : pour une troisième voie*, Droits, n°35, 2002, p. 119.

⁷⁴ CEDH, 21 juin 2006, *Maurice c. France*, n° 11810/03.

⁷⁵ Sur ce sujet V. CHANTEPIE G. et LATINA M., La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°180 et s ; M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.* 12 avr. 2016 ; C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre, inquiétudes à l'horizon », *D.* 2016. 1009.

⁷⁶ Ord. n°2016-131, 10 février 2016, JORF 11 févr. 2016, texte n° 26.

⁷⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G* 2016, n°25, 706.

S'agissant, tout d'abord, du contenu de l'information, celle-ci est due si son « *importance est déterminante pour le consentement de l'autre* » partie. Le juge sera ainsi enclin à continuer à se poser la même question : si le créancier de l'information en avait eu connaissance aurait-il contracté ?

S'agissant, ensuite, du créancier de l'information, celui-ci est censé avoir « *légitimement, [...] ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». L'ignorance doit donc être légitime, ce qui constitue une limite au devoir d'information ; limite qui s'appréciera sans doute différemment selon l'intensité du lien de confiance entre les parties.

S'agissant, enfin, du débiteur de l'information, celui-ci doit connaître l'information au moment de la formation du contrat. L'ordonnance, contrairement au projet, ne vise plus celui- qui devait la connaître.

28. Intérêt. L'obligation d'information accrue permet au patient de consentir clairement à la décision de se faire opérer ou de ne pas se faire opérer. En effet, la nécessité de recueillir un consentement éclairé du patient préalablement à tout acte médical est une notion profondément liée au principe de l'inviolabilité du corps humain. Ce principe peut être défini comme étant « *le droit de repousser l'agression d'autrui contre le corps* »⁷⁸. Il est consacré par le législateur en vertu de l'article 16-1 du Code civil qui 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* ». Il est consacré également par l'article 1111-4, al. 3 du Code de la Santé Publique qui précise qu'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* », et par l'article 36 du Code de déontologie médicale qui énonce que « *le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* ».

Toutefois, l'atteinte au corps humain protégée par le principe susmentionné, peut être autorisée par le législateur dans des cas précis justifiant une telle atteinte. Pourtant, bien que cette atteinte soit légiférée, elle ne suffit pas à elle seule, puisqu'elle doit être subordonnée à la volonté de la personne concernée, c'est-à-dire à son consentement

⁷⁸ CHABAS F., « Le corps humain et les actes juridiques en droit français », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'association CAPITANT Henri, T.26, Dalloz, 1975, p.227.

préalable⁷⁹. C'est dans ce contexte que se situent les actes chirurgicaux qui portent une atteinte volontaire au corps humain. Cette dernière est alors justifiée par un but médical, celui d'apporter la guérison à une maladie déterminée, et par une finalité d'amélioration physique dans le cas de la chirurgie esthétique, comme on pourra le constater dans la seconde partie.

Cette analyse nous permet également de dégager les points justificatifs de l'alourdissement de l'obligation d'information imposée au chirurgien esthétique. En effet, si l'intervention chirurgicale curative, qui a donc pour but d'apporter le remède à une maladie déterminée, est subordonnée au consentement préalable du patient, qu'en est-il de l'intervention chirurgicale esthétique qui n'est pas de nature curative ?

La nature et la finalité spécifiques de la chirurgie esthétique ont alors poussé aussi bien le législateur français que la jurisprudence française à montrer une grande sévérité en vue de protéger la personne subissant un acte chirurgical esthétique. Ainsi, il apparaît clairement par une analyse de la législation et de la jurisprudence en France sur le sujet que ces dernières ont créé des mécanismes d'information spéciaux et adaptés à la spécificité de la chirurgie esthétique. Il convient de noter dans ce contexte que l'obligation d'information est indépendante de l'acte esthétique, en ce sens que la responsabilité du chirurgien esthétique sera engagée du seul fait qu'il a fait défaut à cette obligation. Par conséquent, l'obligation d'information incombant au chirurgien esthétique est une obligation importante mais aussi étendue ; d'abord, en largeur, du fait qu'elle doit être une information exhaustive (**chapitre I**), mais également, en profondeur, puisqu'elle doit être une information subtile (**chapitre II**) ; la rigueur de l'information apparaît en outre dans l'exigence d'une information très personnalisée (**chapitre III**) ; elle est enfin d'une intensité lourde quant à sa nature juridique et ses caractères et quant à sa preuve (**chapitre IV**).

⁷⁹ THOUVENIN D., « Le rôle du consentement dans la pratique médicale », *Médecine et droit*, mai/juin 1994, n°6, 57 ; CLEMENT C., *Quelques propos sur le principe du consentement en droit médical et hospitalier*, Petites affiches, 24 juin 1996, n°76, 6 ; BYK C., « Le consentement à l'acte médical dans la relation patient-médecin en Europe », in LEMAIRE F., RAMEIX S., GHANASSIA J.-P., « Consentement aux soins : vers une réglementation ? », *Médecine-sciences*, Flammarion, 1995, p.32.

CHAPITRE I

EXHAUSTIVITE DE L'INFORMATION

29. Aspects extra-médicaux. L'information que le chirurgien esthétique doit fournir au patient doit être une information exhaustive. Elle dépasse ainsi le cadre strictement médical et chirurgical, pour englober également des aspects extra-médicaux. Cette exhaustivité est devenue obligatoire en vertu de l'arrêté du 17 octobre 1996 relatif à la publicité des prix des actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, suivi par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

L'article 1^{er} de l'arrêté susmentionné initié par le Conseil national de la consommation, et modifié par l'arrêté du 11 septembre 2001, dispose que : « *pour toute prestation à visée esthétique, dont le montant estimé est supérieur ou égal à 300 euros ou comportant une anesthésie générale, le praticien remet un devis détaillé. Les autres prestations à visée esthétique doivent également donner lieu à un devis détaillé lorsque la personne examinée le demande* »⁸⁰. Le contenu de ce devis, à savoir le contenu de l'information, est précisé par l'article 2 dudit arrêté.

La loi du 4 mars 2002 a énoncé dans l'article 11 les dispositions spéciales concernant l'information du patient en chirurgie esthétique en apportant des modifications au Code de la Santé Publique (CSP). A cet effet, l'article L.6322-2 CSP modifié par la loi susmentionnée indique que « *pour toute prestation de chirurgie esthétique, la personne concernée, et, s'il y a lieu, son représentant légal, doivent être informés par le praticien responsable des conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications. Cette information est accompagnée de la remise d'un devis détaillé* ».

Ainsi, le chirurgien esthétique est tenu d'une obligation spéciale d'information délivrée au patient en vertu d'un devis écrit préalablement à l'opération esthétique. Le devis est également lié à un délai de réflexion qui permet au patient de prendre sa décision en toute connaissance de cause. Ce délai obligatoire est fixé, en vertu de l'article D. 6322-30 du Code de la Santé Publique, à 15 jours. Par conséquent, outre les

⁸⁰ Cass. crim., 15 oct. 2002, n°01-88172.

mentions d'ordre médical, l'information délivrée par le chirurgien esthétique doit contenir également des mentions d'ordre extra-médical. L'information exhaustive comprend ainsi des mentions d'ordre administratif (**section I**) et technique (**section II**).

SECTION I

EXAUSTIVITE SUR LE PLAN ADMINISTRATIF

30. Chirurgien et établissement. Sur le plan administratif, l'exhaustivité concerne, d'une part, les informations personnelles relatives au chirurgien esthétique en sa qualité professionnelle, et d'autre part l'établissement où l'intervention aura lieu. Ainsi, selon l'article 2, alinéas 1 et 3, de l'arrêté du 17 octobre 1996, le devis obligatoire doit comporter « *le nom, l'adresse, le numéro d'inscription au Conseil départemental de l'ordre des médecins, la qualification dans une spécialité (y compris la médecine générale) et/ou la compétence exclusive en chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique délivrée par le Conseil national de l'ordre des médecins et l'existence ou non d'une assurance en responsabilité civile professionnelle du praticien, le garantissant de l'acte prévu... le lieu d'exécution de la prestation en précisant pour les établissements de santé privés, le numéro d'agrément délivré par la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales* ». La mention de la police d'assurance doit indiquer les références relatives au numéro de la police et de la compagnie d'assurance⁸¹. Cette exigence a été affirmée de même par le Conseil d'Etat qui estime que l'obligation de renseignement doit porter sur les données administratives et hospitalières⁸².

⁸¹ *Projet de rapport par les collègues des consommateurs et des professionnels du CNC sur l'information du consommateur dans le secteur de l'esthétique médicochirurgicale*, JO 29 oct. 1996, p. 15790.

⁸² CE sect., 11 janv. 1991, *Biancale*, n° 93348, <http://www.legifrance.gouv.fr>, mis à jour le 02/04/2012, consulté le 02/04/2012 : « *Considérant que le transfert de Mme Marie-Thérèse X... dans une unité de long séjour avait pour conséquence une augmentation très importante des dépenses d'hospitalisation qui devaient en tout état de cause rester à sa charge; qu'il résulte de l'instruction que Mme X... n'a pas été informée de ces conséquences, alors qu'aucune circonstance particulière ne faisait obstacle à cette information ; que cette carence, ainsi que le fait pour l'administration hospitalière d'avoir tardé jusqu'au 5 mai 1983 à mettre en recouvrement les sommes dues en raison du séjour de Mme X... au centre* ».

31. Nécessité d'une autorisation. Tenant compte de la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique et l'exigence que le plasticien jouisse de la compétence requise pour pratiquer cette discipline, mais surtout tenant compte de la nécessité de protéger les patients subissant une opération à visée esthétique, le législateur français a élaboré le décret n° 2005-776 du 11 juillet 2005 relatif aux conditions d'autorisation des installations de chirurgie esthétique et modifiant le Code de la Santé Publique. En vertu de ce décret, l'autorisation mentionnée à l'article L. 6322-1 est accordée ou renouvelée par le Préfet du département où se situent les installations de chirurgie esthétique. En effet, l'article L. 6322-1 du Code de la Santé Publique prévoit qu'une « *intervention de chirurgie esthétique, y compris dans les établissements de santé, ne peut être pratiquée que dans des installations satisfaisant à des conditions techniques de fonctionnement...* ». De même, l'article R. 740-3 précise que les demandes d'autorisation et de renouvellement d'autorisation sont adressées au Préfet, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par la ou les personnes physiques ou morales qui sollicitent pour leur propre compte la délivrance de l'autorisation. Ce décret fait soumettre la demande d'autorisation et ses conditions à des dispositions strictement lourdes.

Ainsi les demandes d'autorisation et de renouvellement d'autorisation doivent être accompagnées d'un premier dossier administratif, d'un deuxième dossier relatif aux personnels, faisant apparaître les engagements du demandeur relatifs aux effectifs et à la qualification des personnels, notamment médicaux, pharmaceutiques et non médicaux, nécessaires à la mise en œuvre du projet et à la pratique de la chirurgie esthétique, d'un troisième dossier relatif aux informations d'ordre technique et financier, et enfin un quatrième dossier relatif à l'évaluation. Les dispositions de ce décret ont également fait l'objet d'une circulaire du 23 décembre 2005, en vertu de laquelle « *les installations, même lorsqu'elles sont exploitées dans ou par un établissement de santé, sont soumises à une autorisation du Préfet du département où elles se situent* ».

Le titulaire de l'autorisation peut être une personne morale, c'est le cas quand il s'agit d'un établissement de santé, ou une personne physique, comme dans le cas de certaines installations privées. Cette autorisation est obligatoire et préalable. L'exercice sans autorisation est sanctionné par l'article L. 6324-2. L'autorisation accordée est alors

hospitalier Dupuytren sont constitutifs de fautes de nature à engager la responsabilité de l'administration générale de l'Assistance publique à Paris... ».

valable pour une durée d'exploitation de cinq ans. La mise en service des installations autorisées ne peut avoir lieu qu'après constatation de leur conformité. Si l'autorisation n'a pas donné lieu, dans les trois ans suivant sa notification, à un commencement de fonctionnement, précédé de la visite de conformité, le Préfet en constate la caducité.

Le demandeur doit présenter un dossier complet, comme précédemment mentionné, comportant notamment ses engagements quant aux caractéristiques des installations, aux compétences des personnels, à l'évaluation régulière de son activité et de ses pratiques, et à la certification par la Haute Autorité de Santé. La partie de ce dossier relative à l'évaluation (art. R. 6322-4) pourra être établie par le demandeur en s'appuyant sur les données acquises de l'art et sur les recommandations diffusées par les sociétés savantes dans le domaine de la chirurgie esthétique.

Au terme de cette durée de cinq ans, l'autorisation doit faire l'objet d'un renouvellement explicite pour la poursuite de l'exploitation. Le renouvellement implicite prévu à l'article L. 6122-10 du Code de la Santé Publique n'est pas applicable aux installations de chirurgie esthétique. Ainsi, les établissements de santé qui seront titulaires de l'autorisation spécifique relative à la chirurgie esthétique devront, le moment venu, présenter le dossier complet de demande de renouvellement prévu à l'article R. 6322-4. Le délai de dépôt de cette demande est fixé, par un compte à rebours, de telle sorte que la décision soit notifiée au plus tard quatre mois avant la fin de la durée de validité en cours⁸³.

⁸³ Cass. civ., 30 sept. 2010, n°08-18159 ; Cass. civ., 12 janv. 2012, n° 10-24036. L'annexe 3 présente des extraits de ces arrêts.

SECTION II

EXHAUSIVITE SUR LE PLAN TECHNIQUE

32. *Choix entre deux possibilités.* En l'absence de tout état d'urgence, le chirurgien esthétique est tenu de fournir une information permettant au patient de faire un libre choix entre deux options : accepter l'intervention ou bien la refuser et garder son imperfection. Ainsi, le patient participe avec le chirurgien esthétique à la prise de décision. À cet effet, l'obligation du praticien en général, mais du chirurgien esthétique en particulier, comporte également des informations d'ordre technique⁸⁴. Il doit donc indiquer les alternatives thérapeutiques propres au cas du patient, ainsi que les avantages et les inconvénients que peut présenter chacune d'elles. Dans ce sens, la Cour de cassation a condamné par un arrêt rendu le 28 janvier 1942 (arrêt Teyssier) un médecin pour n'avoir pas informé le patient de l'existence d'une alternative thérapeutique⁸⁵.

33. *Matériels et produits utilisés.* Sur le même plan, le praticien doit fournir des informations sur le caractère dangereux du matériel utilisé, même si ce dernier est sans défaut et que son caractère dangereux ne peut résulter d'un usage normal⁸⁶.

⁸⁴ CA Lyon, 25 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1980, p. 36 : « Sans doute le patient avait d'abord refusé la mise en place d'un dentier mobile, préférant une prothèse fixe et par conséquent inamovible, mais il n'est pas établi et il est tout à fait invraisemblable qu'un chirurgien-dentiste ne lui ait pas expliqué, sur sa demande, les caractéristiques techniques essentielles de la prothèse, en lui précisant que sa mise en place comportant une partie fixe nécessitant l'implantation de piliers et par conséquent le meulage des dents subsistantes. Pas davantage n'est caractérisé le grief de défaut d'information préalable quant au coût de l'intervention, en effet, l'importance même de la prothèse conseillée, la nature des matériaux employés et la longueur des travaux de mise en place étaient de nature à éclairer le patient sur le montant des honoraires qui lui seraient réclamés, il n'est en tout cas pas établi que le patient n'ait pas été renseigné préalablement sur le coût approximatif de l'opération... ».

⁸⁵ Cass. civ., 28 janv. 1942, *D.* 1942, p. 63. Selon cet arrêt, un médecin « est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération [...] en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade... » et qu'il engage sa responsabilité vis-à-vis de son patient dès lors qu'il ne l'a averti « ni de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir et de ses conséquences possibles, ni du choix qu'il avait entre deux méthodes curatives ».

⁸⁶ Cass. civ. 1, 22 nov. 1994, *Bull. civ.* I, n°340 : Selon cet arrêt, « L'appareil, par sa conception, présentait un danger certain que connaissait le praticien en sa qualité de spécialiste puisqu'il n'ignorait pas l'existence des graves accidents survenus en Allemagne et aux Etats-Unis [...] en ne signalant pas aux parents le danger inhérent à l'appareil, ce qui aurait pu les conduire à refuser le traitement, le

L'information technique comporte en outre le type des produits utilisés ainsi que la durée de garantie des matériels par les laboratoires et leur autorisation de mise sur le marché.

L'information transmise sur le plan technique a fait l'objet d'un certain nombre de décisions rendues par les tribunaux français. Ainsi, par un arrêt rendu le 14 janvier 1992, la Cour de cassation a condamné un chirurgien esthétique pour avoir modifié une stratégie sans raisons valables ni consentement de l'intéressée ; il avait prélevé un lambeau cutané sur un endroit du corps qui n'avait pas été celui convenu avec la patiente⁸⁷. Par ailleurs, pour ce qui est de la pose d'une prothèse, il incombe également au chirurgien esthétique l'obligation d'informer le patient non seulement des conséquences du geste chirurgical permettant l'implantation, mais aussi « *il doit remplacer le fabricant pour expliquer au patient les précautions à prendre suite à la pose de la prothèse* »⁸⁸. La jurisprudence exige en outre le respect des engagements contractuels en matière de chirurgie esthétique. A cet effet, la découverte d'une affection non diagnostiquée avant l'intervention impose au chirurgien esthétique plus qu'à tout autre praticien l'obligation de retarder l'opération quelle que soit sa gravité. Il est tenu ainsi de révéler au patient les suites que celle-ci peut provoquer.

L'étendue en largeur de l'information, c'est-à-dire son exhaustivité, en chirurgie esthétique constitue alors le premier aspect de la spécificité de cette obligation incombant au chirurgien esthétique. Une autre étendue, celle-ci en profondeur, révèle le second aspect de cette spécificité ; il s'agit de la subtilité de l'information.

praticien avait manqué à son obligation de renseigner ». L'arrêt ajoute que « *la Cour d'appel a énoncé à bon droit que, procédant à un acte de fourniture d'un appareil, le chirurgien-dentiste orthodontiste est tenu à une obligation de résultat concernant la sécurité tenant à la conception de l'appareil qu'à ses conditions d'utilisation...* ».

⁸⁷ Cass. civ., 14 janv. 1992, *JCP* 1993, I, 21996, note DORSNER-DOLIVET : La Cour de cassation rejette le pourvoi formé : la Cour d'appel avait retenu que la patiente n'a pas été exactement informée des modalités et des zones de prélèvement des lambeaux cutanés. L'intervention ayant causé une longue cicatrice verticale qui est apparue sur la face interne de la totalité de la cuisse ainsi qu'une déformation, et s'agissant d'une intervention qui n'était pas imposée par un caractère d'urgence ou par un danger immédiat, la patiente n'a pas bénéficié de la totale information. Elle était donc en droit d'exiger et que son consentement n'a pas été éclairé.

⁸⁸ ROUGE D., ARBUS L., COSTAGLIOLA M., *Responsabilité médicale de la chirurgie à l'esthétique*, Arnette, 1992, p. 137.

CHAPITRE II

SUBTILITE DE L'INFORMATION

34. *Présentation.* Constituant un acte de confort à caractère facultatif, l'intervention chirurgicale esthétique exige du chirurgien esthétique plus de rigueur quant au contenu de l'information délivrée au patient. Ce dernier doit détenir une information complète lui permettant d'apprécier l'acte esthétique dans sa nature, dans son importance, dans ses suites, dans ses répercussions aussi bien physiques que psychiques, dans ses risques. A la lumière de cette information, le patient pourra prendre une décision éclairée. Ainsi, une subtilité double caractérise l'obligation d'information du chirurgien esthétique : elle doit être, d'une part, qualitative (**section I**) et, d'autre part, quantitative (**section II**).

SECTION I

SUBTILITE QUALITATIVE

35. La subtilité qualitative de l'obligation d'information du chirurgien esthétique peut être conclue, non seulement des dispositions de l'arrêté du 17 octobre 1996, mais également de la nature non curative de l'opération à visée esthétique. Ainsi, le chirurgien esthétique est tenu, d'un côté, de prendre en considération les données psychologiques ayant motivé le patient à réclamer une intervention esthétique (§1), et, d'un autre côté, de lui fournir toutes les informations d'ordre médical (§2).

§ 1. Subtilité qualitative d'ordre psychologique

36. « *Chirurgien-psychologue* ». Il s'agit ici pour le chirurgien esthétique de déterminer la nature psychologique des motivations du patient et de le prévenir des effets de l'intervention. Cette subtilité qualitative d'ordre psychologique doit donc être traitée suivant deux aspects différents : les motifs qui ont poussé le patient à subir un changement de physique d'une part, et les répercussions psychologiques possibles de cette intervention sur le devenir du patient d'autre part. En effet, en matière de chirurgie

esthétique, le patient révèle une fragilité psychologique particulière. Cette fragilité exige plus de rigueur quant à l'information fournie au patient, à la différence de la médecine curative. Un geste chirurgical, en matière esthétique, même minime, peut certainement avoir des conséquences psychiques importantes du fait qu'il touche à l'image du patient, voire à l'intimité la plus profonde de celui-ci. Cette fragilité constitue en fait une circonstance aggravante lors de complications⁸⁹.

De plus, l'opération de chirurgie esthétique agit certainement sur l'immédiat, mais aussi sur l'avenir du patient. Ainsi, le chirurgien esthétique doit, à ce titre, éclairer le patient sur son devenir, ce dernier ayant besoin d'être rassuré sur la réussite de l'opération esthétique et sur son image future. A ce titre, il incombe au chirurgien esthétique d'informer le patient non seulement des risques cicatriciels, comme ce sera examiné dans ce qui suit, mais également des risques psychologiques. Ceux-ci peuvent provenir des répercussions de l'opération chirurgicale esthétique tant au niveau personnel qu'au niveau familial, social ou professionnel du patient.

37. Entretien psychologique. Dans ce contexte, la jurisprudence française paraît favoriser, voire même recommander, dans un grand nombre d'affaires, le recours à un entretien psychologique⁹⁰. Quant au but de cette procédure, elle consiste à affiner les motivations du patient, celui-ci ayant eu recours à un changement physique dans l'attente d'une réponse à un problème quelconque, psychique, conjugal, professionnel ou autre ; autrement dit, un motif psychologique est derrière sa réclamation. Ainsi, un psychothérapeute pourrait mieux définir les motifs du patient, en dégager ses attentes et en dissiper les malentendus. L'opération chirurgicale esthétique réalisée sans conseil d'un psychothérapeute peut alors constituer une faute, si elle aboutit à des conséquences dommageables.

⁸⁹ BANZET et FABRE, *Le chirurgien plasticien face aux juges*, Ellipses Marketing, 1996, p. 24, citent la décision suivante : CA Versailles, 17 janv. 1991, *JCP* 1992, II, 2192 ; *D.* 1991, somm. 359 : « ... qu'il s'ensuit que comme l'a retenu le premier juge, le Dr X a commis une faute engageant sa responsabilité dès lors qu'aussi bien le Dr Z que le Dr W désigné par le tribunal pour évaluer le préjudice subi par l'intimée démontrent que les injections subies par Mme Y étaient bien la cause des séquelles qu'elles présentaient au niveau du visage... »

⁹⁰ CA Aix-en-Provence, 16 avr. 1981, *JCP* 1983, II, 19922, note CHABAS ; *Gaz. Pal.* 1983, pan, jur. 77 ; Cass. civ, 22 sept. 1981, *Gaz. Pal.* 1982-11, pan. jur. 70.

§ 2. Subtilité qualitative d'ordre médical

38. Exigences particulières. Pour permettre au patient d'exprimer un consentement éclairé à l'intervention qui lui est proposée, le chirurgien esthétique est appelé à lui donner toutes les informations d'ordre médical et tous les résultats susceptibles de se produire. L'accentuation de l'obligation provient essentiellement de l'absence de tout état de nécessité ou d'urgence de l'intervention chirurgicale esthétique qui survient sur une personne saine⁹¹. Dans ce cadre, le Tribunal de Paris a engagé la responsabilité d'un chirurgien esthétique ayant opéré une jeune femme mannequin atteinte d'une difformité des jambes, du fait qu'il a réalisé une opération esthétique sur un membre sain⁹². Ainsi, outre les informations générales incombant à tout praticien, le chirurgien esthétique est tenu de fournir à son patient des explications plus rigoureuses.

En ce qui concerne les informations médicales devant être fournies en médecine curative, celles-ci sont précisées dans les recommandations de l'ANAES (Agence Nationale d'Accréditation et d'Evaluation en Santé) et concernent essentiellement l'état du patient et son évolution prévisible, la description et le déroulement des examens, des investigations, des soins, des thérapeutiques, des interventions et de leurs alternatives, l'objectif de l'intervention, son utilité et ses bénéfices, les conséquences et les suites opératoires habituelles de l'intervention et ses effets secondaires possibles, les précautions générales et particulières recommandées au patient, les complications de l'intervention, etc.

Par conséquent, le chirurgien esthétique est tenu de délivrer toutes les informations relatives à la nature de l'acte, à son sens, à son but, à la totalité des complications que l'intervention est susceptible de provoquer, et même à tous les inconvénients pouvant en résulter, sans pour autant oublier toutes les conséquences prévisibles de l'intervention⁹³. Ces dernières concernent les inconvénients, les suites ou les séquelles de l'intervention notamment cicatricielles. Le chirurgien esthétique est donc tenu d'informer son patient des difficultés de cicatrisation et de la survenance de

⁹¹ Cass. Civ. 22 sept. 1981, cité *supra* n°29 ; CA Paris, 16 juin 1995, *D.* 1995, IR p. 194 ; CA Paris, 26 juin 1919, cité *supra* n° 10.

⁹² Trib. civ. Seine, 25 févr. 1929, *Gaz. Pal.* 1929, I, 124.

⁹³ Cass. civ. 1, 17 févr. 1998, n° 95-21715, *Bull. civ.* 1998 I, n° 67 p. 45. Dans le même sens, CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2008, RG n° 07/00359. L'annexe 4 présente des extraits de ces arrêts.

complications⁹⁴, de toutes les circonstances liées à la cicatrisation d'un *lifting* ou à sa durée⁹⁵. Ainsi, une subtilité particulière s'impose au chirurgien esthétique quant à la qualité des informations médicales qu'il doit fournir. Une telle sévérité s'explique par la nature de l'intervention chirurgicale esthétique, mais aussi par la finalité de la médecine « dont le but est après tout de transformer les malades en gens bien portants, ne dévie pas au contraire en métamorphosant les gens bien portants en malades »⁹⁶. Par application de cette spécificité dans une affaire concernant une intervention chirurgicale pour l'amélioration d'une ptôse mammaire, la Cour d'appel de Lyon a estimé que le chirurgien esthétique est tenu d'informer exactement son client des risques inhérents à l'opération et des séquelles qui peuvent en subsister, notamment cicatricielles. Ce devoir d'information ne cesse pas après la réalisation de la technique opératoire qu'il doit complètement maîtriser⁹⁷.

Dans le même cadre, la jurisprudence rappelle au praticien la primauté de proposer au patient un document concernant les caractéristiques de l'implant et les conséquences possibles d'une dégradation de celui-ci. Ainsi, le patient aurait une information plus exacte à propos de la prothèse posée, ce qui faciliterait au moins son indemnisation. Sur un plan similaire, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a mis l'accent sur le contenu subtil de l'information d'ordre médical du chirurgien esthétique⁹⁸.

39. Obligation préopératoire. La jurisprudence française ne cesse en outre de toujours insister sur l'obligation du praticien de fournir « une information suffisante non seulement sur la technique envisagée, mais également sur les résultats que l'on peut espérer, les aléas auxquels il faut s'attendre, les risques et les complications possibles du traitement ou de l'intervention ». En effet, « il incombe au chirurgien d'avertir son client des risques encourus, des inconvénients prévisibles, et le cas échéant de

⁹⁴ CA Paris, 1^{er} oct. 1998, in BOURGEOIS N. et Me DURRIEU-DIEBOLT *Chirurgie esthétique*, rubrique droit et santé, <http://www.caducee.net/>.

⁹⁵ CA Paris, 2 avr. 1999, in BOURGEOIS N. et Me DURRIEU-DIEBOLT, *Chirurgie esthétique*, rubrique droit et santé, <http://www.caducee.net/>.

⁹⁶ LOMBORD P., MACAIGNE P. et OUDIN B., *Le médecin devant ses juges*, Paris, Robert Laffont, 1973, p. 276.

⁹⁷ CA Lyon 8 janv. 1981, cité *supra* n°27 ; CA Versailles 21 févr. 1991, D. 1993, somm. 29 (à propos d'un *lifting* des paupières).

⁹⁸ CA Aix-en-Provence, 16 avr. 1981, cité *supra* n°37.

l'incertitude éventuelle d'un résultat », comme l'indique une décision de la Cour d'appel de Paris du 10 décembre 1992⁹⁹.

Dans ce contexte, il convient de souligner que l'obligation du chirurgien esthétique ne s'arrête pas avec la réalisation de l'acte médical. Elle s'étend effectivement à la période préopératoire en vue de parvenir au meilleur résultat possible, d'autant que l'obligation d'information n'est pas un acte annexe de l'acte médical, mais un acte autonome spécifique comme développé précédemment. En d'autres termes, l'accomplissement de l'acte médical conformément aux règles de l'art ne nie pas la faute du chirurgien esthétique provenant du défaut d'information.

La subtilité caractérisant l'obligation d'information en chirurgie esthétique est appliquée non seulement qualitativement, mais aussi quantitativement.

SECTION II

SUBTILITE QUANTITATIVE

40. A la subtilité qualitative, s'ajoute une subtilité quantitative concernant l'obligation du chirurgien esthétique d'informer le patient de tous les risques qu'engendre potentiellement l'intervention esthétique. En effet, la possibilité de survenance de risques peut affecter la décision du patient quant à la réalisation ou non de l'intervention puisque celle-ci ne comporte aucun caractère de nécessité et survient pour « *corriger une disgrâce qui, hors ses répercussions psychiques éventuelles, ne met nullement en cause la santé du patient* »¹⁰⁰.

La question de l'information des risques en matière de chirurgie esthétique est d'une subtilité particulière qui la distingue de la médecine curative (§2). Cette spécificité persiste en dépit de l'évolution prétorienne du critère des risques à fournir en matière de médecine non esthétique (§1).

⁹⁹ CA Paris, 10 décembre 1992, *Gaz. Pal.* 29 juin 1994, n°180-181, p.23.

¹⁰⁰ Trib. civ. Seine, 16 janv. 1938, *D.* 1938, somm. 11

§1. Le critère du risque à révéler en médecine curative

41. *Risque exceptionnel.* On peut distinguer quatre niveaux de risques : les risques courants graves, les risques courants peu graves, les risques exceptionnels graves et les risques exceptionnels peu graves. L'article L. 1111-2 CSP avance le critère de « *normalement prévisibles* » pour déterminer les risques que le praticien doit révéler au patient dans le cadre de son obligation d'information¹⁰¹. Il énonce que : « *toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ». Pourtant, la jurisprudence a connu une évolution essentielle, voire même attirante, qui avait pour effet d'aggraver l'obligation d'information des risques en médecine non esthétique et d'élargir le critère des risques à révéler. En effet, en vertu de deux arrêts rendus en date du 7 octobre 1998¹⁰², la Cour de cassation a estimé que seuls les risques exceptionnels peu graves peuvent ne pas faire l'objet d'une information. Ainsi, la Cour de cassation a jugé dans l'un des deux arrêts du 7 octobre 1998 que « *hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, et qu'il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement* ». Pourtant, la jurisprudence qui a donné au critère des risques une large portée, comportant également les risques graves même

¹⁰¹ Cass. civ. 1, 14 avr. 1961, *Gaz. Pal.* 1961, 2, 53 ; *D.* 1961, somm. 108 : « *Lorsqu'un médecin a effectué une artériographie à laquelle le patient a consenti et qu'à la suite de cette intervention ce dernier a éprouvé des troubles attribués par les experts à une probable hyperpression que l'appareil utilisé, seul en usage à l'époque, ne permettait pas s'éviter, et que le patient a demandé réparation du préjudice ainsi causé en invoquant une faute du médecin consistant à ne pas l'avoir prévenu des risques de l'intervention, les juges du fond n'ont pas justifié leur décision en écartant, pour le risque d'hyperpression, le caractère d'un risque normal, qui aurait impliqué pour le praticien l'obligation d'en informer son client, par le seul motif de la fréquence des artériographies faites avec l'appareil en question, alors que cette fréquence n'établissait pas le caractère anormal de ce risque et l'absence corrélative de la faute alléguée* ». Dans le même sens : Cass. civ. 1, 9 mai 1983, *D.* 1984, 121, note PENNEAU.

¹⁰² Cass. civ. 1, 7 oct. 1998, n°97-12185 et n°97-10267 *D.* 1999, 259, note C. BENAYON.

exceptionnels¹⁰³, semble créer une certaine contradiction entre le critère des risques « *normalement prévisibles* » énoncé par la loi et le critère des risques « *graves même exceptionnels* » donné par la jurisprudence.

42. A cet effet, la doctrine a essayé de mettre fin à toute contradiction probable. Ainsi, selon M. BANYON, « *il n'y a pas de réelle opposition entre risques normalement prévisibles et risques exceptionnels quant à la nécessité de leur information, car un risque exceptionnel peut être normalement prévisible (envisageable) pour peu qu'il soit recensé en l'état actuel de la connaissance scientifique* »¹⁰⁴. De même, M. PENNEAU a conclu que la position de la Cour de cassation indique sa « *volonté d'imposer au médecin d'informer son patient de tous les risques graves même s'ils sont exceptionnels* »¹⁰⁵. Cette position jurisprudentielle est par conséquent devenue stable. Deux arrêts de la Cour de cassation rendus le 15 juillet 1999¹⁰⁶ et le 18 juillet 2000¹⁰⁷ ont repris la même formule des arrêts du 7 octobre 1998. Ils estiment que l'information doit porter sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés. Le praticien n'est pas dispensé de cette obligation du seul fait que l'intervention est médicalement nécessaire.

Notons dans ce cadre que la question de l'absence d'information invoquée par les victimes d'injections faites préalablement à une anesthésie ou à une radiographie a souvent été signalée auprès des juridictions françaises. La plupart des tribunaux a

¹⁰³ GROMB S. et GARAY A., *Consentement éclairé et transfusion sanguine : aspects juridiques et éthiques*, ENSP, 1996.

¹⁰⁴ BENAYON C., *Réflexion sur le devoir d'information en matière de risques thérapeutiques*, Resp. civ et ass., mars 1999, p.7.

¹⁰⁵ PENNEAU J., *Le consentement face au droit de la responsabilité*, colloque CAM 98, 28 mai 1998, Paris.

¹⁰⁶ Cass. civ. 1, 15 juill. 1999, *Bull. civ.* 1999, n°250 : « *Attendu qu'hormis les cas d'urgence d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, et il n'est pas dispensé de cette information par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ; qu'encourt dès lors la cassation l'arrêt attaqué qui, bien qu'ayant constaté que M. Renaudie n'avait pas informé M. Laurent d'un risque grave d'ototoxicité médicamenteuse, écarte toute faute du praticien en raison du « faible risque » et du souci de ne pas inquiéter le patient...* ».

¹⁰⁷ Cass. civ. 1, 18 juill. 2000, *Gaz. Pal.* 15-17 oct. 2000 : La Cour admet qu'hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette information sur la gravité du risque par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire.

toutefois écarté la responsabilité du praticien en matière d'injection de *méthiodal*, par exemple, au motif que les risques sont infimes. Il a été jugé dans ce contexte qu'il « *ne saurait être question d'imposer au médecin l'obligation de faire apparaître à son client toutes les conséquences défavorables possibles, même les plus hypothétiques, d'une intervention quelconque* »¹⁰⁸. A titre de comparaison, l'obligation d'information des risques graves même s'ils sont exceptionnels, n'est pas exigée en Belgique. En effet, l'article 8, §2, de la loi du 22 août 2002, oblige le praticien à informer le patient « *des effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient* ».

43. *Mesure du caractère exceptionnel du risque.* En outre, la distinction entre le risque normal et le risque anormal ou exceptionnel dont le praticien n'était pas tenu de faire état avant l'évolution prétorienne du 7 octobre 1998, a constitué une question très délicate. Certaines juridictions ont alors tenté d'en chiffrer le caractère exceptionnel. En d'autres termes, elles ont contribué à une délimitation du taux du risque nécessitant une information de la part du praticien. Mais cette délimitation n'a pas fait l'unanimité entre les juridictions françaises. Ainsi, certains tribunaux retenaient la proportion de 2 à 3% comme pourcentage suffisant pour que le praticien soit obligé d'informer le patient des risques de l'intervention, tandis que d'autres juridictions estimaient que le pourcentage du risque compris entre 4 et 5 pour mille n'est pas de nature à obliger le praticien à informer le patient d'un risque assez exceptionnel. C'est le cas par exemple de « *la lésion du nerf facial consécutive à une opération de surdité* ». D'autres considéraient qu'en matière de prothèses mammaires, ce pourcentage devait être estimé à 7%. Certaines autres décisions ont estimé que la responsabilité d'un praticien pour absence d'information n'était pas retenue dans le cas par exemple d'un malade qui est décédé après une injection destinée à une radiographie de la vésicule biliaire ; le Tribunal l'a en effet considéré comme un risque exceptionnel puisqu'il représente un cas sur 300.000. D'autres encore ont préféré déterminer le caractère exceptionnel du risque suivant la nature des cas sans pour autant en chiffrer le risque comme par exemple la paralysie du muscle du trapèze de l'épaule suite à un lifting cervico-facial. Dans le même cadre, à titre de comparaison, mentionnons que la jurisprudence allemande a subi plusieurs modifications quant au taux des risques. Ainsi, durant la période antérieure à l'année

¹⁰⁸ Cass. civ., 23 mai 1973, *Bull. civ.*, I, n°181.

1975, les tribunaux admettaient que les complications présentant une probabilité inférieure à 10%, puis à 5% et enfin à 2% ne nécessitaient pas d'information. Par la suite, entre les années 1975 et 1980, elle se référait à un taux de risques inférieurs à 1%. Finalement, depuis l'année 1980, un risque de 1 sur 2000 nécessite une information dans les conditions d'être un risque typique inconnu du profane et ayant des suites importantes exigeant un éclaircissement pour le patient. L'évolution jurisprudentielle en médecine non esthétique, bien que fortement importante, n'est pas de nature à dégager la spécificité qui distingue l'information sur les risques en matière de chirurgie esthétique ; cette dernière demeure toujours qualifiée d'une lourde subtilité.

§2. Spécificité de l'information sur les risques en matière de chirurgie esthétique

44. Le critère quantitatif relatif au taux du risque et à sa gravité n'a aucune importance en matière de chirurgie esthétique. En effet, des règles spécifiques sont appliquées en ce domaine, révélant l'étendue très élargie de l'information sur les risques en matière de chirurgie esthétique. Cette subtilité fait l'objet d'une unanimité sur le plan jurisprudentiel, mais elle connaît cependant une diversité sur le plan doctrinal.

45. *Subtilité de l'information sur les risques.* En chirurgie esthétique, aucun risque ne peut être gardé sous silence. Cette subtilité provient de la nature de l'acte chirurgical esthétique qui survient sur une personne saine ne présentant aucun état de danger ou d'urgence vitale ou fonctionnelle, son but étant uniquement de corriger une imperfection physique, parfois même relative¹⁰⁹. Ainsi, le risque devant être communiqué au patient en matière de chirurgie esthétique ne se rattache pas à un critère déterminé, à un degré de gravité ou à une nature exceptionnelle. Il se place, par conséquent, hors de toute distinction de fréquence, de gravité ou bien même de nature. L'obligation du chirurgien esthétique englobe donc la totalité des risques. Le chirurgien esthétique est alors tenu de communiquer au patient tous les risques, qu'ils soient graves ou non, qu'ils soient exceptionnels ou non, peu importe « *qu'il ait lui-même ignoré ces risques qu'il aurait dû manifestement connaître en sa qualité de spécialiste* », comme

¹⁰⁹ CA Paris, 12 mars 1931, *D.* 1931, II, 141, note Loup : « *Attendu qu'il ne conteste pas que l'opération pratiquée ait été entreprise non pour soulager une souffrance, ni pour remédier à un état pathologique défectueux ni même pour corriger une monstruosité physique ou une difformité véritable, mais uniquement dans le dessein de réaliser l'amincissement des jambes de la dame le Guen, c'est-à-dire de corriger une imperfection physique, d'ailleurs relative...* ».

l'a énoncé une décision rendue par la Cour d'appel de Versailles en date du 17 janvier 1991¹¹⁰. Ainsi, le chirurgien esthétique, en tant que professionnel, ne peut pas prétendre que le défaut d'information du risque provenait du fait qu'il ignorait ce risque, puisqu'en cas d'ignorance il doit s'en informer.

A cet effet, le chirurgien esthétique doit veiller à renouveler ses connaissances scientifiques et à être opérationnel d'après l'actualité scientifique. En cas de défaut de connaissance, il lui est demandé de s'informer lui-même auprès de spécialistes. C'est en ce sens que la Cour d'appel de Versailles a estimé dans une décision rendue le 20 décembre 1991, que le chirurgien « *en reconnaissant devant l'expert qu'il n'avait pas suffisamment insisté sur les risques accrus engendrés par une nouvelle intervention, il a fait l'aveu d'un défaut d'information qui ne saurait être justifié par l'état dépressif de la patiente* ». Cependant, le chirurgien esthétique n'est tenu d'informer le patient que sur les risques connus en l'état des données acquises de la science à la date de l'acte médical auquel ils sont inhérents ; c'est ce qu'a affirmé un arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 octobre 2002¹¹¹. L'obligation du chirurgien esthétique d'informer le patient de la totalité des risques a fait l'objet d'une unanimité jurisprudentielle ; pourtant, on peut remarquer des avis doctrinaux variés, même parfois choquants.

46. Position de la jurisprudence. La jurisprudence a toujours appliqué une obligation subtile au chirurgien esthétique quant à l'information sur tous les risques inhérents à l'intervention chirurgicale esthétique¹¹².

Ainsi, la Cour de cassation a condamné un chirurgien esthétique pour n'avoir pas informé sa cliente d'un risque exceptionnel de cécité dans une opération de suppression

¹¹⁰ CA Versailles, 17 janv. 1991, cité *supra* n°36. : « *Considérant que le Dr X a manifestement manqué à son devoir de conseil en ne prévenant pas sa cliente des risques d'intolérance non négligeables et accrus par l'effet de la chaleur, peu important qu'il ait lui-même ignoré ces risques qu'il aurait manifestement dû connaître en sa qualité de spécialiste ; qu'il s'ensuit, comme l'a retenu le premier juge, le Dr X a commis une faute engageant sa responsabilité...* ».

¹¹¹ Cass. Civ, 1, 2 oct. 2002, n°01-03173.

¹¹² L'annexe 5 présente des extraits de ces textes : CA Paris, 13 janv. 1959, *JCP* 1959, II, 11142 ; CA Lyon, 8 janv. 1981, préc. *supra* n°27 ; CA Versailles, 23 juin 1997, RG n° 1994-7809 ; Cass. civ., 10 décembre 2002, n° 01-10752 ; CA Lyon, 3 nov. 2005, www.legifrance.gouv.fr, mis à jour le 09/06/2012, consulté le 09/06/2012 ; CA Aix-en-Provence, 5 nov. 2008, RG n° 07/00191 bis ; Cass. civ., 9 juill. 2009, n° 08-17468 ; Cour administrative d'appel de Lyon, 5 avr. 2012, <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURADMINISTRATIVEDAPPELDELYON-20120405-11LY00958>, consulté le 13/06/2012.

de rides sous les yeux pour une femme âgée de 66 ans. Même si ces risques n'apparaissent que rarement, ils obligent le chirurgien à en prévenir l'intéressé afin que celui-ci soit en mesure de se décider de subir ou non l'intervention en pleine connaissance de cause. Cette obligation est d'autant plus impérieuse qu'il ne s'agit pas de donner des soins à un malade, mais de remédier à une légère imperfection physique¹¹³. Un autre chirurgien esthétique a été jugé pour défaut d'information du fait qu'il n'avait pas averti sa patiente des risques éventuels graves lors d'une intervention chirurgicale à visée à la fois fonctionnelle et esthétique¹¹⁴. Le chirurgien esthétique est tenu de l'obligation d'information sur les risques, même si le patient disposait d'un délai de réflexion suffisant avant d'accepter l'opération qu'il a lui-même sollicitée en pleine connaissance de cause¹¹⁵.

L'obligation d'information sur la totalité des risques englobe à la fois les risques physiques et les risques esthétiques. Ce principe a été affirmé par le Tribunal civil de la Seine dans une décision concernant une intervention pour corriger la ligne des seins qui a laissé de vilaines cicatrices sous chacun d'eux. Ainsi, aux termes de cette décision, il est précisé que *«le contrat qui lie le malade à son médecin est essentiellement fondé sur la confiance que le malade a fait à celui qu'il charge de la soigner ; que c'est de la part du médecin une faute grave, sauf circonstances exceptionnelles, de ne pas répondre à cette confiance en se taisant ou en refusant de renseigner celui qui le consulte ; que plus particulièrement, s'il entreprend une opération sur un organe sain dans le seul but d'en corriger la ligne, il se doit d'éclairer très exactement la personne qui se confie à lui sur les risques, non seulement physiques, mais encore esthétiques courus »*¹¹⁶.

Ce principe est réaffirmé par le même Tribunal un an plus tard dans une affaire d'une jeune femme présentant une limitation de l'ouverture de la bouche et une légère asymétrie du visage. Opération déconseillée par deux plasticiens, elle a été en revanche réalisée par un troisième qui a procédé à quatre interventions consécutives qui ont toutes échoué. Ce chirurgien n'ayant pas informé sa patiente des risques de telles opérations, le Tribunal a décidé que *« le chirurgien qui se propose de faire, dans un but esthétique*

¹¹³ Cass. civ., 17 nov. 1969, *JCP* 1970, II, 16507, note SAVATIER

¹¹⁴ Cass. civ. 1, 9 oct. 2001, *Bull. civ.* I, n° 291, p. 202.

¹¹⁵ Cass. civ. 1, 26 janv. 1999, n° 97-13573.

¹¹⁶ Inédit, cité par Annick HARINKOUCK, *Esthétique humaine et chirurgie*, Thèse droit, Paris, 1964, p. 116.

principal ou secondaire, une opération sur une jeune femme, doit s'assurer du consentement éclairé de sa cliente après lui avoir expliqué les dangers possibles de l'opération et souligné clairement l'importance des risques à courir, et se décider ensuite, ce consentement éclairé obtenu après un temps suffisant de réflexion... »¹¹⁷.

L'obligation d'information comprend donc tant les risques majeurs que les risques mineurs. C'est en ce sens que la Cour d'appel de Paris s'est prononcée dans une décision rendue le 22 janvier 1993 concernant la pose de prothèses mammaires ayant conduit à la formation de coques. Elle a condamné le chirurgien esthétique pour défaut d'information du fait qu'il a informé la patiente des risques majeurs mais qu'elle n'a « *pas été pleinement et clairement avertie des risques plus mineurs, mais réels que la technique utilisée était de nature à entraîner tels ceux de l'apparition de coques* »¹¹⁸. En outre, l'information sur les risques inclue également le risque anesthésique indissociable de toute intervention chirurgicale¹¹⁹. La nécessité d'informer le patient de tous les risques encourus a fait l'objet d'une décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 10 décembre 1992, en vertu de laquelle « *en matière de chirurgie esthétique, il incombe au chirurgien d'avertir son client des risques encourus, des inconvénients prévisibles, et le cas échéant de l'incertitude éventuelle d'un résultat* »¹²⁰. Dans le même sens, dans une décision rendue le 17 janvier 1991 à la suite d'une intervention visant à atténuer les rides du visage et causant une réaction inflammatoire, la Cour d'appel de Versailles a engagé la responsabilité du chirurgien esthétique du fait qu'il a manqué à son devoir de conseil en n'informant pas la patiente des risques d'intolérance non négligeables et accrus par l'effet de la chaleur¹²¹. Une décision similaire a été prise par la Cour d'appel

¹¹⁷ Trib. civ. Seine, 21 mai 1957, *JCP* 1959, II, 11142.

¹¹⁸ CA Paris, 22 janv. 1993, in www.sofcep.com, *Les prothèses mammaires*.

¹¹⁹ Cass. civ. I, 04 mai 1970, *Bull. civ. I*, n°152 ; *D.* 1970, somm. 227.

¹²⁰ CA Paris, 10 décembre 1992, cité *supra* n°39.

¹²¹ CA Versailles, 17 janv. 1991, cité *supra* n°36. : « *Considérant que les injections pratiquées par le Dr X ont été, selon l'avis de l'expert, effectuées consciencieusement et en conformité avec les données de la science, il n'est cependant pas contesté que ce dernier n'a pas informé Mme Y sur les risques encourus, se refusant même pendant longtemps à lui révéler la composition du produit injecté ; considérant que le Dr X auquel Mme Y s'était adressée en vue d'obtenir un traitement de ses rides et qui a pratiqué sur celle-ci un traitement qui est à l'origine de l'apparition d'un syndrome granulo-inflammatoire ayant rendu nécessaire plusieurs interventions chirurgicales suivies d'électrocoagulation et qui de surcroît a entraîné un préjudice esthétique évident, qualifié par l'expert de « modéré », a manifestement manqué à son devoir de conseil en ne prévenant pas sa cliente des risques d'intolérance non négligeables et accrus par l'effet de la chaleur... ».*

de Lyon qui a confirmé le jugement porté devant elle pour défaut d'information de la part du chirurgien esthétique sur les risques supplémentaires de l'intervention esthétique¹²². Une autre décision précise également l'exigence d'informer le patient des risques rares. Elle a énoncé qu'en « *matière de chirurgie esthétique, l'information donnée au patient sur les risques liés à l'opération doit être d'autant plus complète que l'intervention est de confort et sans nécessité thérapeutique. En l'espèce, le chirurgien et l'anesthésiste devaient informer le patient sur le risque de syndrome de Mendelson, lié à l'anesthésie, qui est un risque relativement rare, mais qui est réel* »¹²³.

Pour la Cour d'appel de Paris, le chirurgien esthétique est tenu de même d'éclairer sa cliente sur les risques de tumeurs lors de la pose de prothèses au niveau des mollets¹²⁴. Le manquement à l'exigence d'informer le patient sur tous les risques encourus par l'intervention, surtout en l'absence d'examens préparatoires, et dans un cas ne présentant aucune urgence, a pour effet d'engager la responsabilité du chirurgien esthétique¹²⁵. Un principe affirmé par la jurisprudence française estimant qu'une « *indication exacte des dangers de l'opération et un consentement donné par l'intéressé en toute connaissance de cause sont absolument nécessaires et doivent être rigoureusement exigés quand l'opération n'a pas pour but de guérir un mal mais seulement de faire disparaître ou atténuer une imperfection physique* »¹²⁶. La Haute juridiction administrative observe également la même position. C'est ainsi que le

¹²² CA Lyon, 3 nov. 2005, www.legifrance.gouv.fr, mis à jour le 03/04/2012, consulté le 03/04/2012. La Cour d'appel a confirmé le jugement du Tribunal de Grande Instance de Lyon qui a relevé : « *Que le Docteur Y... avait manqué à son obligation d'information dès lors qu'il s'était contenté d'informer sa patiente sur la blépharoplastie pour laquelle Madame X... était venue le consulter, - que le programme opératoire avait été tardivement modifié aux fins d'y ajouter la réalisation d'un lifting d'une rhinoplastie et de la réimplantation des chutes du lifting dans la lèvre supérieure sans que la patiente ait été informée des risques inhérents à ces gestes supplémentaires, et sans qu'elle ait pu donner un consentement libre et éclairé, - que le Docteur Y... avait commis des fautes techniques dans la réalisation du lifting et de la rhinoplastie itérative, - qu'il avait par ailleurs manqué à son obligation de donner à sa patiente des soins postopératoires nécessaires, ce qui avait eu des conséquences directes sur son rétablissement ; Le Tribunal déclarait en conséquence le Docteur Y... responsable des conséquences dommageables de l'intervention; Attendu que la Cour adopte intégralement les motifs du jugement déféré qui ont conduit à retenir la responsabilité du Docteur Y... dans les conséquences dommageables de l'intervention... »*

¹²³ CA Paris, 8 avr. 2005, in www.infoesth.com, *Jurisprudences récentes*.

¹²⁴ CA Paris, 15 mars 1993, *JurisData* n°020839.

¹²⁵ CA Paris, 12 mars 1931, *D.* 1931, II, 141, obs. Loup.

¹²⁶ CHASTANET-NICOLAS Aline, *Les problèmes juridiques de la chirurgie esthétique*, Thèse droit, Bordeaux, 1979, p. 19.

Conseil d'Etat considère que le médecin est tenu d'informer le patient des risques alors même qu'ils ne se réalisent qu'exceptionnellement¹²⁷.

Par ailleurs la jurisprudence française traite l'esthéticienne en institut de beauté d'une manière similaire au chirurgien esthétique en la considérant comme une professionnelle tenue d'un devoir d'information aussi rigoureux et subtil que celui du plasticien. Ainsi, la responsabilité d'une esthéticienne en institut de beauté a été retenue pour défaut d'information du fait qu'elle n'a pas informé sa cliente des risques de graves brûlures lors de séances de bronzage en raison de la prise d'un médicament incompatible avec celles-ci. Le Tribunal a considéré qu'« *il est constant qu'un professionnel est astreint à une obligation de conseil et d'information envers les non professionnels... il appartient à une esthéticienne d'indiquer aux clientes désireuses d'effectuer des séances de bronzage les risques de celles-ci et surtout les contre-indications, notamment, la prise de certaines médications non compatibles avec les rayons U.V.* »¹²⁸.

47. Position de la doctrine. Face à l'unanimité de la jurisprudence française et à la majorité de la doctrine en ce qui concerne l'obligation d'information sur les risques, certains avis doctrinaux contredisent ces règles appliquées ; ils peuvent être qualifiés d'étonnants, voire de choquants.

Le docteur DARTIGUES, Président fondateur de la Société scientifique française de chirurgie réparatrice, plastique et esthétique a ainsi estimé :

« Je ne pourrai jamais dire à mes patients tous les dangers d'une opération esthétique : ils sont ceux de toute opération, personne ne se ferait jamais opérer, même

¹²⁷ CE, 5 janv. 2000, n° 184386 « *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, 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 ;*

Considérant que, lors d'une intervention endovasculaire destinée à traiter par embolisation une malformation artérioveineuse, le micro-cathéter introduit dans l'artère cérébrale de M. T. s'est brisé, provoquant un accident ischémique à la suite duquel le patient est demeuré atteint d'une paralysie du bras et de la jambe gauches ; qu'en se fondant sur le caractère exceptionnel d'un tel accident pour juger qu'il n'y avait pas lieu d'informer le patient des risques de l'opération, la Cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit justifiant l'annulation de son arrêt... »

¹²⁸ Trib. Inst. Avesnes-sur-Helpe, 27 févr. 1992, confirmé par CA Douai, 3 juin 1993, *JurisData*, n°51496.

de n'importe quelle opération d'urgence faite expressément pour sauver la vie si on montrait la possibilité de tel ou tel incident, de telle complication. C'est assez que nous, chirurgiens ou médecins, quand nous devons subir personnellement une opération, nous sachions ce qui peut arriver. Dire qu'il faut avertir des dangers avant l'opération est une stupidité ». Un avis plus tempéré est avancé par Louis KORNPROBST. Il considère que « *même en matière ou plastique, il faut entendre par risque opératoire demeurant à la charge du chirurgien, le risque prévisible, celui qui varie avec les données et les caractéristiques de chaque opération, que le praticien peut exactement mesurer, celui qui domine et doit déterminer la technique, tous les temps de l'opération étant réglés de façon à éliminer le danger et accroître les chances de succès dans la limite des connaissances anatomiques, physiologiques, physiques et biologiques acquises, mais non le risque imprévisible, lequel se dégage de la leçon des faits, inséparable de la fatalité qui traverse aveuglément la destinée de l'homme* »¹²⁹.

Par conséquent, l'étendue de l'information en matière de chirurgie esthétique, tant en largeur lui donnant une exhaustivité spécifique, qu'en profondeur lui assurant une grande subtilité, n'est exigée que dans un seul but, celui de fournir au patient une information complète et totale. Ainsi, la rigueur imposée au chirurgien esthétique exige que l'information soit faite entre les deux parties en jeu, à savoir le chirurgien esthétique d'une part, et le patient d'autre part ; il s'agit donc une information personnalisée.

¹²⁹ *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Flammarion 1957, p. 619.

CHAPITRE III

INFORMATION PERSONNALISEE

48. Présentation. Le principe du respect de l'intégrité physique de la personne d'un côté, et le déséquilibre relatif aux connaissances scientifiques caractérisant la relation du praticien professionnel et du patient profane, d'un autre côté, donnent à l'obligation d'information un caractère personnalisé. En effet, l'information est placée entre deux sujets : un révélateur, le praticien (**section I**) et un récepteur, le patient (**section II**). Tout praticien est tenu d'informer le patient personnellement de tout ce qui a trait à son état. Cette obligation personnalisée est accentuée en matière de chirurgie esthétique étant donné la nature de cette dernière dépourvue de tout but curatif.

SECTION I LE REVELATEUR DE L'INFORMATION

49. Difficultés. Le chirurgien esthétique est tenu de délivrer personnellement une information claire et complète à la personne même de son patient. Cette obligation ne peut jamais être déléguée par le praticien à un collègue, ou au personnel infirmier ou paramédical par exemple. Pourtant, des difficultés peuvent survenir lors de deux situations différentes : la première est celle de l'intervention de plusieurs médecins, il s'agit de la révélation parallèle de l'information (§1) ; la seconde est celle de l'information entre médecins, il s'agit de la révélation interne de l'information (§2).

§1. Révélation parallèle

50. Principe. Cette situation se réalise dans le cas d'intervention de plusieurs praticiens, comme par exemple avec l'intervention d'un médecin prescripteur et d'un médecin exécutant, ou dans le cas d'un radiologue qui réalise un examen sur la base d'une prescription d'un spécialiste, ou bien encore avec l'intervention d'un médecin traitant et d'un médecin spécialiste. La majorité de la jurisprudence et la plupart de la

doctrine française et de la doctrine belge imposent l'obligation d'information à tous les praticiens intervenants. Ainsi, assumant des obligations indépendantes les unes des autres et participant tous au traitement, les praticiens intervenants sont tous tenus à l'obligation d'information. Selon les termes de l'article 64 du Code de déontologie médicale « *chacun des praticiens assume ses responsabilités personnelles et veille à l'information du malade* ».

La Cour de cassation française et la majorité de la jurisprudence belge ont pris position en faveur de la reconnaissance de cette dernière obligation. A cet effet, par un arrêt rendu le 29 mai 1984, la Cour de cassation a jugé que le radiologue n'était pas tenu par les prescriptions de son confrère, qu'il disposait, de par sa qualité et ses fonctions, d'un droit de contrôle sur la prescription et avait également l'obligation d'éclairer les parents du malade des risques de l'intervention qu'il devait pratiquer¹³⁰. Dans le même sens, un arrêt rendu par la Cour de cassation française le 14 octobre 1997 (arrêt *Guyomar*) indique que ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin que sur celui qui réalise la prescription¹³¹. Pourtant, une partie de la jurisprudence belge n'applique pas ce principe. C'est dans ce sens que la Cour d'appel de Mons a considéré dans un arrêt datant du 11 janvier 1999 que « *les radiologues pouvaient légitimement présumer que le consentement éclairé du patient avait été recueilli par le médecin prescripteur qui, en raison de sa spécialisation en neurologie, avait qualifié à prescrire l'examen, à informer le patient et à recueillir son accord* »¹³².

¹³⁰ Cass. civ. 29 mai 1984, *Bull. civ.* I, n°178, p.151.

¹³¹ Cass. civ., 14 oct. 1997, *JCP* 1997, 22942 : « *Attendu que s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé, et si ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription, la preuve de cette information peut être faite par tous les moyens...* » ; Dans le même sens : CA Angers, 11 sept. 1998, *D.* 1999, p.46 : « *Dans un tel cas, le praticien se doit d'informer le patient des risques inhérents à ce mode d'examen et de traitement, information qui doit aussi porter sur l'évolution prévisible de son état si rien n'est fait. Cette obligation pèse au premier chef sur le praticien qui doit réaliser l'intervention, Le Dr C... ne peut présumer que l'information avait été donnée par d'autres, ce qu'il ignore, ni invoquer une éventuelle responsabilité de personnes non parties au procès, ce qui ne l'exonérerait pas de la sienne, ni affirmer que la profession paramédicale de M. H... lui donne des indications précises sur les circonstances dans lesquelles tel ou tel de ses clients a pu subir une colostomie. Il ne prétend à aucun moment avoir informé ce patient et toute sa défense au contraire à convaincre qu'il n'avait pas à le faire.* » ; en Belgique, Civ. Anvers, 13 mai 1993, *Rev. dr. santé*, 1996.1997, p. 190.

¹³² Mons, 11 janv. 1999, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p.281.

51. Tempéraments. L'exigence d'une obligation parallèle à la charge de plusieurs praticiens est modérée quant au contenu de l'information. Ce dernier varie entre les médecins intervenants en fonction des compétences de chacun d'entre eux. Un médecin de famille par exemple qui prescrit un examen est évidemment moins qualifié que le spécialiste exécutant, tel un chirurgien esthétique, qui est en mesure de fournir une information plus précise au patient en vue de s'assurer de son consentement éclairé. Ces règles applicables en médecine curative sont compatibles avec la nature de la chirurgie esthétique, et sont ainsi applicables en ce domaine.

Outre la révélation parallèle de l'information en cas de plusieurs médecins intervenants, une obligation d'information entre les praticiens eux-mêmes peut également poser certaines hésitations quant au caractère personnalisé de l'information du praticien.

§2. Révélation interne

52. Collaboration entre médecins. Le devoir d'information est un devoir personnel du fait qu'il incombe au praticien intervenant dans l'acte médical. Pourtant, lorsque plusieurs médecins collaborent à un traitement ou à une intervention médicale, une obligation d'information interne est exigée de ces derniers. L'article 64 du Code de déontologie médicale a réglé cette situation en disposant que « *lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement d'un malade, ils doivent se tenir mutuellement informés ; chacun des praticiens assume ses responsabilités personnelles et veille à l'information du malade* ». Suivant ces dispositions, le devoir d'information prend une plus ample dimension du fait qu'il doit être exercé, non seulement envers le patient, mais également entre les médecins qui apportent les soins. Par conséquent, suivant cette procédure d'information interne, tous les collègues collaborateurs auront une information complète concernant l'acte thérapeutique.

La première face de la personnalisation de l'information concerne alors la partie chargée de la révélation de cette information, à savoir le praticien. Quant à la seconde face de ce caractère d'obligation d'information, elle concerne la personnalisation de l'information envers la partie réceptrice, à savoir le patient.

SECTION II LE RECEPTEUR DE L'INFORMATION

53. Principe et exceptions. Dans leur ouvrage intitulé « *La maîtrise de son corps par la personne* », MM. LELED et GENICOT présentent une notion attirante du concept de maîtrise du corps qui met l'accent sur l'importance du caractère personnalisé de l'information vis-à-vis du patient. Ils considèrent que le concept de maîtrise « *suggère notamment que nul autre que lui ne peut décider de ce qui le concerne, que le corps ne saurait être inféodé à une volonté extérieure au sujet. De la maîtrise découle pour le sujet le droit de principe d'utiliser librement son corps, moyennant l'exigence absolue de son consentement personnel* »¹³³.

Cet extrait précise l'importance du caractère personnel de l'obligation d'information (§1) qui connaît cependant un certain nombre d'exceptions provenant d'éléments extrinsèques et intrinsèques (§2). Mais le champ des exceptions est largement réduit en matière de chirurgie esthétique, faisant du caractère personnalisé de l'information une obligation strictement accentuée.

§1. Principe : le patient, récepteur personnel de l'information

54. Précisions. Etroitement liée au principe du respect de l'intégrité physique de la personne humaine, l'obligation d'information, dont le but est d'assurer un consentement éclairé et complet du patient sur son état, est le pilier essentiel de la relation qui lie le praticien à son patient. Cette information met un profane qui ignore son état et recherche des moyens pour répondre à son attente médicale tout en souhaitant connaître les conséquences qu'y en résultent, face à un professionnel dont les connaissances scientifiques et les investigations qu'il entreprend doivent apporter toutes les réponses. Ainsi, l'équité et la logique exigent que les renseignements soient « *dirigés de celui qui sait à celui qui ne sait pas* »¹³⁴, d'autant plus que ces derniers touchent directement à la

¹³³ LELED Y.-H. et GENICOT G., *La maîtrise de son corps par la personne*, J.I., 1999, p. 591.

¹³⁴ BESNARD P., « Le devoir d'information du patient », *La revue du praticien. Médecine générale*, T.11, n°365 du 20 janv. 1997, p.22.

vie du patient et concernent son propre corps. C'est à cet effet que le principe de l'inviolabilité du corps humain interdit au praticien de mettre en œuvre une thérapeutique ou d'effectuer une quelconque intervention chirurgicale sans l'accord personnel et préalable du patient ¹³⁵. Le but de cette exigence est d'assurer un consentement libre du patient, raison pour laquelle la décision doit-être prise par le patient lui-même, sans contrainte ni pression de quelque nature que ce soit.

55. Consécration. Le législateur français a consacré ce principe en disposant à l'article 35 du nouveau Code de déontologie médicale que « *le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il propose...* ». L'article L.1111-2 CSP dispose en outre que « *toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé...* ». La Cour de cassation française a également toujours maintenu ce principe en exigeant du praticien, « *avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une intervention chirurgicale...d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade...* »¹³⁶.

La jurisprudence belge insiste sur ce principe même si, objectivement, l'intervention du médecin a été réalisée dans l'intérêt du patient. Dans ce sens, un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 28 juin 2004 a rappelé cette règle. En effet, il s'agissait d'un gynécologue qui a procédé, au cours d'un accouchement par césarienne, à une stérilisation non consentie de sa patiente qui est arriérée mentale et qui accouchait de son quatrième enfant, et dont le père est également arriéré mental. La Cour d'appel considérait que, malgré tous les éléments pouvant justifier objectivement la décision, le gynécologue a commis une faute du fait qu'il a procédé à une stérilisation sans le consentement de sa patiente ; seul le consentement du patient doit alors être requis à l'exclusion de celui de son entourage et notamment du conjoint¹³⁷. La Cour de cassation

¹³⁵ CA Versailles, 23 juin 1997, RG n° 1994-7809: « *Attendu que le contrat qui se forme entre le médecin et son client comporte également l'obligation, pour le praticien, de ne procéder à une intervention médicale qu'après avoir, au préalable, obtenu le consentement éclairé de son patient, que pour pouvoir ainsi respecter la volonté de celui-ci, le médecin doit lui assurer une information correcte sur son état et sur l'intervention qu'il compte pratiquer...* » ; Cass. civ. 1, 17 nov. 1969, cité *supra* n°46 : « *Attendu que l'avertissement préalable constituant une obligation professionnelle d'ordre général, antérieure à l'intervention médicale ou chirurgicale et distincte de celle-ci...* ».

¹³⁶ Cass. civ. 1, 8 nov. 1955, D. 1955, p.249.

¹³⁷ SCHAMPS G., « Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé », in *Memento des droits du patient et de la responsabilité médicale*, p.51.

française applique pour sa part le même principe sur le cas de stérilisation contraceptive réalisée sans le consentement du conjoint concerné¹³⁸.

Il est en outre notable que l'exigence de délivrer l'information au patient personnellement est alourdie en matière de chirurgie esthétique. En effet, l'intervention esthétique, motivée par le but de réaliser une amélioration de la morphologie, ne présente pas un caractère absolument indispensable ou une nécessité thérapeutique. Ainsi, toute intervention chirurgicale esthétique, même légère, effectuée maladroitement, aura des répercussions psychiques sur le patient. En tant que tel, une rigueur assez lourde caractérise la personnalisation de l'information en chirurgie esthétique. Une telle rigueur est justifiée par la nécessité d'éclairer le patient sur l'intervention pour qu'il puisse décider en toute connaissance de cause de se faire opérer ou non. Pourtant, le principe de l'information personnalisée se trouve parfois limité en raison de certaines circonstances à caractère exceptionnel.

§2. *Les exceptions*

56. Le principe de la personnalisation de l'obligation d'information du praticien vis-à-vis du patient est allégé par deux catégories d'exceptions : la première est extrinsèque (**A**) alors que la seconde est intrinsèque (**B**), se rattachant à la personne du patient. Ces allègements sont, pourtant, d'une application très restrictive, voire même parfois impossible, en matière de chirurgie esthétique.

A. Exceptions extrinsèques

57. *Présentation.* La loi de bioéthique du 29 juillet 1994 modifiée par la loi du 7 août 2004 insérée à l'article 16-3, alinéa 2 du Code civil, permet de dégager ces exceptions. Ce dernier énonce que « *le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». A ce titre, l'état de nécessité ou l'urgence constitue la première exception ; l'intérêt thérapeutique en présente la seconde. A ces deux exceptions, on peut ajouter, celle qui provient de certaines exceptions légales

¹³⁸ Cass. civ., 14 décembre 2001, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* (J.L.M.B.), 2002, p. 53.

concernant des cas où la santé ou la sécurité publiques sont en jeu, et celle concernant les extensions ou les modifications en cours d'intervention.

58. *L'urgence ou la nécessité.* Considéré comme une raison objective faisant abstention à l'exigence d'une information personnalisée, l'état de nécessité comporte un conflit de valeurs entre le droit sauvegardé qu'est la vie ou l'intégrité physique du patient et le droit violé qu'est le consentement éclairé de celui-ci. La priorité donnée à la guérison conduit alors à sacrifier le respect dû à la volonté du patient. C'est l'intérêt du patient qui justifie alors cette dérogation au principe de l'information personnalisée. La jurisprudence a toujours reconnu cette dérogation en estimant que « *le médecin est tenu, hors les cas de nécessité absolue, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade...* »¹³⁹. De même, la Cour d'appel de Toulouse a considéré en date du 8 décembre 1997, non fautif le défaut d'information à l'occasion d'une intervention urgente¹⁴⁰. Outre l'article 16-3, alinéa 2 du Code civil susmentionné, cette exception trouve de même un fondement dans l'article L.4127-36 CSP qui dispose que « *le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité* ». Ainsi, plus l'opération ou l'intervention est vitale pour le patient, plus apparaissent les chances de ne pas l'informer en raison de cette nécessité certaine. En revanche, plus l'intervention est facultative, plus la nécessité d'informer le patient est exigée.

En outre, l'intervention chirurgicale esthétique n'est pas exigée par une urgence et elle intervient sur une personne jouissant d'une bonne santé, sans que la vie de cette dernière ne soit exposée à un danger. Dans ce cadre, il n'y a pas une nécessité qui justifie l'absence d'information, et donc l'obligation du chirurgien esthétique de fournir une information complète au patient lui-même est davantage aggravée¹⁴¹. Par conséquent, cette première exception ne trouve pas un champ d'application en matière de chirurgie esthétique. Le chirurgien esthétique étant tenu d'une plus grande prudence

¹³⁹ Cass. civ. 1, 8 nov. 1955, cité *supra* n°55.

¹⁴⁰ CA Toulouse, 8 décembre 1997, JurisData n°047456.

¹⁴¹ Cass. civ., 17 nov. 1969, cité *supra* n°46 : « *Attendu que l'avertissement préalable constituant une obligation professionnelle d'ordre général, antérieure à l'intervention médicale ou chirurgicale et distincte de celle-ci...* »

et d'une grande rigueur en achevant cette obligation, ne peut jamais se fonder sur l'existence d'un état d'urgence ou de nécessité pour s'en dégager.

59. *L'intérêt thérapeutique.* Cette exception est éventuellement appliquée en médecine curative contrairement à la chirurgie esthétique. En effet, l'intérêt thérapeutique permet au médecin de réduire l'information qui devait en principe être délivrée au patient. Cette exception trouve sa justification dans le fait qu'une telle information, une fois fournie, pourrait avoir des conséquences néfastes sur la santé du patient. Elle se fait, donc, dans l'intérêt même de ce dernier. Il convient cependant de noter qu'il ne s'agit pas de taire certaines informations de peur que le patient refuse une intervention jugée utile et nécessaire, puisque son consentement est exigé dans ce cas ; il s'agit plutôt de ne pas lui fournir une information qui aurait pour effet de le perturber à tel point qu'il serait dans l'impossibilité de prendre une décision¹⁴². Pourtant, pour certains, cette exception est appliquée dès lors que l'information pourrait déprimer le patient ou créer une confusion susceptible de lui causer des dommages¹⁴³. La jurisprudence française applique cette exception dans la mesure où l'information pourrait constituer une source d'inquiétudes et un obstacle certain pour la survie du patient ou pour sa guérison, en se basant sur l'article L.4127-36 CSP précédemment expliqué. En revanche, en droit belge, le champ d'application de cette exception est restrictif et subjectif, vu les conditions imposées par l'article 7 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. En fait, l'exception thérapeutique ne peut être invoquée qu'à titre exceptionnel, et seulement en cas de risque de causer un grave préjudice à l'encontre de la santé du patient ; le médecin doit en outre respecter une procédure formelle relativement lourde du fait qu'il doit consulter un confrère, ajouter une motivation écrite au dossier et éventuellement prévenir une personne de confiance désignée.

Ces règles générales appliquées en médecine non esthétique sont incompatibles avec la nature de la chirurgie esthétique. En effet, cette dernière ne constitue généralement pas une intervention thérapeutique ; elle est dépourvue de tout but curatif

¹⁴² VANSWEEVELT T., *La responsabilité des professionnels de la santé*, p. 50, n°103 ; Gand, 11 mars 1992, Rev. dr. santé, 1995-1996, p. 54 ; note VANSWEEVELT, Liège, 1^{er} janv. 2001, Rev. dr. santé, 2002-2003, p.330.

¹⁴³ VAN QUICKENBORNE M., *De instemming van de patient in de therapeutische relatie*, RW, 1986-1987, col. 2418.

et de tout état de nécessité absolue ou d'urgence ; elle s'opère sur une personne jouissant d'une bonne santé et elle est fondée sur un désir d'amélioration physique. Pour toutes ces raisons, il n'est pas permis au chirurgien esthétique de s'appuyer sur une nécessité thérapeutique pour justifier son défaut d'information.

60. Exceptions légales et sociétales et présomptions de consentement. Ces exceptions sont justifiées par la nature de certains actes médicaux ayant des effets sur la santé publique ou sur la sécurité publique. C'est le cas, par exemple, de la lutte contre les maladies contagieuses et dangereuses où le patient est obligé de se soumettre à un traitement ou à une vaccination préventive. Ces exceptions sont prévues tant dans la plupart des lois nationales tel le droit français¹⁴⁴ et le droit belge¹⁴⁵, que dans les conventions internationales. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme considère que les vaccinations obligatoires ne constituent pas une atteinte illégale à la vie privée et familiale du patient (article 8 de la Convention). Certaines vaccinations sont de même exigées par le Code de la Santé Publique en France qui les commande à titre obligatoire dans ses articles L. 3111-1 et suivants et R3111-1 et suivants, comme par exemple la vaccination antidiphtérique, ou encore la vaccination antipoliomyélitique, etc.

Une autre catégorie d'exceptions légales est justifiée non pas par la santé publique, mais par la sécurité publique. Elle concerne par exemple les prélèvements sanguins obligatoires imposés par le Code d'instruction criminelle belge qui permet au procureur du Roi de requérir un prélèvement sanguin sur la victime ou l'auteur présumé en cas de flagrant crime ou délit. C'est le cas également de la loi belge du 26 juin 1990 sur la protection de la personne des malades mentaux qui permet d'imposer, contre la volonté du malade, sa prise en charge psychiatrique en milieu hospitalier ou des soins

¹⁴⁴ A titre d'exemple, l'article 3113-1 CSP édicte que : « *Font l'objet d'une transmission obligatoire de données individuelles à l'autorité sanitaire par les médecins et les responsables des services et laboratoires de biologie médicale publics et privés :*

1° Les maladies qui nécessitent une intervention urgente locale, nationale ou internationale ;

2° Les maladies dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique. »

¹⁴⁵ A.-L. du 24 janv. 1945 relatif à la prophylaxie des maladies vénériennes, et A.R. du 1^{er} mars 1971 relatif à la prophylaxie des maladies transmissibles, A. Reg. du 6 février 1946 relatif à la vaccination antivariolique, A.R. du 26 oct. 1966 relatif à la vaccination antipoliomyélitique.

en milieu familial ; cette procédure est appliquée lorsque l'état du malade constitue une menace grave pour la vie ou l'intégrité de lui-même ou d'autrui.

Cette catégorie d'exceptions est également justifiée par un intérêt d'ordre sociétal, comme par exemple dans le cas des obligations incluses dans le contrat pré-nuptial où certains actes revêtent un caractère obligatoire¹⁴⁶, ou dans le cas des soins obligatoires apportés au détenu d'agression sexuelle qui n'est libre que s'il accepte les soins¹⁴⁷, ou bien encore dans le cas de l'hospitalisation d'office de personnes mentalement troublées si elles compromettent l'ordre public ou la sûreté de la population¹⁴⁸. Cette protection sociale constitue alors une dérogation au principe du consentement préalable et libre ; elle s'oppose ainsi à la volonté éclairée et exprimée de la personne humaine¹⁴⁹. Quant à la présomption de consentement, elle résulte de l'intérêt collectif et concerne le prélèvement d'organes sur une personne décédée. Cette présomption dispense les praticiens de leur devoir d'obtenir au préalable un consentement avant d'intervenir sur le corps. Par exemple, si une personne décède dans un accident de la route, elle est présumée consentante à un prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques, scientifiques et même d'autopsie médicale¹⁵⁰. La loi du 22 décembre 1976 (loi Caillavet) a consacré ce mécanisme¹⁵¹ qui a été conservé par les lois de bioéthique du 29 juillet 1994¹⁵² ainsi que par la loi du 6 août 2004 qui le généralise à tous les prélèvements, quelque soient leurs finalités : thérapeutiques ou scientifiques¹⁵³.

La présomption de consentement ne s'applique pas si l'intéressé a exprimé avant son décès un refus du prélèvement, refus qui peut être formulé par divers moyens. Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit recueillir auprès des proches de celui-ci l'opposition au don d'organes qu'il aurait exprimé de son

¹⁴⁶ Article L.2121-1 du Code de la Santé Publique.

¹⁴⁷ Loi n°98-468 du 17 juin 1998, J.O. du 18 juin 1998, et décret d'application n°2000-412 du 18 mai 2000.

¹⁴⁸ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990, J.O. du 30 juin 1990.

¹⁴⁹ GARAY A., « Consentement aux actes médicaux et droits des patients », Gaz. Pal 1999, p. 27 (numéro spécial sur le colloque : *Le consentement aux actes médicaux*).

¹⁵⁰ *La chirurgie esthétique en France*, thèse, préc.

¹⁵¹ Loi 76-1181 du 22 décembre 1976, J.O. du 23 décembre 1976.

¹⁵² Lois n°94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, J.O. du 30 juillet 1994.

¹⁵³ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004, J.O. du 7 août 2004.

vivant. Les proches doivent être informés de la « finalité » des prélèvements envisagés comme de leur droit à connaître les prélèvements effectués¹⁵⁴. Cette exception au consentement préalable traduit la relativité des principes d'indisponibilité ou d'inviolabilité du corps humain¹⁵⁵.

Ces diverses dérogations ne sont pas applicables en matière de chirurgie esthétique. Ces dernières ont pour but de protéger la santé publique ou la sécurité publique, ou encore l'ordre social ou collectif. Or, la chirurgie esthétique n'est pas de nature à susciter un danger, ni sur le plan de la santé publique ou sur le plan social ou collectif puisqu'elle est dépourvue de tout danger vital et de toute nature thérapeutique, ni sur le plan de la sécurité publique puisque son but est d'apporter une amélioration de l'apparence physique. Par conséquent, les différentes dérogations susmentionnées sont incompatibles avec la nature même de la chirurgie esthétique et ne peuvent donc pas être appliquées en ce domaine.

61. Les extensions et les modifications en cours d'intervention. Cette hypothèse concerne le cas où le praticien fait une modification ou une extension de l'intervention initialement consentie par le patient. Cet acte de modification ou d'extension se justifie par des complications rencontrées en cours d'opération, et est effectué sans prendre de nouveau le consentement du patient, mais aussi sans l'en informer ; en effet, le patient ne saurait pas à même d'y consentir durant l'intervention médicale pour cause d'anesthésie par exemple.

A cet effet, l'article 7 du Code de déontologie médicale recommande au praticien de donner au patient les soins qu'impose son état dans l'hypothèse de cas graves ou d'un danger vital exigeant du médecin des soins immédiats. De même, l'article 16-3, alinéa 2 du Code civil énonce que « *le consentement de l'intéressé doit être accueilli préalablement, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». En dépit du fait que ces deux articles ne mentionnent pas clairement l'hypothèse de l'extension de l'intervention initialement prévenue au cours de l'opération médicale, leur lecture permet cependant de conclure à la possibilité de modifier les informations initialement annoncées à la condition que

¹⁵⁴ Article L.1232-1 du Code de la Santé Publique.

¹⁵⁵ DELAHAYE A., *Le corps humain du point de vue juridique*, compte-rendu du Colloque de Bioéthique, 11 novembre 2005, p.11.

l'état du patient exige des soins immédiats de la part du praticien. Dans ce contexte, il y a alors lieu de distinguer l'hypothèse de la véritable « *surprise* » découverte en cours d'intervention, des complications et modifications « *raisonnablement prévisibles* ».

Ces dernières pouvaient effectivement faire l'objet d'une information préalable à l'égard du patient afin de lui permettre d'en consentir dans l'éventualité où elles s'avéraient nécessaires. Dans cette situation se pose également le cas d'un diagnostic erroné donné par le praticien qui l'amène alors à devoir ajuster l'intervention à l'affection réelle du patient¹⁵⁶. Dans ces hypothèses de faits « *raisonnablement prévisibles* », le praticien est tenu d'informer le patient, sinon l'extension ou la modification de l'intervention survenue sans consentement du patient sera considérée comme défaut d'information.

La jurisprudence belge a connu pour sa part deux courants distincts relatifs à cette exception : un premier, ancien, estime qu'il faut laisser une grande marge à l'appréciation du médecin en cas d'éléments neufs ou imprévisibles découverts en cours d'intervention. Le praticien peut adapter ou étendre l'intervention sans consentement du patient incapable d'y consentir. Cette possibilité lui est d'autant plus accordée si l'intervention complémentaire n'est pas susceptible d'entraîner d'importantes conséquences sur les facultés biologiques, psychologiques ou sociales du patient, et ce selon un jugement inédit du Tribunal de première instance de Liège rendue le 21 septembre 2000. Un courant plus récent critique cette solution du fait qu'elle arrache au patient son droit d'en disposer lui-même dans de telles situations. La seule dérogation admissible pour une extension de l'opération sans le consentement exprès du patient, est celle de l'état de nécessité, ou bien quand une urgence intervient devant être immédiatement accomplie sous peine d'atteinte sérieuse à l'intégrité physique du patient. Ce dernier courant semble dominer la jurisprudence récente en Belgique comme en témoigne un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Anvers le 30 avril 2001 : « *un médecin qui constate durant l'opération qu'il doit modifier le plan de celle-ci, doit arrêter l'opération et demander à nouveau le consentement du patient pour une nouvelle intervention dès lors qu'il n'y a pas de danger grave et imminent lié au report de l'intervention* »¹⁵⁷. Cependant, la chirurgie esthétique, à la différence de la médecine

¹⁵⁶ LE LEU Y.-H. et GENICOT G., *Le droit médical, aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Belgique, Bruxelles, éd. De Boeck Université, 2001, p. 82.

¹⁵⁷ CA Anvers, 30 avr. 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p.171.

curative, n'est pas marquée par un danger vital quelconque ou bien par un caractère thérapeutique, ce qui rend la possibilité d'un défaut d'information inconcevable en cette matière, d'autant que le chirurgien esthétique est obligé de délivrer un devis détaillé et écrit au patient préalablement à l'opération. Une première catégorie d'exceptions sur le principe de l'exigence d'une information personnalisée est de nature extrinsèque. Cette catégorie est incompatible avec la nature même de l'intervention en chirurgie esthétique, ce qui rend son application impossible en ce domaine. Ainsi, le chirurgien esthétique ne peut en aucun cas se soustraire de son obligation d'information personnalisée en s'appuyant sur ces exceptions extrinsèques.

Une deuxième catégorie d'exceptions est inhérente à la personne du patient ; elle peut avoir certains effets au niveau de la chirurgie esthétique.

B. Exceptions intrinsèques

62. Présentation. Des causes inhérentes à la personne du patient sont de nature à affecter la capacité du patient à consentir à une intervention. Ces raisons sont bien encadrées par la loi et prudemment appliquées par la jurisprudence, puisque le principe de la personnalisation de l'information sera, à leur effet, mis à l'écart¹⁵⁸. L'article 16-3, alinéa 2 du Code civil précédemment mentionné a invoqué l'état du patient qui « *n'est pas à même de consentir* » comme dérogation au principe de fournir l'information au patient lui-même ; la priorité donnée à la guérison conduit à sacrifier le respect dû à la volonté du patient¹⁵⁹. Ainsi, l'exigence de l'information personnelle au patient varie suivant que le patient est conscient ou non.

¹⁵⁸ PELTIER Luce, *Le consentement du patient à l'acte médical*, thèse Droit, Aix-Marseille, 1991 p.10 et s.

¹⁵⁹ CA Paris, 11 mars 1966, *JCP* 1966, II, 14716, note SAVATIER : « *le docteur N... a commis une faute en omettant d'avertir son client de la persistance d'un fragment d'appendice susceptible de nécessiter une nouvelle intervention au cas où un abcès se formerait et ne serait évacué dans l'intestin...* » ; CA Angers, 11 sept. 1998, cité *supra* n°50: « *[...] il est fait grief à Dr C... de ne pas avoir averti son client des risques encourus lors d'une coloscopie... La conséquence d'une telle information aurait été de permettre à M. H... de décider en toute connaissance de cause s'il acceptait la coloscopie et la polypectomie. Il y a eu perte d'une chance d'éviter les inconvénients pouvant en résulter et qui en sont effectivement résultés...* » ; Cass. civ. 1, 7 oct. 1998, cité *supra* n°41: « *Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, et qu'il*

Les hypothèses que suscite cette seconde catégorie d'exceptions concernent principalement les cas de l'incapacité du patient, soit qu'il est mineur (1°), soit qu'il est majeur incapable (2°) ; elles concernent également la limitation volontaire du patient capable et conscient d'être informé ou le refus d'information (3°) ; elles concernent aussi les cas de désignation par le patient d'un tiers pour le remplacer (4°). Il existe aussi un cas particulier devant être traité, à savoir celui des dysmorphophobies (5°).

1° Le patient mineur

63. Droit français. En application de l'article 371, alinéas 1 et 2 du Code civil¹⁶⁰, c'est le représentant de l'autorité parentale ou le tuteur qui reçoit l'information médicale concernant le mineur. Pourtant, la loi du 4 mars 2002 a apporté des modifications à ladite règle insérée à l'article L.1111-5 du Code de la santé publique¹⁶¹. Elle donne la possibilité à l'enfant de recevoir l'information afin de consentir lui-même à l'acte. Mais, elle lie la validité de cette possibilité à plusieurs conditions. Elle exige tout d'abord que l'acte médical dont il est question soit nécessaire à la sauvegarde de la santé du mineur, et que le mineur demande ensuite au praticien de ne pas informer ses parents et de sauvegarder le secret quant à son état. Le praticien est tenu de répondre positivement à cette demande, si le mineur persiste dans son refus d'informer ses parents.

En outre, le mineur doit se faire accompagner par une personne majeure de son choix. Une dernière condition provient des règles générales et nécessite que le mineur

n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement... » ; Cass. civ. 1, 15 juill. 1999, cité supra n°42.

¹⁶⁰ L'article 371-1 du Code civil dispose que « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ». De son côté, l'article 371-2 du Code civil : « *Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* ». ».

¹⁶¹ Article L. 1111-5 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 œuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix* ». ».

soit apte à exprimer sa volonté, ce qui suppose en conséquence, qu'il soit capable de discernement, et ce préalablement à la transmission de l'information. Toutefois, la loi du 4 mars 2002 ne précise aucune limite d'âge, ni de champs précis d'actes médicaux ou thérapeutiques pour appliquer ces dispositions. Cependant, ces règles exigent, pour être appliquées, que l'acte médical soit nécessaire pour la sauvegarde de la santé du mineur, et puisque l'intervention chirurgicale esthétique n'est pas un acte commandé par une nécessité vitale, elles ne s'appliquent donc pas à la chirurgie esthétique. Ce sont alors les règles générales prévues à l'article 371-1 du Code civil susmentionnées qui sont applicables dans ce domaine.

Il convient cependant de noter que les dispositions des articles L. 1111-2 et L. 1111-4 CSP peuvent trouver une certaine application en chirurgie esthétique. En effet, l'article L. 1111-2 CSP prévoit que : « *les intéressés (mineurs ou majeurs sous tutelle) ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle* ». De même, l'article L. 1111-4 énonce que : « *le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ». Ainsi, et outre les conditions de l'article L. 1111-5 CSP, lorsque le mineur est « *apte* » à recevoir l'information ou lorsqu'il jouit d'un « *degré de maturité* », voire de « *discernement* », il peut être personnellement informé. Cette règle ne trouve aucune incompatibilité avec la nature de la chirurgie esthétique, et peut par ce fait y être appliquée.

64. Droit belge. Sur un autre plan, des dispositions moins strictes s'appliquent en droit belge. En effet, l'article 12 de la loi du 22 août 2002 rappelle le principe général, celui de l'incapacité du mineur qui est représenté, pour l'exercice de ses droits, par ses parents jouissant de l'autorité sur lui ou par son tuteur. Pourtant, certains tempéraments sont apportés à cette règle à l'alinéa 2 de cet article donnant la possibilité au mineur de s'associer, si possible, c'est-à-dire suivant son âge et sa maturité, aux décisions médicales qui le concernent. Cette première disposition ne constitue pas une véritable dérogation au principe, puisque la décision revient à la fin à ses représentants légaux, particulièrement en cas de divergence de vue entre ceux-ci et le mineur.

Une vraie dérogation prévue par le même article implique en revanche la reconnaissance pour le mineur d'une « *majorité médicale* » ; il s'agit de celle du mineur estimé « *apte à apprécier raisonnablement ses intérêts* ». En d'autres termes, il s'agit du mineur doté de discernement qui jouit de cette « *majorité médicale* » lui permettant de prendre la décision finale, soit de consentir, soit même de refuser l'intervention. L'appréciation en ce qui concerne la capacité ou l'incapacité du mineur de pouvoir décider seul revient au praticien.

Outre ces règles, il existe en droit belge comme en droit français des textes spéciaux relatifs à certains actes médicaux précis et exigeant la nécessité de recueillir le consentement du mineur capable de manifester sa volonté, comme par exemple le cas du don d'organe ou du don de sang. Les règles prévues pour donner au mineur la possibilité d'exprimer seul sa décision, sont, en cas de la réunion des conditions exigées pour que le mineur soit qualifié d'une « *majorité médicale* », applicables en matière de chirurgie esthétique ; aucune incompatibilité n'existe entre la nature de celle-ci et les dispositions mentionnées.

2° Le patient incapable majeur

65. Principe. Pour le patient incapable majeur, et selon les dispositions des articles L. 1111-2 et L. 1111-4 CSP précédemment mentionnées, il peut être personnellement informé, s'il est « *apte* » à exprimer sa volonté ou bien s'il jouit de « *facultés de discernement* », tel le cas du mineur. Pourtant, et outre cette éventualité, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, modifiant les articles 447, 457-1 et suivants du Code civil, a donné aux majeurs protégés la possibilité de recevoir l'information du praticien « *dans la mesure où son état le permet* » suivant les termes de l'article 459 modifié du Code civil ; mais cet article a limité cette possibilité pour le majeur protégé aux décisions relatives à sa personne¹⁶². Ces règles nous permettent donc de conclure que l'information, concernant sa personne, doit être donnée au majeur protégé lui-même.

¹⁶² Article 457-1 créé par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 : « *La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part.* ».

66. Exception. Ce principe connaît cependant une exception qui découle des termes des articles 457 et 459 du Code civil : il s'agit du fait que la personne protégée ne puisse pas prendre une décision éclairée. Dans cette hypothèse, la protection personnelle de la personne protégée sera assurée par son responsable qui reçoit alors l'information médicale, de même que le patient ; le responsable assiste donc le majeur incapable. Ces règles peuvent être appliquées en matière de chirurgie esthétique, du fait qu'aucune condition n'est exigée quant à la nature de l'intervention à effectuer. Ainsi, une fois les conditions donnant au majeur incapable la possibilité d'y consentir sont réunies, ces dernières sont donc applicables en matière de chirurgie esthétique.

Notons que pour la personne placée sous protection juridique, une autre limite est prévue quant à la désignation d'un représentant et à la qualité de l'acte médical. En effet, le représentant ne pourra, d'un côté, prendre aucune décision concernant une atteinte grave à l'intégrité corporelle de la personne placée sous protection juridique – hors cas d'urgence – qu'avec l'accord du juge des tutelles ou du conseil de la famille ; d'un autre côté, sa désignation ne concerne que les actes chirurgicaux et thérapeutiques lourds. La chirurgie esthétique ne présentant aucun caractère d'urgence d'une part, et ne se qualifiant pas comme un acte chirurgical lourd, le représentant légal devra donc

Article 458 modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 : « *Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée.* »

Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. ».

Article 459 modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 : « *Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet.* »

Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser le tuteur à représenter l'intéressé.

La personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que, du fait de son comportement, l'intéressé ferait courir à lui-même. Elle en informe sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué.

Toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée. ».

respecter les conditions légales prévues et ne pourra pas représenter la personne placée sous protection juridique en matière de chirurgie esthétique.

67. Distinction du droit belge. Le droit belge en revanche distingue le cas du majeur incapable en droit, de celui du majeur incapable en fait. Pour le premier, il traite son cas d'une façon similaire à celui du mineur. Ainsi, les droits du patient majeur relevant « *du statut de la minorité prolongée ou de l'interdiction* »¹⁶³ sont exercés par ses parents ou par son tuteur. Cette solution ne s'applique pas à la personne placée sous administration provisoire, puisque l'incapacité ne touche pas les droits liés à sa personne, tel par exemple celui de la maîtrise de son corps. Ces dispositions trouvent leur champ d'application en chirurgie esthétique du fait qu'aucune incompatibilité de condition ou de nature n'est posée dans ce contexte. Quant au cas du majeur incapable en fait, il s'agit de celui qui, doué de la capacité juridique, peut se trouver, temporairement, hors d'état de pouvoir consentir à un acte médical ; comme par exemple un patient dans le coma ou sénile. C'est alors au médecin qu'il revient de décider si le patient doit être considéré incapable de consentir ou non. L'article 14 de la loi du 22 août 2002 a énoncé, dans ce cas, un système de représentation « *en cascade* » : représentation faite par un mandataire désigné, à défaut par la famille proche, et enfin à défaut par le médecin. La représentation par le mandataire désigné doit s'effectuer par un écrit spécifique daté et signé par le patient ainsi que par la personne désignée ; cette désignation doit par ailleurs intervenir à un moment où le patient disposait encore de sa capacité à contracter, au sens des règles du Code civil. Ce mandat est révocable suivant le même formalisme que la désignation. A défaut d'un mandataire désigné préalablement, le patient sera représenté par le biais de sa famille proche ; il s'agit de la représentation « *naturelle* ». Elle se fait suivant l'ordre ci-après défini, selon que la personne désignée par la loi fasse défaut ou refuse cette mission légale de représentation : l'époux ou le partenaire cohabitant, un enfant majeur ou un parent, un frère ou une sœur. A défaut de représentants légaux naturels, ou en cas de conflits entre plusieurs représentants naturels de même rang, c'est le médecin, après concertation de l'équipe médicale soignante si possible, qui représente le patient incapable et décide des actes médicaux à accomplir dans l'intérêt de ce dernier.

¹⁶³ Article 12 de la loi du 22 août 2002.

Les dispositions mentionnées, bien qu'elles concernent des cas plus ou moins temporaires d'incapacité du majeur, trouvent un champ d'application en chirurgie esthétique uniquement lorsqu'aucune incompatibilité de nature n'est pas prévue. A titre d'exemple, on peut concevoir, mais avec prudence, qu'un représentant prenne une décision concernant une intervention esthétique pour une personne séculaire, et ce en fonction de son état. En revanche on ne peut pas concevoir qu'un représentant d'une personne dans le coma décide que cette dernière subisse une intervention chirurgicale esthétique ; cette disposition est incompatible avec la nature même de la chirurgie esthétique n'ayant aucun cas d'urgence vitale ou thérapeutique justifiant le recours à une telle représentation.

68. *Transposition au droit français.* Une analyse similaire est réalisée en droit français qui prévoit l'hypothèse de l'obligation de prévenir la famille ou les « *proches* », ou bien encore la personne désignée par le patient, lorsque celui-ci est hors d'état de donner son consentement, et qu'aucun état d'urgence ne se présente. Ainsi, si le patient est inconscient mais qu'il n'y a pas d'urgence, le médecin est tenu d'informer ses « *proches* » avant d'intervenir. La théorie dite des protecteurs naturels se fonde sur la notion civiliste de gestion d'affaires. Le proche du malade est considéré dans ce cas comme gérant les affaires du malade, donc habilité à consentir à l'acte médical à sa place¹⁶⁴. De ce fait, le praticien ne peut effectuer aucun acte médical, ni aucun traitement, dans ce cas, sauf urgence¹⁶⁵, sans l'accord des personnes mentionnées. C'est donc un intérêt médical qui justifie ici la dérogation à la nécessité de recueillir un consentement préalable du patient. L'article L.1111-4, alinéas 3 et 4 CSP énonce ces règles. Il dispose qu'« *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* ». De même, et suivant les dispositions de l'article L. 4127-35, alinéa 2 CSP « *un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection,*

¹⁶⁴ POINSOT O., *Quand l'urgence rencontre les lois bioéthiques - l'acte médical urgent et l'article 16-3 du Code civil*, L'urgentiste, 1995, pp. 5-12.

¹⁶⁵ DEVERS Gilles, *Droit, responsabilité et pratique du soin*, Droit et pratique du soin, Lamarre, 2004, n°222.2 : « *Il n'existe aucune limite à l'exigence du consentement, hormis l'urgence...* »

mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite ». L'alinéa 36 du même article dispose également que « *si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité* ».

La jurisprudence française a constamment appliqué ces règles. En effet, la Cour de cassation rappelle toujours que, dans le cas où le patient « *serait hors d'état de donner son consentement, le médecin est tenu, hors les cas de nécessité absolue, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade, ou dans les cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels* »¹⁶⁶. Ainsi la jurisprudence reconnaît qu'une situation d'urgence exempte le médecin de recueillir le consentement du patient, à condition toutefois qu'il y ait un danger immédiat pour le patient ou une nécessité évidente, voire absolue, d'intervenir¹⁶⁷. Il existe également des circonstances où il est impossible pour le praticien d'obtenir le consentement du patient, ou bien de ses proches, lesquels ne pourront parfois même pas être identifiés au stade de l'urgence. L'urgence et l'impossibilité dispensent donc le médecin d'obtenir un consentement préalable¹⁶⁸. Mais l'acte chirurgical esthétique n'est pas de nature à révéler un pronostic fatal d'une part, et il s'effectue sur une personne jouissant d'une bonne santé ; d'autre part il est dépourvu de toute urgence ou nécessité exigeant de réaliser une intervention dans l'hypothèse où le patient serait inconscient. Par conséquent, aucun argument ne permet de décharger le chirurgien esthétique de son obligation d'information personnalisée afin qu'il réalise une opération esthétique si le patient est hors d'état de donner son consentement, même après avoir prévenu les proches du patient. Une incompatibilité remarquable de nature survient donc dans ce cas entre le but de la chirurgie esthétique, qui est à finalité d'amélioration physique et psychologique, et la nécessité de respecter l'intégrité physique du patient d'une part, et les règles donnant la possibilité au praticien

¹⁶⁶ Cass. civ. 1, 8 nov. 1955, cité *supra* n°55.

¹⁶⁷ Cass. civ. I, 11 oct. 1988, *D.* 1989, somm 317, obs. PENNEAU, *JCP* 1989-II- 21358, note DORSNER-DOLIVET.

¹⁶⁸ PANSIER F.-J., *Consentement à l'hôpital*, *Gaz. Pal.* 1999, numéro spécial sur le colloque : *Le consentement aux actes médicaux*, p.13.

d'intervenir sur le corps du patient inconscient après avoir prévenu les proches de ce dernier, d'autre part.

3° Limitation volontaire et préalable du patient

69. Cette hypothèse peut être définie sous deux angles distincts. Le premier est celui du patient qui refuse d'être informé ; le second est celui du patient qui refuse une intervention ou un traitement déterminé.

70. *Refus d'être informé.* Concernant le premier point, et bien que le patient doive être informé de l'intervention en principe, ce dernier peut exprimer un refus délibéré d'être informé. Ce refus doit être respecté par le médecin. En effet, si la personne est particulièrement anxieuse et refuse d'être informée, le médecin doit intervenir sans délivrer l'information, sauf s'il existe un risque de contamination pour un tiers, et ce en application avec les dispositions de l'article L. 1111-2, alinéa 4 du Code civil¹⁶⁹. Le refus du patient doit obligatoirement être consigné dans le dossier médical. De même, l'article 3, §3 de la loi belge du 22 août 2002 prévoit que « *les informations ne sont pas fournies au patient si celui-ci en formule expressément la demande* ». Cette possibilité, si elle trouve son application dans le domaine de la médecine curative, n'est pas en revanche applicable en matière de chirurgie esthétique. Une rigueur recommandée par la nature de la chirurgie esthétique exige du chirurgien de communiquer absolument l'information au patient, et même de redoubler sa prudence afin de permettre à ce dernier de faire un libre choix entre l'acceptation de l'intervention ou le refus de celle-ci.

71. *Refus d'une intervention ou d'un traitement.* Quant au second point, il est légiféré en France en vertu de l'article R.4127-36 CSP qui mentionne que « *lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposé, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences* ». Sur le même sujet, l'article L.1111-4, alinéa 2 CSP énonce que « *le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un*

¹⁶⁹ Article 1111-2, alinéa 4 CSP : « *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.* »

traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables ». Ainsi le médecin qui respecte le refus de son patient de se faire soigner, ou de subir un acte médical déterminé, ne commet aucune faute. Il ne peut être sanctionné ni pénalement, ni civilement, ni disciplinairement¹⁷⁰. En revanche, le médecin qui passe outre un tel refus et pratique malgré tout l'opération encourt des sanctions pénales, civiles ou disciplinaires¹⁷¹.

72. Droit belge. Pour ce qui est de la loi belge, elle donne ce droit au patient en stipulant dans l'article 8 §4, alinéa 4, de la loi du 22 août 2002, que « *si, lorsqu'il était encore à même d'exercer les droits tels fixés dans cette loi, le patient a fait savoir par écrit qu'il refuse son consentement à une intervention déterminée du praticien professionnel, ce refus doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué à un moment où il est même en mesure d'exercer ses droits lui-même* ». Cette déclaration écrite préalable s'impose donc au médecin ainsi qu'au représentant du patient devenu incapable. Le refus d'une investigation ou d'une intervention quelconque trouve son champ d'application par excellence en chirurgie esthétique puisqu'étant en totale compatibilité avec la nature, le but et les actes de cette dernière qui ne comprend pas un état de nécessité ou un danger quelconque pour la santé du patient.

4° Personne de confiance

73. Consécration. Une disposition, fort originale, découle des dispositions de l'article L. 1111-6 CSP modifié par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1) ; il s'agit de la « *personne de confiance* » désignée par le patient comme interlocuteur du médecin dans le dialogue thérapeutique. Cet article dispose que « *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. Elle rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite par écrit et cosignée par la personne désignée. Elle est révisable et révocable à tout moment. Si le patient le souhaite, la personne de confiance*

¹⁷⁰ Cass. crim., 3 janv. 1973, Rev. sc. crim., 1973-693, note G. LEVASSEUR.

¹⁷¹ CE 27 janv. 1982, D. 1982 IR 275, obs. J. PENNEAU.

l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions ».

74. Analyse. Deux conditions sont donc exigées quant à la validité de désigner la personne de confiance, soit à titre permanent ou bien temporaire ; la première concerne la nécessité d'une désignation par le patient au préalable, et la seconde exige la désignation par écrit. Cette procédure, ne comportant aucun élément ou aucune condition la rendant incompatible avec la nature même de la chirurgie esthétique, peut trouver un champ d'application dans le domaine esthétique. Pour autant, il faut toujours tenir compte d'un recours, libre et dépourvu de toute pression, par le patient à cette procédure.

5° Les dysmorphophobes

75. Définition. Les dysmorphophobes sont en général des personnes qui souffrent d'un trouble psychologique provenant d'une imperfection physique, parfois minime. C'est au médecin de savoir diagnostiquer si le trouble psychologique, causé par ce défaut, pourra ou non être remédié par une intervention chirurgicale esthétique. Ces personnes sont des individus introvertis, timides, hypersensibles, angoissés, ayant un sentiment d'infériorité et d'impuissance. Elles trouvent un masque à leur problème dans une disgrâce physique, mais une fois le défaut supprimé, un état dépressif les envahit pouvant parfois les mener au suicide. C'est pourquoi le chirurgien est tenu de ne pas prendre l'insistance que peuvent manifester certains de ces patients en considération, puisque s'il réalise l'opération suite à cette insistance, cette intervention sera privée de cause et le chirurgien esthétique pourra être condamné¹⁷².

76. Application jurisprudentielle. Une décision du Tribunal civil de Lyon rendu en date du 3 janvier 1936 a décidé que « *le médecin avait pour devoir de s'efforcer de la ramener à la raison, d'atermoyer, puisqu'il n'y avait pas urgence, d'appeler en consultation un neurologue ou un psychiatre* »¹⁷³. Dans le même contexte, la Cour de cassation a condamné par un arrêt rendu en date du 20 octobre 1982 un chirurgien

¹⁷² AZQUINAZI-BAILLEUX D., *Un regard sur la prestation de chirurgie esthétique*, Les petites affiches, 31 juillet 1996, n°92, p.14-22.

¹⁷³ Trib. civ. de Lyon, 3 janv. 1936, D. 1936-127 ; JCP 1936, II, 428.

esthétique pour avoir pris un risque indiscutable en pratiquant des actes de chirurgie majeurs, réservés généralement à des personnes plus âgées, chez une jeune femme dont l'équilibre psychique était précaire et qui avait tendance à la dysmorphophobie, d'autant qu'il était inévitable que cette intervention entraîne une décompensation psychologique, et ce même si le résultat morphologique avait été parfait¹⁷⁴. C'est ainsi que l'obligation d'information doit, dans ce cas, être d'autant plus rigoureuse que le patient est psychologiquement fragile, en ce sens que le chirurgien esthétique doit déconseiller l'opération, voire la refuser pour les dysmorphophobes¹⁷⁵.

77. Bilan. En conclusion, on peut concevoir clairement le caractère strictement personnalisé de l'information en matière de chirurgie esthétique qui ne comporte que des exceptions très restreintes. Cette spécificité contribue également à une lourde intensité de l'information, non seulement sur le plan de sa nature juridique, ou bien sur le plan des caractères qui la distinguent, mais aussi sur le plan de sa preuve. L'information en chirurgie esthétique est alors une information intense.

¹⁷⁴ Cass. civ. 1, 20 oct. 1982, www.legifrance.gouv.fr, mis à jour le 14/04/2012, consulté le 14/04/2012 (pourvoi contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 16 avril 1981 et précédemment cité) : « *Attendu que le docteur A... reproche aux juges du second degré d'avoir laissé sans réponse des conclusions dans lesquelles il soutenait d'une part, comme l'avaient admis les experts, que l'intervention pratiquée dans les règles de l'art, et suivie d'un résultat morphologique correct, n'avait pas fait courir à la patiente un risque sans proportion avec les avantages escomptés ; d'autre part, que la patiente ne prouvait pas avoir été insuffisamment informée des risques de l'intervention et de troisième part, qu'aucun élément ne permettait d'imputer à l'opération les troubles de la personnalité ultérieurement constantes chez la patiente et notamment, trois ans plus tard, sa tentative de suicide, qu'il est encore prétendu que l'arrêt attaqué manque de base légale au regard des dispositions de l'article 1147 du Code civil, la Cour d'appel ne précisant pas en quoi ces troubles étaient effectivement imputables à l'opération, alors qu'elles énoncent, en revanche, qu'ils existaient avant l'intervention et que leur degré reste à déterminer, et ne constatant pas l'existence d'une dysmorphophobie ; mais attendu que la Cour d'appel, qui n'était pas liée par l'avis des experts précédemment... Attendu qu'en énonçant..., que l'intervention pratiquée comportait des aléas des souffrances et des inconvénients divers sans commune mesure avec l'intérêt esthétique ou personnel que pouvait présenter ce grave acte médical pour cette jeune fille à peine sortie de l'adolescence et dont la personnalité était fragile et mal assurée, l'arrêt attaqué a répondu aux conclusions par lesquelles le docteur A... soutenait au contraire que les risques de l'opération étaient proportionnés aux avantages escomptés.* ».

¹⁷⁵ HALLIEZ D., *La responsabilité civile et pénale du chirurgien esthétique*, Thèse Droit, Lille II, 1996, p. 137.

CHAPITRE IV

INFORMATION INTENSE

78. *Présentation.* Informer un patient désirant subir un acte chirurgical esthétique dans le but de réaliser une satisfaction psychologique constitue, sans doute, une obligation lourde et rigoureuse qui incombe au chirurgien esthétique. En tant que tel, cette obligation très personnalisée, d'un développement quant à son contenu en largeur et en profondeur, présente en outre une spécificité aussi bien au niveau de sa nature juridique et de ses caractères, qu'au niveau de sa preuve (**section II**), la qualifiant alors d'un devoir intense à la charge du praticien (**section I**).

SECTION I INTENSITE AU NIVEAU DE LA QUALIFICATION DE L'OBLIGATION

79. L'intensité de l'obligation d'information se manifeste en chirurgie esthétique à deux niveaux : une intensité au niveau de la nature juridique d'une part (§1), et une intensité au niveau des caractères d'autre part (§2).

§1. Intensité au niveau de la nature juridique

80. La nature juridique de l'obligation d'information en chirurgie esthétique peut être qualifiée d'une intensité rigoureuse. Ce caractère intense se révèle aussi bien quant à la source de cette dernière d'une part (**A**), et à la responsabilité de l'autre part (**B**).

A. Intensité quant à la source

81. Quatre éventualités se présentent dans ce contexte et permettent de donner à l'obligation d'information une nature soit morale, soit professionnelle, soit contractuelle, soit légale.

82. Une nature morale. Sur un premier plan, survenant sur le corps humain et touchant à la vie de la personne humaine, l'acte médical en tant que tel, et l'obligation d'information par la suite, constituent sans aucun doute une obligation morale. Ainsi, la chirurgie esthétique traitant l'image de la personne humaine, et pouvant contribuer à des changements physiques remarquables, est de nature à renforcer ce moralisme de l'obligation vis-à-vis du praticien.

83. Une nature professionnelle. Sur un deuxième plan, le devoir d'information revêt une nature disciplinaire, voire professionnelle. A cet effet, l'article 35 du nouveau Code de déontologie estime que « *le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne, qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il propose* ». Ce principe est également affirmé par le Conseil de l'ordre des médecins dans son commentaire de l'article 35 du Code de déontologie médicale, ainsi que par la jurisprudence ; Le premier considère que « *l'information n'est pas une simple formalité dont on peut se décharger rapidement une fois pour toutes, mais d'une obligation continue qui se poursuit tout au long de la maladie, qui doit être adaptée à la personnalité du patient et intelligible pour lui* »¹⁷⁶.

Quant à la Cour de cassation, elle a jugé par un arrêt rendu le 18 mars 1997 que la méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une action en dommages-intérêts contre un médecin¹⁷⁷. Cette obligation disciplinaire est renforcée à l'encontre du chirurgien esthétique en vue d'empêcher ce dernier d'exploiter la misère du patient désirant procéder à un changement physique pour réaliser des profits financiers, puisque l'intervention dans ce cas n'a pas un caractère vital.

84. Une nature contractuelle. Sur un troisième plan, l'obligation d'information découle des rapports liant le praticien et son patient, qui étaient, durant la période antérieure à l'année 1936, de nature délictuelle. L'arrêt *Mercier*¹⁷⁸ rendu par la Cour de cassation le 20 mai 1936 a opéré un revirement en décidant que la nature de la relation praticien-patient serait dorénavant contractuelle du fait qu'il se forme entre le praticien et le patient un contrat comportant pour le premier l'engagement sinon de guérir le

¹⁷⁶ Conseil de l'ordre des médecins, *Commentaire sur l'article 35*, p. 143.

¹⁷⁷ Cass. civ. 1, 18 mars 1997, *Bull. civ. I*, n°99, p.65. Dans le même sens : CA Versailles, 23 juin 1997, RG n° 1994-7809.

¹⁷⁸ V. *infra* n°238.

malade, du moins de lui donner des soins, consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science¹⁷⁹.

L'information est donc nécessaire pour que le malade puisse décider en toute connaissance de cause. Ainsi, l'obligation d'information revêt alors une nature contractuelle. Cette obligation qui incombe au médecin dans le cadre du contrat se justifie surtout par un décalage de connaissances entre le praticien, professionnel et le patient, profane. La nature contractuelle se base alors sur une exigence de respecter la dignité des patients, mais aussi de faciliter la tâche des médecins et de tous les soignants¹⁸⁰. Pour le chirurgien esthétique réalisant une opération à but non curatif, la nature contractuelle de l'obligation d'information lui impose, plus qu'à tout autre praticien, le devoir de révéler une information complète au patient de façon qu'il ne puisse modifier ou étendre les engagements et les informations préalablement consentis par le patient dans le cadre de l'acte chirurgical esthétique.

85. Une nature légale. Sur un quatrième plan, l'information est devenue un principe de droit médical, voire une obligation légale implicitement déduite de l'article 16-3, alinéa 2 du Code civil, qui fait une consécration légale du principe du consentement préalable auquel l'obligation d'information est étroitement liée¹⁸¹. La nature légale est déduite également des dispositions de l'article L. 6322-2, tel que modifié par l'ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003¹⁸², qui dispose que « *pour toute*

¹⁷⁹ Cass. civ. 1, 20 mai 1936, D. 1936, 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 jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle(...) ». V. aussi dans le même sens : Cass. civ., 27 mai 1940, D. 1940, p. 129 : « lorsqu'un médecin radiologue intervient dans une opération avec son appareil radioélectrique, sur la sollicitation du blessé, moyennant honoraires, pour que celle-ci soit pratiquée sous le contrôle de la radioscopie, il se forme entre le radiologue et le blessé un contrat emportant pour celui-ci l'engagement de donner, par le moyen dudit appareil, des soins consciencieux, attentifs, prudents, conformes aux données de la science, contrat dont la violation ou l'exécution défectueuse est sanctionnée par une responsabilité de même nature, exclusive de la responsabilité édictée par l'article 1384 alinéa 1^{er}, c. civ., à raison des choses qu'on a sous sa garde ».

¹⁸⁰ HOERNI B., BENEZECH M., *L'information en médecine - évolution sociale, juridique, éthique*, Masson, 1993.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² JORF 6 sept. 2003.

prestation de chirurgie esthétique, la personne concernée, et, s'il y a lieu, son représentant légal, doivent être informés par le praticien responsable des conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications », et de l'article L. 1111-2¹⁸³, alinéa 2, du même Code qui dispose que l'obligation d'information « *incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables* ».

Outre la nature spécifique de l'intervention chirurgicale esthétique qui fait de l'obligation d'information du praticien une tâche assez lourde, la loi a donné plus de spécificité quant à la nature légale de l'obligation. Elle impose au chirurgien esthétique de fournir au patient, préalablement à l'intervention esthétique, un devis comportant des informations de nature médicale, financière, administrative et technique. Cette exigence est fondée sur la nature de la chirurgie esthétique motivée par le désir de réaliser une amélioration psychologique des conditions de vie du client.

L'intensité de la nature de l'obligation d'information au niveau de la source se voit fortement dégagée en matière de chirurgie esthétique. Cette intensité de nature distingue de même l'obligation d'information du chirurgien esthétique de celle en médecine curative sur le plan de la responsabilité.

B. Intensité quant à la responsabilité

86. *Obligation de résultat/ obligation de moyens.* L'ordonnance portant réforme du droit des contrats ne fait pas de référence aux obligations de moyens et de résultat. Cela ne veut pas pour autant dire qu'elle sera abandonnée par la jurisprudence¹⁸⁴.

L'intensité apportée à la nature de l'obligation d'information en chirurgie esthétique, au niveau des sources, se montre de même au niveau de la responsabilité. En effet, en médecine curative, le praticien, tenu de révéler au patient toutes les informations concernant l'acte médical et de pratiquer les soins conformément aux données acquises de la science, ne peut pas en revanche être obligé d'en garantir les résultats (2°). Les aléas et les complications qui peuvent survenir lors de l'intervention thérapeutique sont pris en considération pour qualifier la nature de l'obligation

¹⁸³ Tel que modifié par la loi n°2016-41 du 26 janv. 2016.

¹⁸⁴ P. JOURDIN, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP G*, 2016, n°36, 909.

d'information, dans ce cas l'obligation de moyen et non de résultat. Cependant, la qualification de l'obligation d'information en chirurgie esthétique a fait l'objet d'une diversité d'avis mettant l'accent non seulement sur la spécificité d'une telle obligation, mais également sur son intensité dans ce cas spécifique (1°).

1° Obligation de résultat

87. *Raisons multiples.* Un premier courant considère l'obligation d'information en chirurgie esthétique comme une obligation de résultat. Cette sévérité provient de la nature de l'intervention chirurgicale esthétique et de sa finalité. Les arguments présentés par les partisans de ce courant sont diversifiés :

Pour certains, les limitations apportées à l'obligation d'information en médecine curative sont généralement justifiées par la sauvegarde de la santé du patient ; ce sont donc des limitations à caractère thérapeutique. Cependant, la chirurgie esthétique n'est pas fondée sur un caractère thérapeutique, mais elle est motivée par un désir de rendre plus agréable les formes du corps humain et de remédier aux outrages du temps ; son fondement est alors d'ordre psychologique loin de tout but thérapeutique ou de tout caractère d'urgence et de nécessité vitale. D'autre part, la chirurgie esthétique est de nature commerciale, susceptible d'assurer au plasticien des gains importants ; cette réalité peut alors pousser un chirurgien à réaliser une intervention esthétique sans fournir au patient une information complète. Ces facteurs ont encouragé le groupe de travail au sein du Conseil national de consommation, dont la mission est de réfléchir aux méthodes de protéger les candidats à une opération esthétique en leur assurant les bons moyens d'en être informés, d'initier l'arrêté du 16 octobre 1997. En vertu de celui-ci, il est imposé au chirurgien esthétique de formaliser la remise d'information écrite complète avant toute opération esthétique. Ainsi, le fait de permettre au patient, suivant cette procédure, d'apprécier l'acte esthétique dans sa totalité, soit dans sa nature, son importance, ses suites, et même son coût, etc., constitue en tant que tel un résultat auquel le chirurgien esthétique doit parvenir. C'est ainsi que l'obligation d'information est une obligation de résultat.

L'absence d'information n'étant donc pas concevable en chirurgie esthétique, le praticien doit impérativement la communiquer au patient et il est tenu de parvenir au résultat promis. Pourtant, les partisans de ces arguments attirent l'attention sur le fait

que l'obligation d'information qualifiée de résultat n'engendre pas, en revanche, une obligation de résultat quant aux soins administrés.

88. *Un avis marquant.* Au sein du corps médical, Pr. Jean Langlois, ancien Président de Conseil national de l'Ordre des médecins, dans le cadre de sa défense de la nature intensifiée de l'obligation, souligne la particularité de la chirurgie esthétique qui s'adresse à des personnes en bonne santé. Le souci du Pr. Langlois, très conscient de tout ce qui se passe dans le domaine de la chirurgie esthétique, est de devoir « *moraliser* » cette profession « *de qualité et de pratique* ». Célèbre partisan pour une obligation de résultat correspondant au contenu précis du devis présenté par le chirurgien esthétique à son patient avant l'intervention, Pr. Langlois considère que le domaine de la chirurgie esthétique est un domaine particulier, en ce sens que « *les résultats esthétiques obtenus à l'issue de l'intervention doivent être tout à fait conformes à ce qui a été décrit au malade ou à la malade et à ce qui est réellement inscrit dans le devis présenté* »¹⁸⁵. Le chirurgien doit, selon lui, s'obliger à tenir ce qu'il a promis, et mentionne, comme argument supplémentaire, les cas où le chirurgien esthétique montre au patient par ordinateur, via une image virtuelle, le résultat de l'opération, parfois dans le seul souci de le convaincre de subir l'opération. Il avance de même, pour défendre sa position, un argument basé sur l'existence d'individus « *incompétents, malhonnêtes notoires qui font de la chirurgie esthétique* » et affirme que « *chaque médecin doit s'engager selon ses compétences et être en mesure de garantir ses résultats* »¹⁸⁶.

La position de l'Ordre des médecins en France avancée par son ancien président montre la spécificité de la chirurgie esthétique et le souci d'assurer la protection et la sécurité du candidat à une intervention esthétique ; elle met en outre l'accent sur la sévérité et la rigueur imposées au chirurgien esthétique. Ce dernier se voit, suivant cette position, obliger d'arriver au résultat mentionné dans le devis remis au patient préalablement à l'intervention. Par la suite, il doit assurer un aboutissement complet et sain à son devoir d'information, ce qui aura pour effet, selon les partisans de cette position, d'éviter les « *incompétences* » en matière de chirurgie esthétique.

¹⁸⁵ LANGLOIS J., « L'Ordre des médecins : moraliser la profession et en restaurer l'image », in *Quotidien du médecin*, n°7288, 6 mars 2003.

¹⁸⁶ « Pratique de la chirurgie esthétique : une obligation de résultats ? », in *Panorama du médecin*, n°4798, 21 mai 2001.

89. Une grande résonance. L'intensité de nature de l'obligation d'information considérée de résultat trouve un écho positif parmi les chirurgiens esthétiques. C'est le cas par exemple du Dr Pierre Nahon, chirurgien plasticien, qui lutte pour que cette obligation de résultat soit totalement reconnue par les instances judiciaires et le Conseil de l'Ordre des médecins. Les arguments présentés par Dr Nahon se fondent sur la nature de la chirurgie esthétique qui s'adresse à des gens en bonne santé et, de ce fait, le plasticien ne peut pas se contenter d'une obligation de soins, ni même d'une vague amélioration. Il doit en revanche « *aller jusqu'au bout de la perfection* » et répondre aux informations mentionnées dans l'écrit qu'il est obligé de fournir au patient préalablement à l'intervention, devis qualifié par Dr Nahon de « *contrat écrit* »¹⁸⁷. Le chirurgien esthétique étant donc tenu par cette obligation d'information de résultat « *doit être sanctionné s'il ne tient pas son challenge. S'il ne se sent pas capable de réussir, il doit refuser de faire l'intervention. Mais s'il opère, il doit être assujéti à une obligation de résultat.* »¹⁸⁸.

90. Critiques. Une série de critiques a été adressée à la qualification de l'obligation d'information en chirurgie esthétique comme une obligation de résultat, principalement par les représentants du Syndicat National de Chirurgie Plastique, Reconstructrice et Esthétique (SNCPRE). Ces critiques se fondent sur plusieurs arguments visant la limitation de la sévérité au niveau de l'obligation d'information du chirurgien esthétique : d'abord, la probabilité que des aléas thérapeutiques surviennent lors d'une intervention, est une hypothèse à prendre en considération ; ensuite, la crainte de condamner un chirurgien esthétique pour n'avoir pas respecté l'obligation de résultat va aboutir à la multiplication des procès et faire jurisprudence en la matière. Cette multiplicité « *prévue* » ou « *attendue* » du nombre de procès aurait en outre pour effet d'aboutir à d'autres craintes, notamment celle d'une forte augmentation des primes d'assurance et celle des hésitations pouvant survenir chez les chirurgiens esthétiques à faire certaines interventions¹⁸⁹.

¹⁸⁷ CORNILLE Paule, « Chirurgie esthétique, objectif zéro défaut », in *L'officiel de la mode*, n°858, 2001.

¹⁸⁸ DEGAIN J., « Chirurgie esthétique : l'Ordre suggère une obligation de résultat », in *Quotidien du médecin*, n°6921, 21 mai 2001, p. 10.

¹⁸⁹ *Ibid.*

Face à ce premier courant qui suggère que l'obligation d'information en chirurgie esthétique est une obligation de résultat, un second courant la considère, en revanche, comme une obligation de moyens, mais ayant une spécificité quant aux autres branches de la médecine.

2° Obligation de moyens

91. *L'imprévisibilité du corps humain.* Contrairement aux avis doctrinaux et médicaux précédemment avancés, la jurisprudence française a toujours considéré l'obligation d'information incombant au chirurgien esthétique, quoiqu'elle soit qualifiée de prudente et de sévère, comme une obligation de moyens. Cette qualification provient du fait que tout acte chirurgical qui survient sur des « *tissus vivants dont les réactions ne sont jamais prévisibles* », à savoir sur une personne humaine, pourrait comporter des aléas et des complications imprévisibles.

92. *Obligation de moyen renforcée.* L'obligation de moyens dans ce cas est renforcée puisqu'elle impose au chirurgien esthétique une obligation de prudence et de diligence. Ce dernier intervient sur une personne jouissant d'une bonne santé dans un but qui n'est pas de nature thérapeutique mais qui vise à assurer au patient une amélioration physique ; ainsi, un certain résultat est attendu suite à cette intervention. L'obligation de moyens doit alors être appréciée bien plus strictement en chirurgie esthétique qu'en chirurgie générale. Elle est donc de nature spécifique comme en témoigne une série d'arrêts de la jurisprudence française¹⁹⁰. L'obligation de moyens en matière de chirurgie esthétique est donc qualifiée *d'obligation de moyens renforcée* »¹⁹¹ par une partie de la jurisprudence française. Ainsi, le médecin n'est tenu, dans l'accomplissement de l'acte médical, que d'une obligation contractuelle de moyens. Cependant, en matière de chirurgie esthétique, l'obligation de moyens est « *renforcée* »,

¹⁹⁰ CA Paris, 13 janv. 1959, cité *supra* n°46 ; CA Paris, 5 juin 1962, *JCP* 1962, II, 12809 ; CA Lyon, 8 janv. 1981, cité *supra* n°27 ; CA Versailles, 21 févr. 1991, cité *supra* n°38 ; CA Paris, 16 juin 1995, *D.* 1995, IR p. 194 ; Cass. civ. 1, 17 févr. 1998, cité *supra* n°38. V. aussi, en annexe 6, des extraits de ces arrêts.

¹⁹¹ CA Paris, 17 févr. 1994, *D.* 1995, somm. P. 100 : « *S'agissant d'une intervention à dominante esthétique qui, même si elle devait avoir une incidence fonctionnelle, était dépourvue de but thérapeutique, il en résulte que le médecin était tenu à une obligation de moyens renforcée à laquelle il a manqué en recourant une méthode lourde, d'importation récente, à haut risque de complication et au résultat aléatoire...* »

mais elle « ne saurait s'entendre comme constituant une obligation de résultat »¹⁹². Par conséquent, le seul fait que « le résultat esthétique des opérations effectuées ne soit pas à la hauteur des espérances de la patiente ne saurait, en lui-même, suffire à engager la responsabilité du médecin »¹⁹³, ce dernier pouvant prouver qu'il a bien fourni au patient toutes les informations suffisantes « lui permettant de donner son consentement éclairé aux diverses interventions effectuées »¹⁹⁴.

Outre l'intensité de nature caractérisant l'obligation d'information en chirurgie esthétique, les caractères de cette obligation sont aussi qualifiés d'intenses.

§2. Intensité au niveau des caractères

93. Chirurgie esthétique/ médecine curative. A la base de l'obligation d'information imposée au plasticien, il n'y a qu'un but unique, celui de fournir au patient une information complète pour que ce dernier puisse donner un consentement éclairé et libre, c'est-à-dire sans aucune contrainte, ni vice ; un tel consentement ne peut effectivement provenir que d'une information claire, précise et appropriée¹⁹⁵. Les traits communs des caractères de l'information entre la médecine curative et la chirurgie esthétique concernent la détermination de ces caractères et leur source (**A**). Toutefois, ils se distinguent au niveau du contenu des caractères de l'information et de l'exigence de ces derniers (**B**).

A. Intensité quant à la source et la dénomination

94. Jurisprudence. Consciente de l'importance de l'obligation d'information et soucieuse d'assurer la protection du patient dans sa relation avec son médecin, la jurisprudence française a défini dès l'année 1961 les caractères de l'obligation

¹⁹²« Chirurgie esthétique : pas d'obligation de résultat, mais une obligation d'information renforcée, dont la preuve peut être rapportée par un faisceau de présomptions » (Cour d'appel Aix-en-Provence, 10ème ch., arrêt du 2 sept. 2009, n° 07/10274) LUCAS-BALLOUP Isabelle, http://www.lucas-baloup.com/archives-liste?id_mot_clef=27#161, consulté le 27 mars 2012.

¹⁹³ *Idem.*

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ HOERNI B., BENEZECH M., *L'information en médecine*, préc.

d'information par un arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 février 1961¹⁹⁶. En vertu de cet arrêt, il incombe donc au praticien « *d'employer une expression simple, approximative, intelligible et loyale, permettant au malade de prendre la décision qu'il estime s'imposer* ».

Pour être complète, l'information doit donc être « *simple* », c'est-à-dire qu'elle doit être accessible au patient ; elle doit être « *approximative* », c'est-à-dire, en d'autres termes, limitée aux risques « *normalement prévisibles* » ; elle doit être « *intelligible* », dans le sens qu'elle doit être compréhensible par le patient ; et enfin elle doit être « *loyale* », autrement dit sincère sans promesse irréalisable.

95. Intervention du législateur. Le législateur français est intervenu en 1995 pour déterminer lui-même les caractères de l'information que le praticien doit fournir à son patient en précisant à l'article 35 du Code de déontologie médicale¹⁹⁷ que « *tout médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée à son état, sur les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension* ».

Les caractères de l'obligation d'information, tant pour le chirurgien esthétique que pour les autres médecins curatifs, proviennent donc d'une source législative qu'est le Code de déontologie médicale. Ainsi, l'information délivrée au patient, pour être complète, doit remplir quatre caractères essentiels : elle doit être claire, loyale, appropriée et compréhensible.

Cette délimitation commune entre le chirurgien esthétique et le médecin curatif, ne se présente pas au niveau du fond qui est d'une intensité particulière dans le domaine de la chirurgie esthétique.

¹⁹⁶ Cass. civ. 1, 21 févr. 1961, D. 1961, p. 534 : « *Attendu que la Cour d'appel relève que, s'il est exact que le diagnostic indiqué par le docteur X... à sa cliente était celui de sinusite frontale double, et non celui de mucocèle, le chirurgien n'a employé l'expression de « sinusite » que pour faire comprendre à la dame veuve Angamarre, qui n'aurait pas eu l'intelligence du terme « mucocèle », le genre d'affection dont elle était atteinte ; qu'elle retient que, selon les experts, la « technique à laquelle le docteur X... a eu recours en l'espèce est précisément celle qui est employée pour le traitement des sinusites frontales bilatérales* » ; qu'elle observe encore « *que le docteur X,,, qui affirme avoir informé la dame Angamarre de la gravité de son cas et des séquelles que l'opération pourrait entraîner, lui a, en parlant de sinusite frontale double, donné une information simple, approximative, intelligible et loyale, pour lui permettre de prendre la décision qu'il estimait s'imposer...* ».

¹⁹⁷ Article R.4127-35 du code de la santé publique.

B. Intensité quant au fond

96. *L'absence de toute urgence.* L'intensité de caractères quant au fond résulte de la nature de l'intervention chirurgicale esthétique qui est dépourvue de toute urgence vitale ou fonctionnelle, sa seule justification sur le plan médical « *étant une amélioration psychologique des conditions de vie du patient* »¹⁹⁸. Pour être intégrale et assurer un consentement complet du patient, l'information doit donc se caractériser par sa clarté et sa loyauté, mais aussi être appropriée et compréhensible.

97. *Information claire.* La transparence qui doit caractériser la relation liant le patient, la partie faible et inquiète de son état, à son praticien, la partie professionnelle pouvant seule répondre aux besoins du patient et trouver le bon suivi quant à son état, exige ce caractère clair de l'information. Ainsi, le caractère de clarté, pour être effectif, impose au praticien d'apporter une idée exacte au patient, de lui expliquer toutes les informations relatives à son état mais aussi à la nature, aux conséquences, aux inconvénients, aux risques même graves, etc., de l'intervention souhaitée. L'essentiel est donc d'informer le patient de son état et des risques inhérents à l'opération envisagée, afin de lui assurer une connaissance suffisante pour qu'il puisse faire un choix juste et éclairé qui sauvegarde son intégrité corporelle.

La clarté de l'information est de fait bien plus exigeante dans le domaine de la chirurgie esthétique. En effet, compte tenu des motivations à base psychologique qui poussent une personne à subir une intervention esthétique et de la nécessité d'assurer la protection de cette dernière, l'information fournie au patient doit être particulièrement claire. En d'autres termes, le plasticien ne peut pas se contenter d'expliquer au patient la nature de son état, ses résultats, ses complications, ses inconvénients, ses risques même exceptionnels, etc., mais la clarté intensive en chirurgie esthétique impose au plasticien, en plus des informations d'ordre médical qui sont elles-mêmes de nature plus rigoureuse qu'en médecine curative, d'apporter au patient une information de nature extra-médicale, à savoir d'ordre technique, financier, administratif, exigée par l'arrêté du 17 octobre 1996 suivi de la loi du 4 mars 2002.

¹⁹⁸ CA Lyon, 27 mai 1936, arrêt préc., v. *supra* n°10.

S'ajoute à la nécessité d'une information particulièrement claire, l'exigence de mentionner les informations sur un devis écrit devant être remis au patient préalablement à l'acte chirurgical esthétique.

98. *Information loyale.* La confiance qui doit caractériser la relation entre le patient et le praticien est à la base de cette qualification. En effet, le praticien doit à son patient une franchise quant à la délivrance des informations concernant son état. Ce caractère loyal est fondé sur ordre moral et professionnel avant même que légal. Une « *déloyauté* » est contraire au fondement du devoir déontologique et éthique du praticien. L'information doit donc exprimer la vérité pour permettre au malade de porter une appréciation juste sur les conséquences possibles de l'intervention.

Fortement exigée en matière de chirurgie esthétique qui est un champ non curatif, le praticien doit privilégier son devoir déontologique loin de toute tendance visant à réaliser des gains en délivrant une information « *déloyale* » au patient et à exploiter sa fragilité psychologique. Le devis écrit que le praticien est tenu de délivrer au patient préalablement à l'intervention chirurgicale esthétique pourra avoir pour effet d'exiger une loyauté absolue de la part de ce dernier quant aux informations qui y sont incluses.

99. *Information appropriée.* L'état du patient est à la base de ce troisième caractère de l'information exigée du praticien. En effet, il n'est pas demandé au médecin de divulguer auprès du patient toutes ses connaissances scientifiques et médicales, il lui est demandé d'apporter loyalement une information particulièrement claire, et appropriée aux exigences de l'état médical du patient. Le praticien doit donc tenir compte de la spécificité qu'exige son cas et en apporter les explications que recommande son état. Le caractère approprié de l'information est plus intense en chirurgie esthétique qui survient sur une personne en bonne santé visant l'amélioration de sa morphologie et dont le moindre geste chirurgical est susceptible de produire un changement physique important ; c'est pourquoi le chirurgien esthétique doit être très prudent et révéler une information appropriée concernant l'acte chirurgical esthétique que réclame le patient.

100. *Information compréhensible.* Le déséquilibre des connaissances scientifiques entre le praticien et le patient est à la base de ce caractère de l'information. En effet, la relation médicale comporte deux catégories de personnes : le patient profane face au praticien professionnel. Cette confrontation impose au médecin de communiquer ses observations et ses indications en termes simples et compréhensibles, tout en tenant

compte de la personnalité du patient et de son aptitude à assimiler les informations. Il doit donc adapter les informations transmises dans un dialogue imprégné de confiance afin que le patient ait un éclairage suffisant. Ainsi, pour que l'information soit claire, loyale et appropriée, il ne suffit pas que le médecin délivre des renseignements complets en termes scientifiques et techniques incompréhensibles pour le patient ; il doit adapter le langage médical à la compréhension du patient pour qu'il remplisse complètement son devoir d'information.

L'information appropriée se trouve de même plus exigeante en matière de chirurgie esthétique qui comporte des techniques toujours nouvelles et compliquées, et ce d'autant qu'elle ne revêt aucun caractère curatif. Le chirurgien esthétique peut ainsi en abuser, utiliser un langage technique et en même temps « *provoquant* » pour la personne qui désire subir un embellissement corporel. Pour éviter cette possibilité « *d'abus* » de la part du chirurgien esthétique, le devis obligatoire remis préalablement au patient doit comporter une information complète, mais aussi compréhensible.

La première partie de l'intensité de l'information en matière de chirurgie esthétique étant ainsi définie sur le plan de sa nature juridique et de ses caractères, ce qui suit s'attardera à définir sa preuve.

SECTION II INTENSITE AU NIVEAU DE LA PREUVE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

101. *Présentation.* Prouver un achèvement ou un défaut de l'obligation d'information en chirurgie esthétique est certes une charge assez lourde incombant au débiteur de cette dernière. Ainsi présentée, la question de la preuve de l'obligation de l'information révèle, à son tour, la spécificité de la chirurgie esthétique entraînant une intensité claire au niveau de la preuve de l'obligation d'information, non seulement en ce qui concerne les modalités de transmission de l'information, mais surtout en ce qui concerne la charge de la preuve. En d'autres termes, s'il n'y a pas de spécificité quant aux modes d'informations en matière de médecine curative, ce qui n'est pas le cas en chirurgie esthétique (§1), il convient cependant de relever que l'exigence d'un écrit, dans le domaine de l'esthétique, matérialisait en quelque sorte le renversement de la charge de preuve au détriment du praticien (§2).

§1. Modes de preuve

102. Le praticien, tenu de donner au patient une information claire et complète, ne paraît pas être (A), généralement, limité par des modalités précises pour transmettre l'information ; pourtant certaines limites se sont produites en médecine curative et spécialement en chirurgie esthétique (B).

A. Règles générales applicables aux modes de transmission de l'information

103. *Principe.* Le « *dialogue thérapeutique* » suivant lequel l'information est délivrée durant une discussion entre le praticien et le patient constitue, en principe, la voie habituelle de la transmission de l'information. Il est la base de l'échange entre le professionnel de santé et son patient provenant essentiellement de l'équilibre entre ce qui « *peut être dit* » et ce qui « *doit être dit* », et ce par application des dispositions de l'article L. 1111-2, alinéa 3 CSP qui dispose que « *cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel* ». Le principe tient alors ici à ce que le praticien n'est pas obligé d'avoir une certaine modalité pour transmettre l'information ; un « *dialogue*

thérapeutique » en remplira complètement la tâche qui n'est autre que l'obligation d'information et le consentement éclairé du patient.

104. Exceptions. Toutefois, des exceptions viennent mettre certaines limites à ce principe en liant le consentement du patient à un certain formalisme devant être respecté par le praticien. La loi impose effectivement dans des cas précis que le consentement du patient soit pris par écrit, la discussion orale ne paraissant pas suffisante. Ce sont les actes médicaux qui présentent un certain particularisme ou une certaine gravité. Citons à titre d'exemple l'acte d'interruption volontaire de grossesse, du projet parental entrepris par assistance médicale à la procréation, des expérimentations biomédicales, etc. Par conséquent, le recours à l'écrit n'est qu'une exception et n'est exigé que dans des cas précis. En effet, cette modalité orale de transmission de l'information, quoiqu'elle caractérise la relation « de confiance » qui lie le praticien et le patient, est susceptible de poser des difficultés quant à sa preuve en cas de litige. C'est à cet effet qu'un renforcement de l'obligation d'information s'est produit, aussi bien sur le plan jurisprudentiel que légal, particulièrement en matière de chirurgie esthétique, ayant eu des répercussions sur les modalités de transmission de l'information.

B. Dispositions spéciales portant des limites aux modalités d'information

105. Distinction. Il y a lieu de distinguer dans ce contexte les dispositions spéciales applicables en médecine curative de celles confirmant l'intensité quant aux modalités de transmission de l'information en matière de chirurgie esthétique.

106. En matière de médecine curative. Jusqu'à une époque récente, la Cour de cassation, se fondant sur la confiance dont le praticien est investi, considérait que ce dernier n'était pas tenu de remplir par écrit son obligation d'information et de conseil. Il était donc libre quant aux modalités de transmission de l'information à son patient. Pourtant, la Cour de cassation a opéré un revirement par un célèbre arrêt datant du 25 février 1997 (arrêt *Hédreul*) qui a rendu le praticien débiteur de la charge de la preuve en lui incombant d'apporter, en cas de litige, la preuve qu'il a bien rempli son obligation d'information en jugeant que « *le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté*

cette obligation »¹⁹⁹. Il est vrai que cette décision n'a pas exigé du praticien une modalité spécifique d'information, mais elle a eu pour effet de pousser le praticien prudent à constituer une preuve écrite de l'information communiquée au patient, et ce par souci d'avoir une attestation sûre en cas de litige. Ainsi, sa liberté quant aux modalités de transmission de l'information se voit relativement limitée par mesure de prudence, mais sans aucune exigence, ce qui n'était pas le cas en chirurgie esthétique.

107. *En matière de chirurgie esthétique.* Justifiés par la nature de l'intervention chirurgicale esthétique qui est dépourvue de toute nécessité thérapeutique et qui exige du plasticien, plus que de tout autre praticien, d'apporter une information complète et claire au patient, les modalités de transmission de l'information connaissent une spécificité en ce domaine de la chirurgie esthétique du fait que la liberté du plasticien y est limitée.

Les limites ont été formalisées par les dispositions de l'arrêté du 17 octobre 1996 modifié par l'arrêté du 3 septembre 2001. Il a été suivi de la loi du 4 mars 2002 qui a approuvé à son tour cette restriction révélant l'intensité de l'information au niveau des modalités de la transmission de l'information. En effet, l'article premier de l'arrêté susmentionné impose au chirurgien esthétique de remplir son obligation d'information par voie de devis écrit devant être remis au patient préalablement à l'intervention, afin de lui permettre de consentir clairement et librement quant à l'acte esthétique réclamé. Cette modalité est exigée pour les prestations dont le montant estimé est supérieur ou égal à 300 euros ou comportant une anesthésie générale, ou bien sur seule demande du patient. La loi du 4 mars 2002 a par la suite généralisé l'exigence de la modalité écrite de la transmission de l'information en matière d'intervention esthétique sans aucune limite de montant ou autre. Par cette loi, l'article L. 6322-2 a été inséré au CSP en vertu duquel la modalité écrite de la transmission de l'information est désormais une modalité obligatoire pour toute prestation chirurgicale esthétique.

Les praticiens étant en principe libres quant au choix des modalités de transmission de l'information au patient, modalités cependant très limitées en chirurgie esthétique, ces dernières ont certainement eu un effet important sur la personne à qui incombe la charge de la preuve de l'obligation d'information.

¹⁹⁹ Cass. civ. 1, 25 févr. 1997, *Gaz. Pal.* 1997, 1, 274 rapport Sargos, *JCP I*, 4025, obs. Viney, *D.* 1997, somm. 319 obs. Penneau, *RTD civ.* 1997, p. 343, obs. Jourdain.

§2. Charge de la preuve

108. Position du problème. Le praticien est tenu, comme précédemment mentionné²⁰⁰, à une obligation d'information vis-à-vis du patient dans le but de l'éclairer sur le processus de l'acte médical ainsi que sur ses risques, ses complications éventuelles, etc. Ainsi, et à défaut d'information, le patient peut réclamer une indemnisation à l'encontre du praticien. Dans ce cadre, se pose le problème relatif au fardeau de la preuve : le patient doit-il prouver le défaut d'information, ou bien au contraire, est-ce au praticien de prouver qu'il a bien rempli son obligation d'information ?

La question de la charge de la preuve a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle en trois étapes pour s'achever avec un arrêt célèbre, l'arrêt *Hédreul*, qui a laissé ce fardeau au praticien, le plaçant alors dans la situation de débiteur de la charge de la preuve (**A**). Une tâche difficile se pose donc sur le praticien devant avoir les moyens de preuve en cas de litige (**B**).

A. Evolution jurisprudentielle

109. Distinction. Il faut distinguer trois phases essentielles : la première est la position antérieure au 29 mai 1951, la deuxième se situe entre le 29 mai 1951 et le 25 février 1997, quant à la dernière, il s'agit de la position actuelle de la jurisprudence suite à l'arrêt *Hédreul* du 25 février 1997.

110. Position antérieure au 29 mai 1951. Dans cette première période, et vu que la responsabilité médicale était délictuelle et quasi-délictuelle, il appartenait au praticien de prouver devant les tribunaux qu'il avait bien informé son patient et obtenu son consentement à l'intervention. La doctrine, attachée à cette solution, se basait sur l'adage : « *Reus in excipiendo fit actor* », corollaire immédiat de l'adage : « *actori incumbit probatio* ». Ainsi, et suivant cette démarche, il incombait au patient-victime de seulement prouver qu'il avait subi un préjudice provenant du défaut de l'information fournie par le praticien ; ce dernier devait donc prouver, pour s'en exonérer, le

²⁰⁰ V. *supra* n°20 et s.

consentement de son patient. Or, cette première position a connu un revirement de la jurisprudence le 29 mai 1951...

111. Position entre le 29 mai 1951 et le 27 février 1997. Le 29 mai 1951, la Première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que c'est au patient d'apporter la preuve que le chirurgien a manqué à son obligation contractuelle d'obtenir au préalable son assentiment ; cet arrêt suppose donc que l'information a été donnée au patient de la part du praticien et d'une façon complète. L'obligation du praticien est donc contractuelle, et la preuve négative de l'information sur la nature, les conséquences, les risques de l'intervention est donc à la charge du patient. En effet, en censurant l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers rendu en 1947 et par application classique des principes communs relatifs à la preuve juridique, tout en se basant sur les dispositions des anciens articles 1147²⁰¹ et 1315²⁰², alinéa 1^{er} du Code civil, la Cour de cassation a posé le fardeau de la preuve de défaut d'information au patient²⁰³. Cette preuve constituait en pratique un fardeau bien lourd pour le patient qui s'estimait victime d'un manquement de son médecin ; en effet, apporter la preuve d'un fait négatif, celui de ne pas avoir reçu l'information, est difficile, voire impossible. En outre, ce qui rendait cette tâche encore plus compliquée, c'est qu'il n'était pas d'usage de demander un consentement écrit pour opérer et que l'information était généralement communiquée oralement au patient, sauf dans quelques cas particuliers, comme par exemple l'expérimentation.

En dépit de toutes les difficultés de preuve, cette position jurisprudentielle a duré pendant plusieurs décennies, et n'a changé qu'avec l'arrêt du 25 février 1997 qui constitue donc la position actuelle de la jurisprudence en France.

112. Position actuelle : renversement de la charge de la preuve. Par un célèbre arrêt datant du 25 février 1997 qui a fait « beaucoup de bruit », la Cour de cassation a opéré un revirement en affirmant qu'il incombe désormais au praticien de prouver qu'il a bien rempli son obligation d'information²⁰⁴. La Cour de cassation s'est fondée dans cet arrêt

²⁰¹ Devenu aujourd'hui l'article 1231-1 du Code civil.

²⁰² Devenu aujourd'hui l'article 1353 du Code civil.

²⁰³ V. Annexe 7 qui présente la position de la jurisprudence entre 29/05/1951 et 27/2/1997 sur le fardeau de la preuve de l'obligation d'information. V. également : Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 1951, *D.* 1952, p. 53, note SAVATIER ; CA Lyon, 25 juin 1980, cité *supra* n°32 ; Cass. civ., 22 sept. 1981, cité *supra* n°29 ; Cass. civ., 4 avr. 1995, *Bull. civ.* 1995 I, n° 159, p 114.

²⁰⁴ V. Annexe 8 : position de la jurisprudence après le 25/02/1997 sur le fardeau de la preuve de l'obligation d'information ; V. aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, cité *supra* n°106. Dans le même sens :

sur l'ancien article 1315, alinéa 2, du Code civil suivant lequel « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* » ; elle considérait que « *le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation* ». La Cour de cassation a donc déduit des dispositions de l'ancien article 1315 du Code civil que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* ». Cette position nouvelle a été confirmée par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles du 23 juin 1997²⁰⁵ qui a mis à la charge du médecin la preuve qu'il s'était acquitté de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, sur renvoi après cassation d'un arrêt de la Cour d'appel de Rennes. Ainsi, l'arrêt du 25 février 1997 a renforcé l'obligation d'information du praticien en opérant un renversement de la charge de la preuve. Ce revirement, qui répond à la tendance générale à apprécier les obligations qui pèsent sur les professionnels avec une plus grande rigueur, a suscité bien des inquiétudes dans le corps médical. Par la suite, cette position jurisprudentielle a été consacrée par le législateur en l'article L.1111-2 CSP qui dispose dans son alinéa 7 qu'« *en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé (...) Cette preuve peut être apportée par tout moyen* ». En conséquence, et bien que la preuve de l'information puisse se faire par tout moyen, l'effet essentiel du renversement de cette charge est néanmoins de pousser le praticien à se ménager de « *prudentes pré-constitutions de preuve* » qu'est l'information écrite²⁰⁶. L'écrit paraît donc le moyen privilégié, voire le plus sécurisé pour le praticien, en comparaison avec les autres moyens de preuve.

CA Toulouse, 18 févr. 2008. RG n° 07/02662 ; CA Lyon, 3 nov. 2005, , www.legifrance.gouv.fr, mis à jour le 03/04/2012, consulté le 03/04/2012 ; Cass. civ., 9 juill. 2009, n°08-17468, cité *supra* n°46.

²⁰⁵ CA Versailles, 23 juin 1997, RG n° 1994-7809: « *c'est à celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière, d'information de rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation, qu'il incombe donc au médecin, tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient, de prouver qu'il a exécuté cette information.* ». Dans le même sens : CA Angers, 11 sept. 1998, cité *supra* n°50.

²⁰⁶ AUBERT J.-L., *Conclusion sur Cass. civ. 1, 25 février 1997, Defrénois*, 1997, p. 751.

B. Moyens de preuve

113. En dépit du fait que la jurisprudence, puis le législateur, aient renversé la charge de la preuve de l'obligation d'information, ils n'ont pas, en revanche, exigé explicitement que l'information soit donnée par écrit, ce qui nécessite d'examiner la place de l'écrit d'une part (1°) et l'importance des autres moyens de preuve d'autre part (2°).

1° Exigence, privilège ou intérêt d'une information écrite ?

114. Deux points essentiels. Afin de répondre à cette question, il convient de préciser deux choses :

D'une part, et en matière de chirurgie esthétique, un arrêté datant du 17 octobre 1996, ainsi qu'une loi datant du 4 mars 2002, ont exigé qu'un devis obligatoire soit remis au patient comportant, entre autres, la mention des détails de l'acte médical (notice d'information). Bien que l'accent dans cet arrêté soit mis sur les questions financières (devis désignant le coût) plutôt que sur les questions médicales (notice d'information sur l'acte médical), on peut cependant voir dans l'institution même de ces documents des prémices du renforcement de la charge de la preuve à l'encontre du chirurgien esthétique, même antérieurement à l'arrêt du 25 février 1997.

D'autre part, l'arrêt du 25 février 1997 a certes renversé la charge de la preuve sans pour autant préciser une quelconque exigence explicite à l'encontre du praticien qui devrait communiquer l'information par écrit. Mais ce renversement du fardeau de la preuve est d'ordre à poser, pour le praticien, la difficulté, ou bien le souci, de pouvoir présenter la preuve d'avoir effectivement donné une information complète au patient, en cas de litige. La Cour de cassation a maintenu cette position par un arrêt rendu le 14 octobre 1997²⁰⁷ en admettant que la preuve de l'information pourrait être donnée par tous les moyens, car la délivrance d'une information est un fait et non un acte juridique, position devenue constante après avoir été consacrée par le législateur à l'article L.1111-2 CSP. Ceci suppose donc que le praticien puisse faire appel à d'autres moyens

²⁰⁷ Cass. civ. 1, 14 oct. 1997, cité *supra* n° 50 : « Attendu que s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé, et si ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription, la preuve de cette information peut être faite par tous les moyens... »

de preuve, tel le nombre d'entretiens avec le praticien, le temps de réflexion du patient²⁰⁸, les mentions dans le dossier (fiches, comptes-rendus, etc.)²⁰⁹.

115. Bilan. Entre exigence, privilège ou intérêt d'une information écrite, on peut admettre la conclusion suivante :

L'**exigence** de fournir un document écrit incombe au chirurgien esthétique révélant clairement la particularité qui caractérise la chirurgie esthétique lui donnant une intensité au niveau de la transmission de l'information et de sa preuve ;

Le **privilège** d'une information écrite peut être conclu des termes de l'arrêt du 25 février 1997, du fait que ce dernier a renforcé l'obligation du praticien en lui incombant la charge d'apporter la preuve d'avoir rempli son obligation d'information. Le médecin risque, à défaut de cette preuve, de voir sa responsabilité engagée.

L'**intérêt** pour le praticien d'avoir un document écrit réside dans le fait que celui-ci permet de prouver la délivrance de l'information au patient. En effet, l'écrit constitue un cadre de protection spécialement pour le praticien. Il apparaît donc comme la solution la plus efficace pour la constitution d'une preuve ; la prudence du praticien voudrait en outre qu'il fasse signer à son patient un document établissant qu'il a été pleinement informé.

Par conséquent, l'écrit constitue une exigence en matière de chirurgie esthétique, un privilège en médecine curative, et il est sûrement un intérêt, et même un moyen de protection pour tout praticien, dans tous les cas. Cependant, le document écrit ne suffit pas à lui seul pour prouver l'accomplissement de l'obligation d'information. Il doit remplir des caractéristiques le rendant susceptible d'être le moyen de preuve admis en cette matière ; ainsi il « *n'est pas une décharge de responsabilité. Il a une valeur probatoire éventuelle mais il n'est en aucun cas une clause de décharge de responsabilité, si tel est le cas la clause n'a aucune valeur* »²¹⁰. En effet, l'information donnée par écrit doit être complète, claire, avec des termes précis et compréhensibles par patient ; une information donnée en langage technique est effectivement assimilable à un défaut d'information. De même, la remise de formules standardisées, qui sont

²⁰⁸ CA Rennes, 17 févr. 1999, JurisData n°0400342.

²⁰⁹ GLORION Bernard, *Colloque SIRIF, 23 sept. 1998, Droit de la santé, Gaz. Pal.* num. spécial, 23-24 oct. 1998, p.93.

²¹⁰ Cour de cassation, rapport annuel 1999, p.78.

d'une compréhension difficile pour le patient parce que non adaptées à ses capacités de réceptivité et aux exigences qu'impose son état, sont assimilables à un défaut d'information²¹¹. Par ailleurs, la signature du patient sur un document par lequel il reconnaît avoir été pleinement informé des risques que comporte une intervention, ou qu'il y a consenti, n'exclut pas qu'il puisse renverser la preuve en démontrant le caractère partiel ou incompréhensible de l'information délivrée.

La prééminence de l'écrit dans la relation praticien-patient a en outre pour effet de susciter un certain nombre de conséquences négatives, notamment en ce qui concerne la confiance qui règne normalement dans ce genre de relation ; en effet la présence de l'écrit peut créer une méfiance du praticien qui l'utilise pour se couvrir en cas d'éventuelle action en responsabilité. Cette prééminence a d'autre part poussé un certain nombre de médecins à adopter une attitude défensive en faisant signer systématiquement au patient un document reconnaissant qu'il a reçu toute l'information souhaitée²¹². Dans ce contexte, le Conseil national de l'Ordre des médecins et l'Agence Nationale de l'Accréditation et de l'Evaluation en Santé (désormais Haute autorité de santé) ont émis des recommandations pratiques à l'usage des médecins²¹³.

2° Place des autres moyens de preuve

116. Possibilité du recours à d'autres moyens. La primauté de l'écrit ne dispense pas le praticien, y inclus le chirurgien esthétique, de donner les informations au patient au

²¹¹ GROMB S., « La responsabilité médicale en crise », in *JMLDM*, 1998, vol. 41, n°1 5-7.

²¹² BRETON S., « Retour sur l'affaire Hédreul », in *Bulletin de l'Ordre de médecins*, novembre 2001, p.12.

²¹³ ANAES, « Information des patients : recommandations destinées aux médecins », in *La revue du praticien, médecine générale*, tome 14, n°501, 22 mai 2000 : « L'information, outre bien évidemment les réponses aux questions posées par le patient, doit prendre en compte la situation propre de chaque personne. Elle porte tant sur des éléments généraux que sur des éléments spécifiques : 1. l'état du patient et son évolution prévisible, ce qui nécessite des explications sur la maladie ou l'état pathologique, et son évolution habituelle avec et sans son traitement ; 2. la description et le déroulement des examens ; 3. leur objectif ; 4. leurs conséquences ; 5. leurs complications.

Que l'information soit donnée oralement ou avec l'aide d'un document écrit, elle doit répondre aux mêmes critères de qualité : 1. être hiérarchisée et reposer sur des données valides ; 2. présenter les bénéfices attendus des soins envisagés avant leurs inconvénients et risques éventuels ; 3. être compréhensible.

Au cours de cette démarche, le médecin s'assure que le patient a compris l'information qui lui a été donnée. Il indique la solution qu'il envisage en expliquant les raisons de sa proposition. ».

cours d'un entretien individuel et d'instaurer un dialogue avec son patient. Le document écrit ne doit être que la transcription de ce qui a été oralement expliqué par le médecin. L'écrit n'implique donc pas la matérialité et la qualité de l'information ; il apparaît comme le support de l'entretien oral.

Il convient en outre de préciser que, parmi les moyens de preuve, le praticien peut avoir recours à des films (information vidéo), à des documentaires, à des brochures sur les méthodes utilisées²¹⁴, à des témoignages, à des commencements de preuve par écrit, aux nombres d'entretien, à la profession du patient, au contenu du dossier médical, aux présomptions, etc.

117. *Primauté de l'écrit.* Toutefois, il reste certain que ces moyens ne manqueront pas de susciter beaucoup de suspicions quant à l'authenticité des informations qu'ils véhiculent. Ainsi, l'écrit reste le moyen de preuve le plus efficace²¹⁵.



CONCLUSION DU TITRE I

118. En conclusion, le cheminement de l'obligation d'information, bien qu'il soit, au niveau de la forme, commun à toutes les branches de la médecine, présente une spécificité particulière quant au fond en matière de chirurgie esthétique. Cette particularité accompagne l'obligation d'information tout au long de son chemin, lui conférant une lourde rigueur. Ainsi, la particularité commence avec la révélation de l'information exigeant du chirurgien esthétique la modalité écrite pour la transmettre ; cette particularité continue en imposant que l'information soit fournie par la partie révélatrice (le plasticien) à la partie réceptrice (le patient), la rendant strictement personnalisée ; la particularité se poursuit avec le contenu de l'information lui donnant une étendue élargie, faisant de l'information une obligation exhaustive, mais aussi subtile ; et la particularité ne s'arrête qu'à la fin du cheminement de l'information, la qualifiant d'une intensité remarquable, soit au niveau de la nature juridique de l'information, ou bien de ses caractères, ou même au niveau de sa preuve. La particularité transformant l'obligation d'information en un devoir lourd pesant sur le chirurgien esthétique, trouve sa justification dans la spécificité de l'intervention

²¹⁴ CA Paris, 20 juin 1997, JurisData n°022069.

²¹⁵ V. *supra* n°108.

chirurgicale esthétique qui est quasiment différente de toutes les autres branches de la médecine. En effet, subir une opération à visée esthétique ne signifie pas que la personne a un problème de santé. Tout au contraire, la chirurgie esthétique n'est motivée que par une finalité d'embellissement. Elle est de même susceptible de causer des effets qui affectent toute la personnalité de la personne puisqu'elle aboutit à un changement de son image et entraîne donc des répercussions psychiques.

Une série d'arguments a toujours suscité l'attention de la jurisprudence française dont l'analyse nous a poussé à conclure son but permanent, à savoir d'adapter des mécanismes, des procédures, des règles d'information à la nature et à la finalité de la chirurgie esthétique et de mesurer par la suite l'information incombant au plasticien à la spécificité de cette branche non curative. Ces mêmes arguments ont poussé la jurisprudence à imposer au chirurgien esthétique l'obligation de suivre une démarche préalable commandée par l'objectif d'évaluer l'utilité et la légitimité de l'intervention, et de mesurer également cette démarche obligationnelle préalable à la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique.

TITRE II

LA DEMARCHE VERS LA DECISION D'OPERER MESUREE A LA SPECIFICITE DE L'INTERVENTION EN CHIRURGIE ESTHETIQUE

119. Présentation. Quoique tout acte chirurgical porte éventuellement une atteinte à l'intégrité corporelle du patient, il est toutefois justifié par l'avantage qu'il apporte en remédiant à l'état du patient. Cependant, et en dépit de la notion d'utilité de l'intervention qui a pour effet, soit d'autoriser la réalisation de cette dernière, soit de l'empêcher en cas d'inutilité, un autre facteur primordial doit être pris en considération par tout chirurgien avant de prendre sa décision d'opérer ; il s'agit du risque que peut causer l'intervention, lequel doit être évalué au regard de l'avantage attendu. C'est ainsi que la démarche du chirurgien esthétique vers la décision finale d'opérer, ou de s'abstenir, est liée à un processus adapté à la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique, lequel se distingue catégoriquement de l'intervention en chirurgie générale. L'intervention en chirurgie générale intervient effectivement sur une personne souffrant d'une maladie déterminée et cherche à guérir cette maladie ; sa nature est donc purement thérapeutique. En revanche, la chirurgie esthétique intervient sur une personne saine et cherche à réaliser une amélioration de la morphologie de celle-ci ; elle est donc dépourvue de tout but médical.

Cette différence, qui donne à l'intervention chirurgicale esthétique un caractère facultatif, révèle, à son tour, la spécificité des obligations imposées au chirurgien esthétique préalablement à la prise de décision d'intervenir, et ce afin qu'il puisse apprécier l'utilité et la légitimité de l'intervention (**chapitre I**).

La démarche vers la décision finale du chirurgien esthétique exige de ce dernier un processus premier de focalisation des divers éléments pouvant affecter directement l'intervention par voie d'établissement de deux sortes de bilans et par voie de recours à des méthodes spécifiques de focalisation (**chapitre II**).

Le processus de focalisation sera suivi d'un processus second d'appréciation, en vue duquel une opération d'évaluation des éléments inclus dans les deux bilans dressés sera faite pour aboutir soit à dégager l'utilité ou l'inutilité de l'intervention, soit à montrer la légitimité ou l'illégitimité de celle-ci sur base de la notion de disproportion (**chapitre III**).

Un dernier processus constitue enfin le résultat de l'opération d'appréciation faite ; il exige du chirurgien esthétique de procéder à une phase préliminaire avant de se comporter conformément à l'appréciation faite, à savoir soit d'intervenir, soit de s'abstenir (**chapitre IV**).

CHAPITRE I

LA DEMARCHE PREALABLE A L'INTERVENTION : REGLES APPLIQUEES PAR LA JURISPRUDENCE ET APPROCHE PERSONNELLE

120. Les règles appliquées par la jurisprudence en ce qui concerne l'appréciation de la légitimité de l'intervention chirurgicale esthétique qui seront abordées en premier lieu (**section I**), nécessitent par la suite une appréciation critique (**section II**), pour présenter finalement des propositions personnelles prenant en compte la spécificité de l'acte chirurgical esthétique (**section III**).

SECTION I POSITION DE LA JURISPRUDENCE

121. Proportionnalité. Dans toutes les décisions tranchant dans des affaires médicales pour illégitimité de l'intervention esthétique, la jurisprudence française lie la légitimité de l'opération à la notion de proportionnalité appliquée en chirurgie générale. Suivant cette règle de proportionnalité, et suivant l'exemple du chirurgien général, la jurisprudence exige du chirurgien esthétique de dresser un bilan des avantages de l'opération par rapport à ses risques ; par application de la règle de proportionnalité, elle exige alors qu'un certain équilibre existe entre ces deux éléments. Ainsi, tout déséquilibre entre les risques et les avantages escomptés entraîne systématiquement l'illégitimité de l'opération²¹⁶. La proportionnalité constitue alors la seule mesure de la légitimité de l'intervention à visée esthétique. Par conséquent, les juges qui tranchent dans les affaires médicales procèdent à une transcription de la notion de proportionnalité appliquée proprement aux interventions de nature curative à celles en chirurgie esthétique en exigeant qu'une proportionnalité soit assurée entre les avantages de l'opération esthétique et ses risques, comme en témoignent plusieurs arrêts rendus

²¹⁶ CASTELLETTA Angelo, *Responsabilité médicale*, Dalloz, 2002, n°32.94.

par les tribunaux français ainsi que les notes et les commentaires apportés à ces arrêts par les juristes et les avis doctrinaux²¹⁷. De plus, selon cette position jurisprudentielle, la disproportion implique automatiquement l'illégitimité et exige du plasticien de refuser l'intervention²¹⁸. La mutation est également appliquée au niveau des notions constitutives à la règle de proportionnalité, notamment à celle relative au risque qui est un point élémentaire dans la balance des avantages et des risques.

122. Confusion. L'application de notions précitées, tant au niveau jurisprudentiel qu'au niveau doctrinal, se fait de façon vague et confuse. C'est ainsi que les auteurs utilisent indistinctement des termes devant être d'une portée différente ; on mentionne surtout les notions d'aléa thérapeutique, d'accident médical, de risque médical, de risque thérapeutique... La doctrine et la jurisprudence utilisent ces termes vaguement loin de l'interprétation technique appropriée devant être donnée à chacun d'eux. En effet, l'aléa thérapeutique concerne les réactions soudaines et inattendues du patient durant l'opération chirurgicale ; l'accident médical concerne quant à lui une faute commise de la part de praticien et qui aboutit à un dommage subi par le patient ; le risque médical est le dommage qui pourrait survenir suite à l'opération ; quant au risque thérapeutique, il résulte d'un choix d'une thérapeutique ou d'un traitement mal réalisé par le praticien. La confusion existante dans la jurisprudence exige donc qu'une appréciation critique y soit apportée.

SECTION II APPRECIATION CRITIQUE

123. Raisonement par analogie injustifié. La jurisprudence française applique les notions spécifiques aux interventions de chirurgie générale à celles de la chirurgie esthétique pour trancher de la légitimité ou de l'illégitimité de l'intervention. Or, la différence entre les deux types d'interventions chirurgicales entraîne une confusion et

²¹⁷ V. annexe n°9. V. : CA Paris, 13 janv. 1959, cité *supra* n°46 ; CA Paris, 5 juin 1962, cité *supra* n°92 ; CA Lyon, 8 janv. 1981, cité *supra* n°27 ; CA Aix-en-Provence, 16 avr. 1981, cité *supra* n°37 ; Cass. civ. 1, 20 oct. 1982, arrêt précité ; Cass. civ., 29 mai 1984, cité *supra* n°50 ; CA Versailles, 21 févr. 1991, cité *supra* n°38 ; CA Paris, 16 juin 1995, cité *supra* n°92 ; CA Paris, 14 sept. 1990, D. 1991, somm. 359, note PENNEAU ; CA Versailles, 17 janv. 1991, cité *supra* n°36 ; Cass. civ. 1, 7 oct. 1992, n°90-21141, D. 1993-589, note DORSNER-DOLIVET.

²¹⁸ V. annexe n°10. V : CA 13 janv. 1959, cité *supra* n°46 ; CA Paris, 5 juin 1962, cité *supra* n°92 ; CA Paris, 24 nov. 2006, RG n° 298.

une application des règles ambiguës qui méconnaissent la spécificité d'un domaine chirurgical qui ne peut jamais être traité selon une conception identique de la chirurgie générale. Cette différence se révèle au niveau de la nature et de la finalité de chacune d'elles, la chirurgie générale étant de nature curative et ayant une finalité d'apporter la guérison d'une maladie déterminée, alors que la chirurgie esthétique est de nature non curative ayant une finalité d'amélioration de la morphologie. Ainsi, la position adoptée par la jurisprudence française est fortement étrange, voire sérieusement critiquable : D'une part, elle a appliqué des notions inadaptées à la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique. D'autre part, elle n'a pas précisé les critères relatifs à la notion de proportionnalité de façon claire ce qui a entraîné une fluctuation et une perturbation qui se révèlent nettement dans les décisions rendues, et ce comme en témoignent les expressions assez générales et vagues des arrêts précités²¹⁹.

La confusion paraît également dans la formulation des décisions, se caractérisant par une sorte de pléonasme puisqu'elles utilisent des expressions quasiment identiques, telle que : « *un risque sans proportion avec les avantages escomptés* ». Cette confusion résulte donc de son approche de la problématique qui a été posée du côté de la règle de proportionnalité appliquée en chirurgie générale. En effet, en chirurgie générale, le praticien vise la sauvegarde de la vie d'un patient qui souffre d'une maladie déterminée ; il est donc appelé à guérir un état malade. La nature de cette intervention est ainsi purement thérapeutique et son objet est alors un homme malade cherchant un remède à son état sanitaire. C'est dans le cadre d'une nécessité thérapeutique que le chirurgien intervient, il est ainsi *obligé* d'utiliser toutes les règles d'art pour essayer de guérir l'état malade du patient, l'atteinte à l'intégrité corporelle du patient est justifiée même si des risques se présentent parfois. Le chirurgien est donc tenu de dresser un bilan de proportionnalité en vertu duquel il fait un équilibre²²⁰ entre la nécessité thérapeutique de l'intervention chirurgicale et les risques que cette dernière pourrait provoquer.

124. Spécificité de la chirurgie esthétique. Une telle analyse ne peut en aucun cas être conçue en chirurgie esthétique, qui est un domaine catégoriquement éloigné de

²¹⁹ V. *supra* n°115.

²²⁰ Notons que cet équilibre n'est pas toujours d'ordre numérique ; il peut parfois être d'ordre « médico-vital », puisque l'état du patient et la nature de sa maladie rendent parfois l'intervention chirurgicale impérative en dépit des risques qui peuvent survenir.

l'urgence vitale. En effet, la chirurgie esthétique intervient sur un corps sain dans le seul désir de réaliser un changement physique. L'objet de l'intervention en chirurgie esthétique est donc un homme jouissant d'une bonne santé, qui ne présente pas le caractère d'urgence ou de nécessité vitale. C'est un désir de perfectionnement qui est donc à l'origine de l'intervention en chirurgie esthétique. Ainsi, l'acte chirurgical esthétique doit répondre aux résultats attendus par le patient pour être justifié, puisqu'il n'est pas permis de l'exposer aux risques d'un acte chirurgical esthétique dont le résultat serait par exemple incertain. Cette analyse est à la base de la notion d'utilité liée à l'intervention en chirurgie esthétique qui exige du plasticien de s'abstenir chaque fois que le résultat de l'opération ne paraît pas à la hauteur des attentes du patient.

Sur un autre plan, la jurisprudence considère que la notion de proportionnalité est la mesure de la légitimité de l'intervention chirurgicale esthétique, en ce sens qu'un déséquilibre quelconque exige du chirurgien esthétique de refuser catégoriquement d'intervenir, comme le précisent les décisions retenues par les arrêts précités dans le paragraphe précédent, telles que par exemple : « *le praticien devant faire preuve de prudence et de diligence en s'abstenant de faire courir à son client un risque disproportionné avec les avantages escomptés* ». Or, cette règle est inadaptée à l'intervention chirurgicale esthétique puisque le critère de disproportion ne déclenche pas automatiquement une illégitimité ; il est en fait la mesure de l'illégitimité mais aussi de la légitimité de l'opération. En outre, la proportionnalité implique automatiquement que l'opération est légitime. Pourtant, la règle de disproportion déclenche, selon l'appréciation apportée aux cas de l'espèce, soit la légitimité soit l'illégitimité de celle-ci.

La confusion jurisprudentielle apparaît également au niveau des notions constitutives du bilan dressé par le chirurgien, particulièrement concernant la notion de risque. Cette dernière notion est vaguement emportée à la chirurgie esthétique, sans préciser sa conception, son objet, voire sa teneur précise qui ne peut jamais être la même qu'en chirurgie générale. La jurisprudence n'a pas en outre précisé la nature de l'attribut se rattachant à ladite notion. L'étude critique de la position jurisprudentielle exige qu'une approche adaptée à la nature et à la finalité de l'intervention en chirurgie esthétique soit établie.

SECTION III PROPOSITIONS PERSONNELLES

125. La notion de « disproportionnalité ». La mesure de la légitimité ou de l'illégitimité de l'intervention en chirurgie esthétique, et contrairement aux règles posées par la jurisprudence française, est en fait liée à une notion de *disproportion*, non de proportionnalité. En effet, la proportionnalité entre les avantages de l'intervention et ses inconvénients suggère évidemment la légitimité de l'intervention. C'est donc la notion de disproportion qui tranche de la légitimité et de l'illégitimité de l'opération et qui constitue ainsi la problématique qui devrait être posée par la jurisprudence française. Dans cette perspective, l'illégitimité ou la légitimité résulte de l'existence d'une certaine disproportion ; la proportion quant à elle ne pose pas de problème puisque l'intervention est toujours autorisée dans ce cas.

Sur un autre plan, la jurisprudence française devrait également déterminer ponctuellement les éléments constitutifs, ainsi que le régime spécifique, de cette notion car la chirurgie esthétique est soumise à une règle complètement distincte de celle de la chirurgie générale, ce qui nécessite alors une appréciation appropriée pour chacune de ces branches. Ainsi, la notion de risque qui a également été prise de la chirurgie générale pour être appliqué en chirurgie esthétique est vaguement adoptée par la jurisprudence qui devrait déterminer son attribut adapté à l'acte chirurgical esthétique. Une analyse faite concernant les difficultés pouvant accompagner l'opération à visée esthétique, et donc créer une disproportion, nous montre que ces dernières concernent en fait les dommages qui pourraient être causés au patient à l'occasion de ladite opération d'une part, et le risque de l'échec de l'intervention d'autre part. L'attribut adapté à la notion de risque est, par conséquent, d'un côté le dommage pouvant survenir, et d'un autre côté l'échec probable de l'opération. La notion de risque trouve alors par cet attribut une base solide appropriée à la nature de l'intervention en chirurgie esthétique et déclenchant également la spécificité de cette dernière.

Cette base est donc essentiellement liée à une double origine : la première provient de la notion d'utilité de l'intervention ; il s'agit alors du risque d'échec de l'opération qui la rend injustifiée et, par la suite, exige une abstention de la part du plasticien. La seconde provient de la notion de disproportion ; il s'agit ici du risque de survenance d'un dommage. Cette dernière pourrait aboutir en raison de disproportion

soit à légitimer l'intervention, et par la suite autoriser le plasticien à la réaliser, soit à la considérer comme illégitime exigeant ainsi du plasticien une abstention²²¹.

126. *Abandon de la notion du risque.* Suite à ces données, le raisonnement opéré par la jurisprudence française qui a inventé des notions vagues et qui ne sont pas adaptées à la spécificité qui caractérise l'intervention en chirurgie esthétique, a entraîné une confusion manifeste. Pourtant la jurisprudence française pourrait se fonder sur des notions qui sont déjà enracinées tant au niveau jurisprudentiel que législatif, telle la notion de dommage qui s'avère adaptée à l'intervention chirurgicale esthétique dans ce contexte. Ainsi, il serait donc plus convenable d'abandonner la notion vague de « *risque* » et de raisonner sur d'autres notions plus précises, et qui sont admises communément.

En conclusion, notre approche personnelle sera donc fondée sur la problématique posée concernant la règle de disproportion, mais elle concerne également une analyse différente des bilans que le chirurgien esthétique est tenu de dresser dans le but de faire une appréciation de l'utilité de l'intervention d'une part, et de sa légitimité d'autre part. Cette approche concerne en fait la détermination de l'attribut devant être donné à la notion de risque, ce dernier étant basé d'un côté sur une probabilité d'échec de l'intervention, il s'agit du risque d'échec, et d'un autre côté sur une probabilité de survenance d'un dommage, il s'agit du risque de dommage. Ces deux notions vont donc constituer la base de notre raisonnement.

Le premier processus préalable dans ce raisonnement concerne tout d'abord la détermination des bilans que le chirurgien esthétique est tenu de dresser et leurs éléments constitutifs, mais aussi les méthodes suivies par ce dernier pour faire son appréciation en se basant sur lesdits bilans. Il s'agit du processus de focalisation.

²²¹ Ces deux notions de risques d'échec et de dommage seront développées dans les paragraphes qui suivent. V. *infra* n°125 et s.

CHAPITRE II

LE PROCESSUS DE FOCALISATION

127. *Présentation.* Une démarche prudente doit être suivie par le chirurgien esthétique avant de prendre sa décision de réaliser l'intervention à visée esthétique, démarche qui se distingue de celle effectuée par le chirurgien général. Ce dernier apprécie l'exigence de l'opération sur la base d'un bilan permettant d'évaluer la proportionnalité entre la nécessité thérapeutique commandant l'intervention et les risques se rattachant à celle-ci. Le chirurgien esthétique, quant à lui, est appelé à établir deux sortes de bilans en vue d'apprécier non seulement l'utilité de l'opération, mais aussi sa légitimité.

Le premier bilan est un rapport établi entre la probabilité du succès de l'opération et le risque de son échec. Quant au second, il consiste en un rapport entre les avantages de l'opération et les dommages pouvant survenir. Ainsi, le chirurgien esthétique est tenu de suivre un processus de focalisation des éléments constitutifs des deux bilans susmentionnés (**section I**). Dans ce but, il doit utiliser des méthodes qui permettent cette focalisation et qui précèdent la phase d'appréciation et de décision (**section II**).

SECTION I FOCALISATION DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DES BILANS

128. *Etablissement de deux bilans.* La focalisation exige du chirurgien esthétique de déterminer les éléments constitutifs de chacun des bilans, en vue de localiser ces derniers et de dresser les deux bilans susmentionnés. Ainsi, il est tenu de délimiter d'un côté les éléments menaçant l'intervention d'un risque d'échec et ceux favorisant les probabilités de son succès et, d'un autre côté les avantages que l'opération pourrait apporter et les risques de dommages qui pourraient en résulter. La phase de focalisation comporte donc l'établissement d'une balance relative au bilan de succès par rapport au

risque d'échec (§1), et à celui des avantages par rapport aux risques de survenance de dommages (§2).

§1. Bilan de succès par rapport au risque d'échec

129. Importance. Commandée par la nature et la finalité de l'intervention à visée esthétique, cette démarche demeure une première étape primordiale dans le processus de focalisation. Elle pourrait empêcher la réalisation de l'intervention même si celle-ci ne porte aucun risque de survenance de dommages. Ainsi, contrairement à l'intervention en chirurgie générale qui pourrait être réalisée même en présence d'une probabilité d'échec si l'état de santé du patient le commande, l'intervention à visée esthétique n'est commandée par aucune urgence vitale ou curative. D'où l'importance d'établir ce premier bilan qui trouve son indicateur dans la notion d'utilité de l'intervention chirurgicale esthétique. La nécessité de cette étape paraît essentielle dans la plupart des cas. On peut donner l'exemple du risque esthétique qui provient d'un nombre d'indices, telle la petitesse de l'anomalie qui rend les chances d'atteindre le résultat attendu par le patient bien minimes. Un autre exemple peut être est celui de la fragilité de la zone disgracieuse qui peut aboutir à des effets indésirables, ou bien à des conséquences négatives suite à l'intervention, et augmenter ainsi la probabilité du risque d'échec de cette dernière.

130. Contenu. La raison essentielle qui justifie une intervention à visée esthétique portant atteinte à l'intégrité corporelle d'un homme sain, est la réalisation de la finalité de ladite intervention qui est l'amélioration de l'image physique. Ainsi, le chirurgien esthétique est tenu d'apporter un résultat qui soit à la hauteur des attentes du patient, et ce puisqu'en l'absence d'une nécessité thérapeutique et d'un état d'urgence vitale menaçant la santé ou la vie du patient, aucune raison ne peut autoriser une intervention à visée esthétique lorsqu'elle n'est pas susceptible d'aboutir au changement esthétique souhaité par le patient. On peut donc concevoir l'indicateur d'une telle démarche dans la notion de l'utilité liée à l'intervention à visée esthétique. Ainsi, le chirurgien esthétique doit dresser un bilan comportant d'un côté les éléments favorisant le succès de l'opération et, d'un autre côté ceux qui comportent des risques d'échec de celle-ci. Il doit procéder, par la suite, à faire une balance entre le degré d'échec de cette intervention et le pourcentage prévu de son succès. Cette opération de focalisation dépend de plusieurs indices, tels l'état physique du patient et sa fragilité physique ou

psychique, la nature de la disgrâce ou de la zone à traiter esthétiquement, les antécédents esthétiques et maladifs du patient, les examens médicaux exigés, etc.

En conséquence, et indépendamment de tout risque de survenance d'un dommage quelconque, si le chirurgien esthétique estime que l'intervention comporte une probabilité élevée d'échec, celle-ci s'avèrera donc injustifiée. Le bilan de succès de l'opération par rapport au risque d'échec est alors strictement adapté à la spécificité de la nature de l'intervention en chirurgie esthétique, et à sa finalité.

Outre ce premier bilan, le chirurgien esthétique est tenu de dresser un second bilan relatif aux avantages de l'intervention par rapports aux risques de dommages que celle-ci pourrait engendrait.

§2. *Bilan des avantages par rapport au risque de dommages*

131. Il convient de noter de prime abord que la nature de ce bilan est totalement distincte du bilan dressé par le chirurgien général puisqu'il est adapté à la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique. Ainsi est-il nécessaire de le déterminer en premier lieu (**A**), avant de procéder à une classification de ses éléments constitutifs devant être pris en considération par le chirurgien esthétique (**B**).

A. Détermination

132. *Balance des avantages et des dommages.* Si le résultat de la première balance se pose en faveur du succès de l'intervention, le chirurgien esthétique doit passer à la seconde phase du processus de focalisation en dressant le bilan des avantages de l'opération par rapport aux dommages pouvant en résulter. Ainsi, et différemment de la délimitation requise par la jurisprudence française, il convient de raisonner suivant la notion de « *dommage* ». Celui-ci pourrait résulter de l'opération et affecter directement la notion de disproportion qui est la ligne tranchante entre la légitimité et l'illégitimité de l'intervention. En raison de la confusion au sein de la jurisprudence française, tant au niveau de la règle de proportionnalité qu'au niveau de la notion de risque, et même de la répartition, la dénomination et le contenu des risques, nous allons admettre une classification différente en raisonnant sur la notion de « *dommage* » communément admise et clairement délimitée.

Il est remarquable que l'analyse comparative réalisée dans le cadre de la chirurgie esthétique est complètement différente de celle effectuée en chirurgie générale. En effet, cette dernière est commandée par une urgence provenant de l'état malade du patient qui exige parfois une intervention chirurgicale nécessaire à sa survie en dépit des risques que pourrait entraîner l'opération. Une telle analyse ne peut pas être suivie en chirurgie esthétique qui est une opération de confort tant physique que psychique ; c'est ainsi que l'atteinte à une personne saine pour une finalité d'amélioration morphologique exige plus de prudence. Par la suite, il convient de préciser ponctuellement les risques de dommages que le patient pourrait subir en raison de l'opération à visée esthétique. C'est dans ce cadre donc que le chirurgien esthétique doit dresser son second bilan. La balance des avantages et des dommages va créer une certaine disproportion aboutissant soit à favoriser la réalisation de l'intervention en cas de légitimité, soit à empêcher sa réalisation en cas d'illégitimité.

133. Avantages. Les avantages de l'opération concernent le gain, ou le profit, qui pourrait résulter de l'acte de chirurgie esthétique ; il s'agit donc ici de la possibilité d'atteindre le résultat attendu à moindre coût, sont également concernées les conditions qui rendent le résultat possible. On peut donc qualifier les avantages de l'opération par les chances, les probabilités, de parvenir au résultat escompté²²². Ces avantages qui favorisent l'intervention doivent en outre être comparés avec les risques de dommages que cette dernière pourrait causer au patient, étant donné que tout acte chirurgical comporte la possibilité de produire des dommages du fait de son caractère chirurgical et de sa survenance sur une personne humaine.

134. Dommages. Les dommages concernent les inconvénients et les difficultés liés à l'acte chirurgical, qu'il soit esthétique ou non ; ce sont en fait les méfaits que l'opération pourrait causer au patient, et dont la survenance porte une probabilité. Ainsi, s'il est vrai que l'on peut affirmer que toute opération chirurgicale est accompagnée de risques de dommages, cette affirmation est toutefois beaucoup plus accentuée en matière de chirurgie esthétique. C'est dans ce sens que l'on ne peut pas concevoir une intervention à visée esthétique dépourvue d'un risque de dommages, d'autant que son

²²² V. *infra* n°160.

objet est un patient qui abandonne son corps sain aux mains du chirurgien esthétique dans le seul désir de réaliser une amélioration physique.

B. Catégorisation des risques de dommages

135. *Transposition d'une classification propre à la responsabilité civile.* Par application des règles générales régissant la responsabilité civile, les dommages sont classés en trois catégories. Tout d'abord, le *dommage certain* qui concerne le cas où une véritable lésion est subie par la victime entraînant une perte ou une dégradation par rapport à son état antérieur, le préjudice pouvant être actuel ou futur (dans ce dernier cas, il est certain puisque sa réalisation est inévitable). Ensuite, le *dommage incertain* qui est celui dont l'existence ne peut pas être établie avec suffisamment de certitude ; il dépend ainsi d'un événement futur et incertain. Enfin, le *dommage éventuel* qui est celui dont la réalisation est hypothétique mais elle comporte une probabilité de survenance.

Ces données à portée générale et stablement reconnues peuvent être admises comme base de raisonnement pour la détermination des catégories des dommages qu'une opération esthétique pourrait encourir. Notons dans ce contexte que la catégorisation des dommages dans le régime de responsabilité civile est faite dans le but de décider si la victime a droit à une réparation du dommage ; en effet, lorsqu'un dommage subi par une victime se qualifie de certain, d'éventuel, ou d'incertain, la nature du dommage survenu affecte directement le régime de réparation en déterminant si ce dernier est réparable ou non²²³.

Par ailleurs, la transposition de cette classification à la chirurgie esthétique est effectuée dans le but de focaliser les dommages d'une façon adaptée à la nature cette intervention. Les dommages qui peuvent résulter de l'intervention à visée esthétique sont donc répartis suivant les règles générales appliquées dans le cadre de la responsabilité civile. Nous distinguerons trois grandes catégories : les dommages certains (1°), les dommages éventuels (2°) et les dommages incertains (3°).

²²³ Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 1er mars 2017 le précise dans les articles 1235 et 1236. Le premier dispose qu'« est réparable tout préjudice *certain* (...) ». Le second précise que « le préjudice futur n'est réparable que « lorsqu'il est la prolongation certaine d'un état de choses actuel ».

1° **Dommege certain**

136. *Deux catégories.* Suite aux données scientifiques et aux règles de l'art de la profession médicale, toute opération chirurgicale est susceptible de causer des dommages au patient. Ces dommages peuvent résulter soit normalement de ladite opération, et par ce fait leur survenance serait certaine, soit d'un choix opéré par le chirurgien esthétique. C'est selon un critère de fréquence qu'il faut alors raisonner puisque les dommages qui se produisent fréquemment et sur un grand nombre de patients revêtent le caractère certain. Ainsi, la catégorie des dommages certains remplacent celle des « *risques prévisibles et normaux* » appliquée par la jurisprudence. Par ailleurs, d'une part les dommages certains sont des dommages courants qui se rattachent normalement, et même scientifiquement, à l'opération chirurgicale ; ils se divisent en dommages temporaires et dommages permanents (**a**). D'autre part, la certitude de la survenance de dommages peut se rattacher à l'effet minime et à la nature grave de ceux-ci ; ils se divisent ainsi en dommages minimales et dommages graves (**b**).

a) Dommeege temporaire et dommege permanent

137. En dépit de la certitude de leur survenance qui est le point commun qui les lie, ces deux types de dommages comportent en revanche certains points de divergence.

138. *Dommeege temporaire.* Le dommage temporaire est celui qui se produit inévitablement à la suite d'une opération chirurgicale esthétique. Il est alors un dommage fréquent, inévitable et temporaire. Pourtant son caractère certain ne se contredit pas avec la légitimité de l'intervention à visée esthétique, puisqu'il est lié normalement à l'opération et que sa survenance n'est que temporaire. Sa durée varie en fonction de la nature de l'intervention, de la localisation de celle-ci et du patient. On peut donner l'exemple du dommage qui se produit suite à une opération chirurgicale esthétique d'ajustement du nez sous la forme d'une tumeur et parfois d'une défiguration qui infecte le nez et la zone qui l'entoure ; cela ne dure que pour une période précise de quelques mois. Un autre exemple, plus fréquent, est celui du dommage résultant de toute opération chirurgicale exigeant une anesthésie générale ; celle-ci cause souvent une constipation chez le patient qui ne dure que pour quelques jours.

139. *Dommmage permanent.* Le dommage permanent se rapproche du dommage temporaire par la certitude de sa survenance ainsi que par son rattachement normal à l'opération chirurgicale à visée esthétique, puisqu'il se produit comme une conséquence certaine de l'acte chirurgical réalisé. En revanche, il se distingue du dommage temporaire par son caractère propre puisqu'il ne sera pas subi par le patient de façon provisoire. Au contraire, l'influence de ce dommage va persister, d'où la nécessité de le focaliser préalablement à la réalisation de l'intervention puisque sa survenance implique que la balance de disproportion peut pencher vers l'illégitimité de l'intervention. On peut donner l'exemple de l'opération d'ajustement du nez réalisée sur un patient souffrant d'asthme porte le risque d'un dommage certain et permanent puisque l'opération esthétique aboutira à une difficulté respiratoire chez le patient.

Outre la certitude du risque de survenance d'un dommage liée au caractère temporaire ou permanent de ce dernier, une seconde catégorie de dommages se caractérise également par la certitude de survenance ; elle est quant à elle liée à la gravité ou à l'infinité du dommage.

b) Dommages minime et dommages grave

140. *Dangerosité variant selon la qualification du dommage.* Le degré de gravité du dommage déclenche ici la certitude de sa survenance. Ainsi est-il important de procéder à une focalisation précise de ces types de dommages en raison de leur effet direct sur l'opération, de par l'appréciation faite par le recours à la règle de disproportion. En effet, cet effet varie si le dommage est qualifié de dommage grave qui entraîne alors l'illégitimité de l'intervention, ou bien s'il est qualifié de minime autorisant la réalisation de l'opération considérée comme légitime.

141. *Dommages bénins ou minimes.* L'opération chirurgicale qui porte une atteinte à l'intégrité corporelle du patient ne peut pas être dénuée de difficultés, voire d'une sorte d'inconfort. C'est donc le degré des difficultés qui précise la dangerosité à laquelle le patient pourrait être exposé. Ainsi, l'opération chirurgicale qui comporte des risques de dommages à effets minimes ou bénins, voire totalement infimes et superficiels ne sera pas qualifiée de grave. Le degré de gravité des dommages dans ce cas rend les moyens pouvant y remédier possibles et médicalement réalisables. Le degré de gravité du dommage provient essentiellement d'un choix thérapeutique réalisé par le chirurgien ; il se rattache donc aux connaissances scientifiques de ce dernier et à sa capacité d'adapter

les meilleurs choix à l'état précis du patient, mais également à l'intervention concernée, qu'elle soit à visée esthétique ou curative. Ce dommage se situe donc sur un plan différent des dommages temporaires et permanents, puisque le critère de ces derniers provient de leur rattachement normal à l'opération chirurgicale du point de vue scientifique. On peut donner l'exemple du recours à une méthode, même nouvelle, lorsque cette dernière est plus adaptée à l'état du patient. Le dommage qu'elle produit du fait qu'elle soit nouvelle est en fait bénin, d'autant plus que son remède est médicalement assuré.

142. Dommages graves. C'est le degré de la dangerosité de cette catégorie de dommages qui déclenche leur certitude et leur effet néfaste sur le patient. En effet, totalement prévisibles, ils trouvent leur origine dans les choix opérés par le chirurgien. En d'autres termes ils sont étroitement liés aux connaissances scientifiques du praticien, mais également au degré de son respect des règles de l'art de la profession médicale. La gravité de ces dommages ne constitue pas la conséquence normale d'une intervention donnée, elle ne se rattache pas non plus à l'état précis du patient. Elle est le produit d'un choix mal opéré par le chirurgien et qui pourrait aboutir à des conséquences dangereuses sur l'état du patient. Ces dernières auraient pu être prévenues si un meilleur choix thérapeutique avait été fait.

Ainsi, et à la différence du dommage individuel, à savoir l'aléa thérapeutique que nous allons déterminer ultérieurement, ces dommages à nature grave proviennent d'une faute ou d'une négligence de la part du chirurgien. Le dommage grave est susceptible de menacer la vie du patient en se transformant dans ce cas en un dommage « *mortel* ». Par ailleurs, la notion de « *choix* » qui est à la base de la gravité de ces dommages s'étend en fait sur plusieurs champs : Elle résulte essentiellement d'une opération, ou d'une thérapeutique, comportant en soi une gravité manifeste ; l'opération dangereuse constitue donc la première forme de dommages graves. Elle provient également d'un choix non raisonné des méthodes et des moyens qui ne sont adaptés ni à l'état du patient, ni à la gravité de l'intervention chirurgicale²²⁴.

La gravité peut résulter en outre de la non-conformité des traitements et des investigations avec les règles exigées dans la profession médicale et de sa mission visant la sauvegarde de la vie du patient. Le caractère grave des dommages trouve

²²⁴ CA Versailles, 16 mars 2004, RG n° 2003-01446.

également son origine dans les interventions qui pourront porter une aggravation de l'état initial du patient²²⁵.

La distinction bipartite des dommages graves comporte donc une mesure d'adaptation des traitements, des investigations, des méthodes choisis avec la délicatesse de l'état de la personne visée par l'intervention chirurgicale esthétique. La nature grave des dommages est alors commune aux interventions en chirurgie générale et en chirurgie esthétique ; pourtant une prudence redoublée est imposée au chirurgien esthétique compte tenu de la nature et de la finalité d'amélioration du physique de cette dernière. En d'autres termes, si l'état maladif du patient exige en chirurgie générale la nécessité de faire une opération grave, cette démarche n'est en aucun cas conçue en chirurgie esthétique puisque l'intention de celle-ci n'est pas commandée par une nécessité thérapeutique, elle est réalisée uniquement pour un but de confort physique et psychique.

2° Dommage éventuel

143. *Probabilité de survenance.* Le dommage éventuel se caractérise par une probabilité de survenance qui se produit, soit normalement, soit rarement. C'est le degré de probabilité ainsi que la nature normale ou exceptionnelle de survenance qui distingue ces deux catégories de dommages éventuels. Ainsi, contrairement au dommage certain qui se produit inévitablement, le dommage éventuel ne comporte qu'une probabilité de survenance.

144. *Dommage éventuel normal.* Le dommage éventuel normal se caractérise par son caractère probable et il varie normalement selon la nature de l'opération. Cependant, conformément aux données scientifiques et médicales définies pour une intervention donnée, et aux règles de l'art de la profession médicale, ce dommage est d'une portée

²²⁵ Deux exemples peuvent être donnés :

- Le fait d'utiliser le corps du patient comme un champ d'expérimentation scientifique ; outre la responsabilité que le chirurgien pourrait encourir, cet acte est susceptible d'exposer le patient à un degré extrêmement élevé de gravité.
- Le dommage iatrogène qui est défini par le Haut Comité de la santé publique comme étant « les conséquences indésirables ou négatives sur l'état de santé individuel ou collectif de tout acte ou mesure pratiqués ou prescrits par un professionnel habilité et qui vise à préserver, améliorer ou rétablir la santé », est donc une altération anormale de la santé liée au processus de soins, et provoqué par le médecin du fait du traitement qui a été délivré au patient, en général une prescription médicale.

fréquente. Il est donc nécessaire de le focaliser de façon très précise pour déterminer le degré de son éventualité puisque, plus la probabilité de sa survenance est grande, plus la règle de disproportion penche vers l'illégitimité de l'intervention. On peut donner l'exemple du risque d'un dommage psychologique provenant de la fragilité psychologique du patient ; ce type de dommages consiste en une probabilité de produire une perturbation de l'équilibre interne de la personne concernée, particulièrement si celle-ci est en état d'obsession malade. Un autre exemple est celui des dommages résultant des infections nosocomiales contractées dans un établissement de santé et qui sont de deux types : les infections endogènes qui sont relatives à l'hypothèse où le malade se contamine par ses propres germes. Interviennent alors la situation médicale du patient, c'est à dire son âge et sa pathologie, ses traitements, la qualité des soins, la présence de germes pathogènes pour certains patients fragilisés. Elles concernent le cas par exemple du patient qui, à l'entrée à l'hôpital, était porteur d'un microorganisme potentiellement pathogène (saprophyte ou commensale, avec une pathogénicité variée) et, pendant son séjour, il acquière une infection nosocomiale en contaminant un tissu ou un organe particulier (plaie opératoire, site d'insertion d'un cathéter, etc.) par ce germe à partir d'un réservoir le plus souvent digestif, cutané, oropharyngé ou génito-urinaire. Quant aux infections exogènes elles sont soit des infections croisées transmises d'un malade à un autre, soit des infections provoquées par les germes du personnel porteur, soit des infections liées à la contamination de l'environnement hospitalier.

145. *Damage exceptionnel.* A la différence du dommage temporaire ou permanent, le dommage exceptionnel ne se rattache pas normalement à l'intervention chirurgicale. Sa survenance est exceptionnelle du fait que ni l'état thérapeutique du patient, ni les données médicales qui le concernent, ne révèlent une probabilité de sa réalisation. Ainsi est-il de la lésion du nerf facial qui est un risque assez rare se produisant suite à une opération de surdité. Ainsi aussi de la cicatrice chéloïde qui peut entraîner un risque de dommage exceptionnel qui pourrait empêcher la guérison de la lésion résultant de l'opération chirurgicale, puisque qu'au niveau du derme, les tissus cutanés du patient ne peuvent pas fournir la solidité et l'élasticité nécessaires pour la guérison de la blessure, etc.²²⁶.

²²⁶ Ainsi encore d'une personne souffrant de diabète et voulant subir une opération à visée esthétique, la blessure caus e par l'acte chirurgical ne serait pas rétablie et guérie normalement. Ainsi enfin du patient qui subit une opération de lifting des lèvres ce qui pourrait exceptionnellement entraîner une interruption

En d'autres termes, le dommage est considéré exceptionnel lorsque la nature de l'intervention chirurgicale ne le suscite pas habituellement ; il ne se produit donc pas fréquemment, mais à titre occasionnel. Cependant, le chirurgien est capable de prévoir la probabilité de sa réalisation en se référant aux règles de son art et en se basant sur ses connaissances scientifiques, même si cette dernière ne s'avère pas fréquente. En dépit du caractère anormal de ces dommages, et qui contribue à réduire le degré de probabilité de leur survenance, tout praticien est tenu d'informer le patient de ces risques préalablement à l'intervention.

Parallèlement au dommage certain et au dommage éventuel, une troisième catégorie se place sur un plan totalement différent des deux premières ; elle concerne les dommages incertains.

3° Dommage incertain

146. Détermination. Ce type de dommage ne permet pas au chirurgien de les localiser. Ils sont hypothétiques et d'une réalisation incertaine. Ils concernent essentiellement l'aléa thérapeutique. Survenant sur des « *tissus vivants* » dont les réactions ne peuvent jamais être prévisibles, tout acte chirurgical comporte en soi un danger de produire des complications qui sont soudaines, et qui se distinguent de celles qui sont raisonnablement prévisibles du point de vue scientifique.

Ces dommages, nommés individuels se distinguent des dommages dits sériels : En effet, ces derniers concernent les catastrophes sanitaires dues notamment à l'utilisation de tel ou tel produit au cours du traitement médical et qui peut ainsi toucher des milliers de personnes, ou même davantage, tel par exemple la contamination transfusionnelle par le VIH. Quant au dommage individuel, il est celui qui intervient lors d'un acte médical ou chirurgical, entraînant pour un individu des conséquences dramatiques que son état de santé initial ne permettait pas de prévoir ; ce dommage est appelé aléa thérapeutique.

147. L'aléa thérapeutique. A l'exemple du dommage exceptionnel, l'aléa thérapeutique est de survenance rare, raison pour laquelle il est nommé « *individuel* »

du nerf de la bouche qui provoque par la suite une déformation des lèvres en influant sur l'articulation et une incapacité partielle permanente (IPP).

mais, contrairement à celui-ci, il est un dommage incertain qui ne résulte pas normalement d'une intervention chirurgicale précise ; ainsi qu'il ne peut pas être prévu suivant les données scientifiques et les règles de l'art. Il est le fruit d'une vraie « *surprise* » dont les causes sont inexplicables et inconnues. Ce dommage se caractérise par l'absence de toute faute ; il n'est donc pas attesté par un mauvais agissement de la part du chirurgien. C'est ainsi qu'il se distingue de l'zédical qui peut résulter d'une faute ou d'une négligence de la part du praticien. Ainsi, l'aléa thérapeutique se produit à l'occasion d'un acte médical ou chirurgical déterminé, et il est constitué par la survenance d'un événement soudain qui n'est pas la conséquence directe de cet acte et qui ne correspond pas à une évolution normale et certaine, ou probable, de la maladie dont souffre le patient.

Deux éléments caractérisent l'aléa thérapeutique : l'événement soudain puisqu'il ne résulte pas normalement de l'acte chirurgical, il est donc un dommage anormal ; et l'impossibilité de pouvoir prévoir sa survenance par la suite, il est donc un dommage incertain. Ces deux éléments permettent de distinguer l'aléa thérapeutique des dommages certains d'un côté, et des dommages exceptionnels d'un autre côté : En effet, les dommages certains ne se produisent pas soudainement, tout au contraire, ils concernent les conséquences normales et certaines qui peuvent se rattacher à l'acte chirurgical, et ils correspondent à une évolution prévisible de l'état du patient. En revanche, le dommage individuel est imprévu, il est d'une survenance soudaine et inattendue, donc incertaine.

Ces caractéristiques proviennent également de sa nomination, puisque le terme « *aléa* » signifie le « *coup de clé* », il est donc le « *fruit du hasard* » et échappe aux données scientifiques et médicales du chirurgien. Quant au terme « *thérapeutique* » il s'agit de « *la partie de la médecine qui se rapporte à la manière de traiter les maladies* ». Ainsi, l'aléa thérapeutique est « *la part d'incertitude inhérente à toute intervention chirurgicale ou tout acte médical, même le mieux réalisé, du fait de réaction imprévisible du patient ou de circonstances imparables ne mettant pas en cause la technique ou la compétence des soignants* »²²⁷.

Par conséquent, en dépit de sa nature non curative et de sa finalité d'amélioration psychologique, l'intervention en matière de chirurgie esthétique pourrait produire, à

²²⁷ CABUTEAU D., *L'indemnisation du risque thérapeutique*, droit social, 03/03/1992.

l'exemple de celle en chirurgie générale, des complications soudaines, voire des aléas thérapeutiques du fait qu'elle s'opère sur une personne humaine dont les réactions s'avèrent inattendues.

148. Exemples. Deux exemples intéressants sur l'aléa thérapeutique peuvent être donnés : Le premier concerne l'arrêt cardiaque d'une personne subissant une opération chirurgicale esthétique de rhinoplastie du nez alors qu'elle ne souffrait d'aucune maladie cardiaque préalable, constitue un aléa thérapeutique imprévisible résultant d'une réaction soudaine et inattendue du corps du patient. Le second exemple est relatif à une personne subissant un lifting temporal dans le but d'un relèvement de la queue du sourcil des deux côtés. Suite à ladite opération, deux cicatrices disgracieuses de la région fronto-temporales de chaque côté sont apparues et étaient incluses dans le cuir chevelu. Ces cicatrices qui sont imputables nécessairement à l'opération suite aux techniques utilisées dans une telle opération, que ce soit le lifting frontal ou bien le simple lifting, ou bien encore l'injection de toxine botulique, ne doivent normalement pas être disgracieuses. Le caractère disgracieux résulte d'une réaction de la peau imprévisible et par conséquent d'un aléa inhérent à l'opération²²⁸. La phase préliminaire du processus de focalisation est alors relative à l'établissement des deux bilans permettant d'extraire tous les éléments pouvant avoir un certain effet sur l'intervention chirurgicale.

Le processus de focalisation comporte en outre une phase supplémentaire qui permet au chirurgien esthétique d'avoir recours à des méthodes spécifiques de focalisation.

SECTION II METHODES DE FOCALISATION DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DES BILANS

149. Présentation. En vue de délimiter les éléments liés à l'intervention esthétique, soit qu'ils se placent en faveur de celle-ci, soit qu'ils portent un risque d'échec ou de

²²⁸ CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2008, cité *supra* n°38.

dommages inhérents à celle-ci, le chirurgien esthétique est tenu de procéder à une enquête préalable. Cette dernière est réalisée dans le but de bien déterminer lesdits éléments et de les localiser, pour arriver enfin à la phase d'appréciation liée à la règle d'utilité d'une part, et à celle de la disproportion d'autre part. Cette démarche est exigée du plasticien comme un préalable nécessaire pour pouvoir fournir également une information complète à son patient, puisque comment pourra-t-il informer ce dernier des probabilités de succès ou d'échec de l'opération, ou des dommages inhérents à cette dernière, s'il ne procède pas antérieurement à délimiter ces risques et à les localiser par la suite ?

L'enquête préalable de focalisation se réalise concrètement par l'intermédiaire de méthodes de focalisation qu'on peut diviser en deux catégories : la première est d'ordre médical (§1), la seconde est d'ordre personnel et psychologique (§2).

§1. Méthodes d'ordre médical

150. Malgré sa visée non thérapeutique, l'opération de chirurgie esthétique constitue un acte chirurgical qui porte atteinte à l'intégrité physique du patient. Des règles d'ordre médicales doivent alors être respectées et des méthodes à objet médical doivent entrer dans le champ de focalisation des éléments qui affectent sa réalisation. L'effet de ces derniers agit sur la règle de disproportion, ainsi que sur celle de l'utilité, et ils peuvent aboutir parfois à empêcher la réalisation de l'intervention. On peut distinguer parmi les méthodes d'appréciation d'ordre médical, les examens ou les consultations cliniques préopératoires (A), les examens complémentaires ou les indicateurs opératoires nécessaires(B), et les photographies (C).

A. Consultations ou examens cliniques

151. *Dialogue thérapeutique.* Préalablement à l'intervention esthétique, une procédure « *médico-esthétique* » est nécessairement suivie ; il s'agit de la consultation ou de l'examen clinique d'autant qu'aucune urgence n'exige de faire l'opération de façon immédiate. Ainsi, le chirurgien esthétique est tenu de s'entretenir avec le patient et de l'examiner afin de pouvoir apprécier son état et, par la suite, établir un diagnostic sur les probabilités du succès ou d'échec de l'opération, ainsi que sur la nature des dommages qu'elle pourrait engendrer. La consultation permet donc de déterminer l'état

général du patient d'une part, et de faire une analyse précise de la disgrâce à traiter à travers l'opération esthétique d'autre part. Par conséquent, outre l'examen physique qui doit être mené de manière très attentive, une importance primordiale doit être accordée aux questionnaires, voire au dialogue thérapeutique entre le chirurgien et son patient.

152. *Passé thérapeutique.* Suite à cette démarche, une analyse exacte de l'état général du patient est faite en impliquant de la part du chirurgien esthétique la recherche des informations relatives aux antécédents médicaux par exemple, à la fréquence des interventions, aux antécédents allergiques, aux symptômes maladifs qui pourraient provoquer des complications et à toute autre donnée relative à l'état du patient du point de vue médical. Cet examen présente en outre l'avantage de déterminer la nature de l'anesthésie à utiliser pour opérer un choix compatible avec l'état du patient. Le chirurgien esthétique doit respecter ce préalable, en ce sens qu'il doit vérifier, en examinant le « *passé thérapeutique* » du patient, la compatibilité de son organisme avec le traitement à mettre en œuvre. Il est tenu, par exemple, de s'assurer à l'avance que la peau de la personne concernée remplisse toutes les conditions nécessaires pour que la blessure soit normalement rétablie suite à l'opération chirurgicale et que la peau ne soit pas chéloïde ; ainsi, si elle présente des points de suture qui pourraient entraîner un risque de non rétablissement de la blessure puisqu'au niveau du derme les tissus cutanés ne pourront pas fournir la solidité et l'élasticité nécessaires, le chirurgien esthétique est alors appelé à prendre les précautions requises pour prévenir ce risque en cas d'intervention.

153. *Anesthésie.* Une autre démarche est à effectuer lors de l'examen clinique ; elle concerne la nécessité d'indiquer la nature de l'anesthésie ainsi que la personne qualifiée pour la pratiquer. En effet, si le chirurgien esthétique est autorisé à pratiquer lui-même un acte d'anesthésie locale, l'exécution de l'acte d'anesthésie générale ne peut se faire que par un anesthésiste réanimateur. Ce dernier cas exige une visite pré-anesthésique obligatoire.

154. *Morphologie.* Enfin, une analyse de la difformité physique à traiter ou bien du changement de morphologie désiré doit être faite. Il est nécessaire que celle-ci soit menée de façon très attentive et détaillée. Puisqu'il incombe au praticien d'accumuler les arguments anatomiques objectifs favorisant la correction chirurgicale, il doit également dresser un schéma représentant les détails de la partie à corriger et, s'il l'estime nécessaire, mettre les mensurations relatives à la difformité à traiter. Cette

démarche méticuleuse est également exigée sur le plan général pour que le chirurgien esthétique puisse localiser l'existence de dommages qui pourront résulter par exemple d'une cicatrisation pathologique.

La consultation permet donc au chirurgien esthétique d'établir un diagnostic des éléments ayant un effet direct sur l'opération en effectuant un examen clinique de l'état du patient d'une part, et une analyse de la disgrâce physique à traiter d'autre part. Outre cette méthode, le praticien est tenu de réaliser des examens complémentaires, ou des indicateurs opératoires nécessaires, qui contribuent de même à la focalisation desdits éléments.

B. Les indicateurs opératoires nécessaires

155. Examens complémentaires. Se basant sur l'état du patient et sur les exigences de l'opération à visée esthétique, le chirurgien est appelé à effectuer des examens complémentaires, mais nécessaires, dans l'établissement du diagnostic. Ce type d'examen intervient pour renforcer et contrôler l'analyse de la disgrâce physique, ou de la zone, à traiter en vue que cette dernière soit suffisamment complète et précise. Le recours à ces examens varie selon le type de la difformité ou de la zone à traiter, sa localisation, et suivant l'état du patient. Cependant, il n'est exigé que lorsque le chirurgien esthétique le juge nécessaire.

156. Genres. Les indicateurs opératoires sont de plusieurs genres ; ils concernent essentiellement les examens sanguins, les examens biologiques qui visent à procurer au chirurgien des éléments d'information sur la santé du patient, et de « *connaître son corps* », ainsi que la radiographie qui aide également à révéler les données de l'intervention et leur nature.

157. Importance. L'importance de ces indicateurs est parfois très exigeante. Les tribunaux estiment dans ce contexte que le praticien se rend coupable de négligence engageant sa responsabilité dès lors qu'il renonce à contrôler le diagnostic par une radiographie qui eût été utile²²⁹.

²²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 1961, *Bull. civ.* I, n° 508 : « (...) même si contrairement à l'affirmation d'Etelin, celui-ci avait refusé de se soumettre à une radiographie, il appartenait au médecin convaincu de la

Une troisième méthode d'ordre médical est également utilisée par le chirurgien esthétique dans son processus de focalisation ; il s'agit du bilan photographique.

C. Les photographies

158. *Un double rôle.* Ce sont les photographies effectuées par le chirurgien esthétique concernant la zone à traiter. Cette méthode joue un double rôle dans le processus de focalisation : elle est tout d'abord un document médico-légal dans la mesure où le chirurgien esthétique doit fournir des photographies avant et après l'intervention qui soient susceptibles d'apporter des éclairages sur les difficultés rencontrées ; elle constitue en outre un moyen d'évaluer la modification que le chirurgien esthétique entend apporter. Ainsi, et à travers les photographies réalisées, il serait possible pour le chirurgien de déterminer le résultat escompté de l'intervention prévue.

159. *Importance.* Pour cette raison, et vue l'importance accordée au résultat attendu par le patient, ces photographies doivent être discutées avec ce dernier et assorties d'un commentaire qui mesure la géométrie de l'opération. Cela permettra de déterminer les degrés de succès ou d'échec de l'opération, ainsi que les dommages pouvant en résulter.

Outre les méthodes de focalisation d'ordre médical, il existe une autre catégorie de méthodes qui contribuent également à accomplir le processus de focalisation de la part du chirurgien esthétique ; elles sont d'ordre personnel et psychologique.

§2. Méthodes d'ordre personnel et psychologique

160. Quoiqu'elles trouvent une certaine application en chirurgie générale, les méthodes d'ordre personnel et psychologique sont d'une importance fondamentale en matière de chirurgie esthétique. Cette exigence sévère est commandée par la nature de l'intervention chirurgicale esthétique qui se réalise pour une finalité d'amélioration morphologique loin de toute nature curative. Il est donc évident que le chirurgien esthétique ait recours à des méthodes qui prennent en considération la personnalité et

nécessité d'un tel examen, d'exiger une constatation écrite de l'attitude du blessé et de refuser dans de telles conditions de refermer et de suturer une plaie « pénétrante » qui pouvait encore contenir l'éclat qui l'avait provoquée(...) ».

l'état psychologique du patient. On distingue parmi ces méthodes, l'interrogatoire (A) et l'entretien avec un psychiatre (B).

A. L'interrogatoire

161. Contenu. Le chirurgien esthétique doit écouter avec la plus grande attention la demande du patient qui vient le consulter. Cette demande, loin d'être toujours évidente, doit être précisée et située par le chirurgien esthétique dans son contexte. Ainsi, un échange très détaillé est nécessaire, afin que le chirurgien esthétique puisse déterminer les informations relatives à l'âge du patient, son poids, sa situation sociale, sa profession, sa situation familiale, et plus particulièrement sa situation au sein du couple, ses habitudes et aussi son image corporelle, etc. Bref toutes les données personnelles que le chirurgien esthétique juge nécessaires.

162. Importance. Commandé par l'absence d'une affection curative en matière de chirurgie esthétique, l'interrogatoire est essentiellement exigé dans un double but : le premier est personnel puisqu'il permet de rassembler les données personnelles relatives au patient qui sont d'une importance primordiale dans la détermination des circonstances et des éléments de l'intervention ; le second est psychologique puisqu'il permet de rechercher les motivations profondes qui ont poussé le patient à réclamer un changement physique.

Ce dialogue doit en outre permettre au chirurgien esthétique d'examiner la personnalité du patient, ce qui lui permet d'évaluer la cohérence de sa demande. L'interrogatoire permet également de déduire l'équilibre psychologique du patient ou l'existence d'un certain trouble psychiatrique, tel une dysmorphophobie qui constitue une contre-indication à tout acte de chirurgie esthétique.

Par ailleurs, l'interrogatoire sert à déterminer les motivations qui ont poussé le patient à réclamer un changement physique, et par la suite la nature de l'amélioration désirée. Le chirurgien doit se demander si les motivations du patient sont d'ordre physique, psychique, ou bien social ou encore professionnel. M. Regnier définit la motivation comme étant une tension psychologique qui se révèle à l'occasion d'un projet et qu'elle répond à quatre types de besoins : un besoin de statut, un besoin de

relations, un besoin d'image, un besoin de réussite²³⁰. C'est dans le cadre de ces besoins que se situe la motivation du patient.

L'interrogatoire offre en outre la possibilité de vérifier la faculté du patient de se soumettre aux contraintes du traitement, puisque la réussite de l'intervention dépend en partie de la coopération du patient.

Enfin, l'interrogatoire contribue à vérifier si la demande est véritablement concordante avec le défaut physique réel et, par la suite, à juger de la validité objective de la demande du patient et ainsi si une réussite d'ordre technique se place en faveur de cette demande. Si l'interrogatoire n'aboutit pas aux conséquences prescrites, un entretien avec un psychiatre s'avère nécessaire.

B. L'entretien avec un psychiatre

163. Un patient psychologiquement « fragile ». Cette méthode de focalisation est nécessaire lorsqu'il y a un risque de dommage psychologique. C'est face à une personne qui est fragile psychologiquement que cette démarche aurait donc lieu. En effet, la fragilité psychologique concerne le dommage psychologique pouvant perturber l'équilibre interne du patient. Quelle que soit la motivation de la personne subissant une opération chirurgicale esthétique, l'intervention pourrait avoir des conséquences psychologiques très importantes qui affectent toute la personnalité du patient. Face à un tel état psychologique, et dans des cas difficiles, il est dans l'intérêt du chirurgien esthétique de demander une consultation du patient avec un psychiatre.

164. Enjeu. L'entretien avec le psychiatre sert à évaluer l'état psychiatrique préopératoire et aide à apprécier le risque de dommage d'aggravation psychique qui pourrait survenir dans la phase postopératoire. La participation du psychiatre vise alors à éclairer le chirurgien esthétique sur l'opportunité de l'intervention et à localiser les éléments d'ordre psychologique qui pourraient affecter la réalisation de l'opération. Elle aboutit de même à prévenir les revendications des patients ayant des problèmes psychologiques. Son rôle est nécessaire dans l'établissement du bilan des avantages par rapport aux dommages. En effet, le chirurgien esthétique peut, à travers cet entretien,

²³⁰ REGNIER M., « Etude de motivation à une intervention de chirurgie esthétique, proposition pour la mise en place d'un test d'orientation », dans FAIVRE J.-M., *Chirurgie esthétique*, Mondaine, Paris, 1992, pp. 445-459.

déterminer les attentes du patient et l'amélioration recherchée tout en localisant parallèlement les possibilités de pouvoir réaliser ces attentes.

Etant donné que la fragilité psychologique du patient est considérée, en matière de chirurgie esthétique, comme une cause d'aggravation en cas de responsabilité, l'entretien avec un psychiatre constitue alors une démarche importante dans le processus de focalisation.

La première phase de la démarche suivie par le chirurgien esthétique vers la décision d'intervenir ou de s'abstenir se réalise donc à travers un processus de focalisation. Une fois les éléments pouvant affecter l'intervention bien déterminés, focalisés, et les deux bilans dressés par le chirurgien esthétique, ce dernier doit procéder à une deuxième phase, celle du processus de l'appréciation.

CHAPITRE III

LE PROCESSUS D'APPRECIATION

165. Présentation. Après avoir achevé le processus de focalisation de l'ensemble des éléments pouvant avoir un effet, négatif ou positif, sur l'intervention à visée esthétique, le chirurgien doit envisager la phase suivante, à savoir celle relative au processus d'appréciation permettant une évaluation des différents éléments focalisés. Cette évaluation s'effectue au travers d'une étude comparative et estimative de la balance des probabilités de succès et des risques d'échec de l'opération d'une part, et de celle des avantages de l'opération et des éventualités de dommages d'autre part. Par ailleurs, cette étude se base sur deux notions adaptées à l'intervention chirurgicale esthétique : la première notion en question est l'indicateur du bilan de succès par rapport au risque d'échec de l'opération ; il s'agit de l'utilité de l'intervention à visée esthétique (**section I**) ; la seconde notion est l'indicateur du bilan des avantages de l'opération par rapport aux risques de dommages, mesurant par la suite la légitimité ou l'illégitimité de l'intervention ; il s'agit de la disproportion (**section II**).

SECTION I LA NOTION D'UTILITE, MESURE DU BILAN DE SUCCES PAR RAPPORT AU RISQUE D'ECHEC

166. Légitimité de l'atteinte à l'intégrité physique. Le principe du respect de l'intégrité physique de la personne humaine et de l'inviolabilité du corps humain²³¹ interdit à tout agent de porter atteinte à toute personne sous peine d'être sanctionné

²³¹ L'inviolabilité du corps humain est « une intangibilité constituant, pour une personne (...) un droit fondamental à son intégrité corporelle » (CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 8^{ème} éd., P.U.F., 2000). L'inviolabilité du corps humain est le « droit de repousser l'agression d'autrui contre le corps » (CHABAS F., « Le corps humain et les actes juridiques en droit français », in *le corps humain et le droit*, Association Henri CAPITANT, t. 26, Dalloz, 1975, p.227).

aussi bien pénalement que civilement. Ce principe est consacré à l'article 16-1 du Code civil qui dispose que : « *chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable...* ». Pourtant, l'exercice de certaines professions déroge volontairement au principe de dignité susmentionné sans pour autant être qualifié de délictueux, ni même sanctionné. Ce n'est pas uniquement une raison légale qui autorise cette atteinte volontaire au corps humain, c'est surtout une notion d'utilité qui donne à l'exercice de telles professions leur justification. C'est dans ce cadre que se situe la profession médicale qui exige de tout praticien en général, et de tout chirurgien spécifiquement, de causer volontairement des atteintes à l'intégrité corporelle des malades. Pourtant, cette atteinte est conditionnée par une notion fondamentale qui doit accompagner le praticien dans sa décision de réaliser l'opération ou de la refuser : il s'agit de la notion de l'utilité de l'intervention chirurgicale. En effet, une distinction est à faire entre la chirurgie générale et la chirurgie esthétique quant à la conception d'utilité s'attachant à chacune d'elles, une distinction provenant essentiellement de la nature de ces deux branches : la première qui vise à apporter la guérison à une maladie déterminée donne à la notion d'utilité une conception très étroite (§1); la deuxième qui vise à réaliser une amélioration physique laisse à la notion d'utilité une conception très large (§2) et empêche en même temps la réalisation de l'intervention inutile (§3).

§1. La notion d'utilité en chirurgie générale : utilité thérapeutique

167. L'article 16-3 du Code civil. Le chirurgien général utilise ses connaissances scientifiques et les règles de son art pour tenter de guérir une maladie déterminée. C'est une finalité thérapeutique qui justifie donc l'intervention en chirurgie générale et qui constitue le critère de l'acte médical permis par la loi²³². C'est ainsi que la loi du 29 juillet 1994 (article 16-3 du Code civil) a retenu la notion de « *nécessité thérapeutique* » comme critère encadrant l'activité du chirurgien général en disposant qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne* ». Cette loi a été modifiée en 2004 en vertu de la loi du 6 août 2004 qui a remplacé la notion de « *nécessité thérapeutique* » par celle de « *nécessité médicale* » en disposant qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain*

²³² MEMETEAU Gérard, *Droit médical*, Litec, 1986, p.160.

qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». En utilisant le terme « thérapeutique », le législateur français a donné à la notion d'utilité une conception strictement étroite conditionnée uniquement par un but curatif. Toutefois, ce principe trouvait son fondement d'une manière constante dans la jurisprudence française comme en témoignent une série d'arrêts rendus²³³. Ainsi, « l'exercice traditionnel de la médecine est axé sur l'intérêt de la personne soignée, ce qui explique que le médecin ne puisse porter atteinte à l'intégrité corporelle de son patient, que si elle est nécessitée par un but thérapeutique »²³⁴. L'utilité justifiant tout acte chirurgical est alors strictement limitée à une thérapie déterminée, ce qui donne à la conception d'utilité en chirurgie générale un champ très étroit limité par la « nécessité thérapeutique ou médicale ».

168. Obligations du chirurgien. Cette notion impose au praticien de respecter la mission de sa profession qui est de soulager la souffrance physique du malade et de veiller à la sauvegarde de sa vie en toute conformité avec les règles de son art ; ainsi, il lui interdit d'utiliser cet art à des fins étrangères à ladite mission. L'utilité restreinte de l'intervention chirurgicale interdit au praticien d'agir « sans droit, et en toute connaissance de cause, dans le but de faire une expérience scientifique »²³⁵. Le chirurgien est donc tenu d'utiliser sur un être humain une technique thérapeutique déjà expérimentée en laboratoire ou sur des animaux. Toutefois, il lui est permis d'utiliser un produit nouveau en l'absence de méthode thérapeutique usitée, à l'exception de l'hypothèse de pallier un danger mortel²³⁶. Il peut de même essayer un nouveau procédé qu'il estime plus efficace et plus adapté à l'état du patient²³⁷. Ainsi, « ce qui est proscrit c'est l'expérience pour l'expérience ; c'est même l'emploi d'une méthode nouvelle, d'une technique difficile, par un praticien insuffisamment spécialisé ou familiarisé avec elle. Ce sont surtout les témérités déraisonnables, les essais hasardeux ou hâtifs. Mais il

²³³ CA Paris, 11 mai 1937, S. 1938, II, 71 ; Cass. crim, 9 nov. 1961, *Gaz. Pal.* 1962, 1, 104, *JCP* 1962, II, 12777, note SAVATIER.

²³⁴ THOUNEVIN D., « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *Les petites affiches*, 14 décembre 1994, n°149, p. 25-28.

²³⁵ TUNC A., « La responsabilité civile », in *deuxième congrès international de Morale médicale*, Paris, 1966, p. 78.

²³⁶ CA Douai, 16 mai 1936, D.H. 1936, 435.

²³⁷ Trib. Seine, 31 mars 1936, *Gaz. Trib.*, 8 sept. 1936.

est parfaitement légitime pour un médecin de quitter les chemins battus »²³⁸. Il convient de noter dans ce contexte que la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, et qu'on examinera dans une partie suivante, a précisé les conditions de licéité de l'expérimentation scientifique et les sanctions en cas d'illicéité. Par conséquent, la notion d'utilité en matière de chirurgie générale est liée à un critère très étroit qui est celui de guérir une maladie déterminée. D'autre part, cette notion est largement et spécifiquement définie en chirurgie esthétique.

§2. La spécificité de la notion d'utilité en chirurgie esthétique

169. La motivation du patient. C'est la nature de l'intervention chirurgicale esthétique qui est un acte se réalisant sur une personne jouissant d'une bonne santé et sa finalité visant la réalisation d'une amélioration de l'image qui ont donné à la notion d'utilité sa conception spécifique. La chirurgie esthétique, qui était essentiellement un acte prohibé comme on a pu le constater précédemment, a été par la suite autorisée par la jurisprudence. Divers arguments ont été présentés pour justifier l'intervention chirurgicale esthétique. C'est le cas par exemple avec l'Organisation Mondiale de la Santé qui a considéré que « *la santé est un état de parfait bien-être physique, mental et social* » ; ces deux derniers éléments sont alors ceux qui justifient la chirurgie esthétique²³⁹. Pour d'autres, bien qu'ils reconnaissent dans certains cas un but curatif à la chirurgie esthétique, ils considèrent que cette dernière se justifie par une permission coutumière de la société²⁴⁰. En outre, et puisque l'intervention chirurgicale esthétique

²³⁸ TUNC A., « La responsabilité civile », in *deuxième congrès international de Morale médicale*, op. cit., p. 134.

²³⁹ Préambule à la constitution de l'OMS adoptée par la Conférence internationale sur la santé, New York, 19-22 juin 1946, entrée en vigueur le 7 avril 1948.

²⁴⁰ PY Bruno, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse droit, Nancy II, 1993, p.185 : « Or, la justification de la chirurgie strictement esthétique se fonde aujourd'hui sur un argument hypocrite : l'affirmation qu'une image détériorée peut être une cause de maladie psychologique. Il faut distinguer selon les situations. Il est des hypothèses dans lesquelles il y a un réel risque pathologique sur le plan de la santé mentale. Dans ce cas le but curatif réapparaît sous l'angle de l'utilité indirecte de l'acte préventif. Par contre, en cas de simple demande appuyée de modification de l'image et en l'absence d'un risque réel de névrose ou de dépression, l'action du médecin n'a aucun but curatif. Si elle est néanmoins justifiée, c'est en raison d'une permission coutumière qui autorise les personnes à consentir à certaines atteintes à leur intégrité. Puisque la société admet aujourd'hui la

est liée à une finalité d'amélioration physique, c'est la motivation du patient qui est susceptible de la justifier, donnant alors à la notion d'utilité une conception large rattachée soit à des facteurs intrinsèques (A), soit à des facteurs extrinsèques (B).

A. Facteurs intrinsèques

170. Etant donné que le chirurgien esthétique est appelé à adapter l'utilité de l'opération esthétique aux motivations du patient pour décider par la suite d'intervenir ou bien de s'abstenir, il doit toujours tenir compte des facteurs intrinsèques pour décider de l'utilité de l'intervention. Ainsi, ces aspects d'amélioration inhérents à la personne du patient qui sont au nombre de deux donnent à la notion d'utilité ses deux premières images et favorisent la décision du chirurgien esthétique d'opérer. Ils concernent d'une part l'amélioration morphologique et, d'autre part, l'amélioration de l'état psychique.

171. *Amélioration physique.* Loin de toute urgence vitale, l'acte chirurgical esthétique intervient généralement sur une personne saine visant essentiellement la réalisation du bien-être physique. L'amélioration de l'image, voire l'obsession d'embellissement de la personne, est donc à l'origine de la chirurgie esthétique. Cependant, le but thérapeutique a un certain effet dans le domaine de la chirurgie esthétique, puisque, dans certains cas, un intérêt médical exige d'améliorer l'esthétique d'une personne. Pourtant, même dans ce cas, la notion d'utilité reste d'une conception beaucoup plus large dépassant la seule nécessité thérapeutique pour réunir les deux finalités ensemble : thérapeutique et esthétique.

Il convient de noter dans ce contexte, que la jurisprudence ancienne qui prohibait la pratique de la chirurgie esthétique, soumettait la pratique esthétique à la condition qu'il existât un but médical et elle insistait dans son refus de toute intervention qui n'est pas de nature curative. Elle a condamné l'intervention sur un membre sain en raison de l'absence d'une finalité médicale qui la justifie²⁴¹. C'est ainsi que toute intervention à but esthétique était contestée quelle que soit l'importance de l'imperfection physique.

licéité de la chirurgie esthétique, il serait opportun que la loi précise les contours de cette tolérance sociale afin que les praticiens du droit et de la médecine n'étendent pas à l'excès la notion de but curatif. ».

²⁴¹ CA Paris, 22 janv. 1913, cité *supra* n° 10 ; CA Paris, 26 juin 1919, cité *supra* n° 10 ; CA Paris, 20 juin 1960, *Gaz. Pal.* 1960-II-169 (ptôse du ventre chez une danseuse se réveillant avec une cicatrice énorme).

Cette pensée a été appliquée à l'affaire le Guen du 12 mars 1931 à propos d'une jeune femme atteinte d'une difformité des jambes qui s'est adressée à un chirurgien pour la débarrasser de son infirmité. A la suite des complications survenues pendant l'opération, le Tribunal de la Seine a condamné le chirurgien intervenant sur un membre sain dans le seul but d'en corriger la ligne et sans que cette intervention fût imposée par une nécessité thérapeutique, ni même n'ait présenté une utilité quelconque pour la santé de la patiente²⁴². La nécessité médicale de l'acte était donc le seul justificatif de l'atteinte à l'intégrité physique de la personne et l'utilité de l'intervention en chirurgie esthétique était, à cette époque, strictement liée à ladite nécessité. Ce n'est qu'en 1936 que la Cour de cassation a reconnu le droit de toute personne à une apparence corporelle normale²⁴³. Ainsi, la chirurgie esthétique devient indispensable à partir du moment où elle permet au patient de retrouver l'équilibre perdu par l'avènement d'une difformité physique ; elle peut donc être réalisée même en l'absence d'une nécessité médicale ou d'un état pathologique défectueux. Une simple finalité d'amélioration physique suffit pour justifier l'intervention en chirurgie esthétique.

La notion d'utilité dépasse alors le cadre étroit de la nécessité thérapeutique en chirurgie esthétique pour englober le motif d'amélioration morphologique. C'est donc la nature même de cette intervention qui a exigé une conception assez large de l'utilité, laquelle connaît également une spécificité au niveau de sa seconde image puisqu'elle vise à réaliser une amélioration d'ordre psychique.

172. Amélioration de l'état psychique. Même en l'absence de toute difformité physique, un besoin moral peut se produire chez la personne désireuse de réaliser un perfectionnement de son image qui lui assure un confort psychique. C'est dans ce sens que la chirurgie esthétique est conçue comme un remède au malheur de l'être humain ; elle est devenue le moyen par lequel « *se redonnent la joie de vivre et l'espérance à qui n'en avait plus* »²⁴⁴. Réaliser le bien-être psychologique constitue donc la seconde

²⁴² Trib. civ. Seine, 12 mars 1931, cité *supra* n°45.

²⁴³ CA Lyon, 27 mai 1936, cité *supra* n°10 ; CA Paris, 17 juill. 1936, *Gaz. Pal.* 1936-2-731 : « *Il est possible qu'une intervention chirurgicale, pour n'être pas imposée par un besoin physique, se justifie néanmoins, même si elle n'est pas exempte de tout risque, par un besoin moral et reste le seul remède capable de mettre fin à un état morbide de l'esprit aussi dommageable à celui qui l'éprouve que l'infirmité de son corps.* ».

²⁴⁴ FÉNIÉ H., *De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique*, thèse, Université de Toulouse, Faculté de droit, année 1929-1930, Toulouse, impr. H. Cléder, p. 144.

image de la notion d'utilité plaçant la décision du chirurgien esthétique en faveur de l'opération. Le motif psychique du patient exige du chirurgien esthétique de bien déterminer les attentes de celui-ci en tenant compte des répercussions du changement subi sur l'état psychique du patient²⁴⁵. Ainsi, l'intervention chirurgicale esthétique nécessite cette grande prudence pour ne pas aggraver l'état du patient, ou bien augmenter le déséquilibre psychologique. C'est dans ce sens que J.-Cl. HAGEGE a estimé qu'il arrive que l'intervention chirurgicale esthétique « soit telle qu'une intervention esthétique même motivée, même demandée avec insistance, paraisse contre-indiquée »²⁴⁶.

Sur un autre plan, il est indispensable de signaler qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence a placé le mobile psychique dans le cadre du mobile thérapeutique qui est à la base de la chirurgie générale. Antérieurement à l'élaboration de la loi du 29 juillet 1994 qui a inséré la « nécessité thérapeutique » comme facteur déterminant de l'utilité en chirurgie générale, la jurisprudence a estimé que l'équilibre interne de la personne remplace le mobile thérapeutique. Le but de l'opération étant d'apporter un confort moral et de remédier aux difficultés d'ordre psychologique en donnant au patient l'image qu'il souhaite de lui-même²⁴⁷. Certains psychiatres ont considéré également la chirurgie esthétique « comme une thérapeutique lorsqu'une cause morale de souffrance doit être prise en compte comme une cause physique de souffrance »²⁴⁸. Cependant, ce facteur pris en considération par une partie comme étant un élément utile pour remédier à l'état psychologique du patient, était refusé par une autre. Dans ce sens MM. STEFANI, LEVASSEUR et BOULOC ont énoncé s'agissant de la chirurgie esthétique : « s'agit-il d'un but curatif ou non ? Tout dépend des circonstances ; pratiquée dans un but frivole, l'opération ne saurait justifier le délit de coups et blessures volontaires. Au contraire, si elle l'a été pour redonner la santé physique et morale à un être disgracié (les blessés de la face), le consentement de la victime constitue alors un fait justificatif » ; en outre, il est possible, toujours selon les mêmes

²⁴⁵ CA Aix-en-Provence, 28 janv. 2009, RG n° 07/13961. V aussi dans le même sens : CA Paris, 13 janv. 1959, cité *supra* n°46 ; CA Aix-en-Provence, 16 avr. 1981, cité *supra* n°37.

²⁴⁶ HAGEGE J.-C., *Séduire ! Chimères et réalités de la chirurgie esthétique*, Albin Michel, 1993, p. 111.

²⁴⁷ MELENNEC L., *Note sous CA Lyon*, 8 janv. 1981, *JCP 1981, II, 19699*.

²⁴⁸ *Compte-rendu de la réunion du groupe de travail du Conseil national de la consommation du 10 mai 1995*, rapport inédit.

auteurs, qu'une « *intervention chirurgicale, pour n'être pas imposée par un besoin physique, se justifie néanmoins, même si elle n'est pas exempte de tout risque, par un besoin moral et reste le seul remède capable de mettre fin à un état morbide de l'esprit aussi dommageable à celui qui l'éprouve que l'infirmité de son corps* »²⁴⁹.

La Cour d'appel de Paris s'est refusée par ailleurs à exonérer le chirurgien esthétique en raison du psychisme du patient en jugeant qu'« *en vertu du principe d'ordre public de sauvegarde du corps humain et de la stricte honnêteté, il (le praticien) aurait dû refuser catégoriquement, compte tenu des risques aux dires interventions, à l'instar de ses confrères suisses nonobstant le psychisme de toute cliente pouvant se révéler exaspéré et exigeant* »²⁵⁰. Suite à l'élaboration de la loi du 29 juillet 1994 (article 16-1 du Code civil) qui a disposé qu'il « *ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne* », deux avis ont été avancés pour interpréter le terme « *nécessité thérapeutique* ». Le premier a admis une interprétation large englobant la « *nécessité morale* » et plaçant la chirurgie esthétique dans le cadre de cette loi. La souffrance morale est prise en considération, selon cet avis, comme la souffrance physique.

Un autre avis en admet une interprétation restrictive plaçant la chirurgie esthétique hors cette loi. Pourtant, en tout état de cause, la nécessité morale et le bien-être interne de la personne demeurent des facteurs déterminants dans la conception d'utilité en chirurgie esthétique. Le chirurgien esthétique est tenu de prendre en compte, outre l'amélioration physique, le psychisme du patient pour mesurer l'utilité de l'opération esthétique. Et à la lumière de cette évaluation d'utilité, il prend sa décision soit de réaliser l'opération soit de s'en abstenir.

Deux images de la notion de l'utilité de l'intervention en chirurgie esthétique sont donc de nature intrinsèque. Deux autres images, qui rentrent dans le cadre de la notion d'utilité, sont en revanche de nature extrinsèque.

²⁴⁹ STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 15^{ème} éd., coll. Précis Dalloz/droit privé, n°414.

²⁵⁰ CA Paris, 21 déc. 1968, *Gaz. Pal.* 1969, 1, somm. 17.

B. Facteurs extrinsèques

173. Le patient peut être motivé pour subir un changement esthétique, non seulement par des facteurs intrinsèques rattachés à sa personne, mais également par des facteurs extrinsèques qui sont au nombre de deux également : il s'agit d'une part des raisons d'ordre social et d'autre part des raisons d'ordre professionnel.

174. *Amélioration de l'état social.* Sous l'influence de la « *pression sociale* » qui accélère l'obsession de beauté de toute personne, celle-ci cherche à subir des changements physiques de sorte qu'elle devienne conforme aux mesures de beauté de sa société. De même, tenant compte de l'effet que joue l'apparence physique dans le milieu social et du « *malheur* » que peut produire une infirmité physique sur ce plan, des raisons de nature sociale peuvent être à l'origine de l'intervention chirurgicale esthétique. En effet, cette dernière est souvent incitée par une obsession d'apparence du patient vis-à-vis de son entourage familial ou social, ou même vis-à-vis des « *canons de beauté* » dans une société donnée. Elle constitue donc un moyen pour la personne de retrouver le talent perdu dans son milieu social, de reconquérir ses forces, et même de favoriser son insertion sociale.

L'opération esthétique paraît comme une « *nécessité sociale* » ou un « *remède social* » d'une part, et elle permet d'autre part de se conformer aux « *canons de beauté* ». Ainsi, la troisième image de la notion d'utilité de l'intervention en chirurgie esthétique est de nature sociale, laquelle peut justifier la décision du plasticien de réaliser l'opération.

Outre l'amélioration de l'état social, la notion d'utilité comporte une image d'ordre professionnel.

175. *Amélioration professionnelle.* La « *nécessité professionnelle* » doit parfois être prise en considération comme un facteur utile justifiant l'intervention en chirurgie esthétique et favorisant par la suite la décision du plasticien d'opérer. En d'autres termes, l'apparence physique constitue un élément constitutif de certaines professions qui exigent la nécessité de conserver un perfectionnement physique. C'est le cas par exemple de l'artiste, ou bien du sportif ou de l'acteur, dont le critère d'apparence en est un moyen de subsistance. Et il est de la sorte capable, en cas d'atteinte ou de disgrâce, d'affecter la profession de la personne concernée, lui causant une « *misère* » tant morale que matérielle. C'est à cet égard que le critère professionnel rentre dans la détermination de la notion d'utilité en matière de chirurgie esthétique.

Quant à la position de la jurisprudence, elle prend en considération la profession du patient pour décider la condamnation ou l'exonération du chirurgien esthétique. C'est dans ce sens que la Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt en date du 5 juin 1962²⁵¹ et elle a engagé la responsabilité du chirurgien esthétique tenant compte de la profession de la patiente en dépit de toute faute opératoire puisque l'objectif de cette dernière n'était pas purement esthétique mais plutôt professionnel. Elle était en fait une artiste de music-hall affligée d'un dépôt de cellulite à la partie supérieure des cuisses. Suite à l'opération, elle était atteinte d'une asymétrie des jambes affectant sa profession. La Cour d'appel a condamné le chirurgien esthétique en estimant qu'il devait refuser catégoriquement l'opération du fait que celle-ci était de nature à rendre l'artiste inapte à se produire en public²⁵². Une autre décision rendue par la Cour d'appel de Versailles a condamné le chirurgien esthétique du fait qu'il n'a pas pris en considération l'objectif professionnel de l'opération, mais les connaissances de la victime étant elle-même médecin²⁵³.

Une finalité d'amélioration à quatre aspects donne alors à la notion d'utilité en matière de chirurgie esthétique sa spécificité la distinguant de l'utilité en chirurgie générale. Par ailleurs, d'autres facteurs sont susceptibles de révéler l'inutilité de l'opération chirurgicale esthétique et obligent le praticien de refuser par la suite sa réalisation.

§3. La notion d'inutilité de l'intervention en chirurgie esthétique

176. *Quatre facteurs essentiels.* En dépit de la conception large donnée à la notion d'utilité en chirurgie esthétique, cette dernière s'avère injustifiée en cas d'inutilité. Ainsi, dépourvue de tout but curatif, et motivée par un désir d'amélioration de morphologie, l'opération chirurgicale esthétique doit être toutefois encadrée par des limites qui doivent conduire le plasticien à déconseiller, voire à refuser l'intervention. L'inutilité de la chirurgie esthétique provient essentiellement de quatre facteurs :

²⁵¹ Arrêt cité *supra* n°92.

²⁵² CA Paris, 5 juin 1962, cité *supra* n°92.

²⁵³ CA Versailles, 17 janv. 1991, cité *supra* n°36.

l'expérimentation scientifique (A), le résultat minime de l'intervention (B), le résultat incertain d'une telle opération (C) et la publicité (D).

A. L'expérimentation scientifique

177. Principe d'interdiction. Par application des dispositions imposées à tout praticien de ne pas détourner sa mission médicale ou chirurgicale de son objectif essentiel, le chirurgien esthétique est tenu de rester dans le cadre d'utilité qui lui permet de porter atteinte à l'intégrité physique de la personne. L'obligation du chirurgien esthétique est dans ce cadre plus accentuée du fait qu'il intervient sur une personne saine dans une finalité d'amélioration de l'image. Ainsi, il lui est interdit de réaliser une intervention esthétique dans le but d'expérimenter une méthode nouvelle ou un traitement nouveau. Il ne peut jamais tenter, dans un but purement scientifique, des expériences sur un patient. Aussi, si l'innovation thérapeutique n'est pas totalement écartée en chirurgie générale puisque le but poursuivi est l'amélioration de la santé de la personne, elle l'est en revanche en chirurgie esthétique qui est une intervention dépourvue de tout but thérapeutique. Le chirurgien esthétique est donc obligé de ne pas réaliser une opération esthétique dans un but d'expérimentation qui constitue essentiellement une faute grave, du fait qu'elle est volontaire et intentionnelle.

178. Applications jurisprudentielles. Cette interdiction qui est condamnée par la jurisprudence en matière de chirurgie générale²⁵⁴, connaît de même une application en matière de chirurgie esthétique : Ainsi, par un arrêt rendu le 22 janvier 1913, la Cour d'appel de Paris a jugé un chirurgien esthétique pour avoir appliqué un traitement nouveau, à savoir la radiodermite de second degré, dans un but d'expérimentation, d'autant que la santé de la patiente ne l'exigeait pas puisque l'intervention était à visée purement esthétique²⁵⁵. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a condamné, par un arrêt rendu le 13 janvier 1959²⁵⁶, un chirurgien esthétique qui a expérimenté une nouvelle technique sur une patiente. En l'espèce, une jeune femme avait demandé, à deux spécialistes différents, de corriger une disgrâce du visage provenant d'une

²⁵⁴ Trib. Gr. Inst. Gray, 29 juill. 1873, cité par CHABAS F., *La responsabilité civile en matière de chirurgie esthétique*, p. 40.

²⁵⁵ CA Paris, 22 janv. 1913, cité *supra* n°10.

²⁵⁶ CA Paris, 13 janv. 1959, cité *supra* n°46.

asymétrie des traits et d'une légère atrophie qui l'obsédait. Elle se heurta à un refus catégorique de leur part dû à la complexité de l'intervention dont les risques étaient considérables, sans proportion avec les avantages escomptés. Obstinée, elle alla consulter un médecin généraliste qui l'orienta vers un troisième chirurgien spécialiste. Ce dernier accepta devant l'insistance de la jeune femme de pratiquer une intervention chirurgicale pouvant remédier à son état disgracieux. En fait, il en résulta un échec retentissant (après quatre opérations successives et de pénibles douleurs, le malade se trouve défigurée). Les magistrats trouvèrent suspect qu'auparavant les deux spécialistes consultés avaient fermement refusé de pratiquer une telle opération et que le troisième accepte, sans hésiter, de soumettre sa cliente à une intervention pour le moins hardie. Confiant de sa technique, la Cour d'appel a retenu une présomption contre ce dernier qui s'est livré à une expérimentation médicale²⁵⁷.

Un autre arrêt a précisé les critères pour qu'une technique nouvelle soit qualifiée d'expérimentale²⁵⁸. Dans cette affaire, portée devant la Cour d'appel de Paris en 1968, il s'agissait d'effacer les rides du front d'une femme qui avait subi une ridentomie classique dix ans plus tôt. Outre de violentes douleurs, elle fut atteinte de prurit et d'une immobilisation faciale due à l'abolition totale du muscle frontal. La Cour d'appel a jugé qu'il s'agissait d'un cas d'expérimentation médicale condamnable, le praticien s'étant prétendu promoteur d'une méthode non divulguée depuis huit ans. La Cour a alors déterminé les critères d'une technique nouvelle expérimentale en jugeant que « *cette technique personnelle n'a jamais été proposée dans aucun pays, par aucun chirurgien connu* », qu'il s'agit d'une « *technique originale, réputée dangereuse* ».

Selon la jurisprudence, trois critères éloignent donc la méthode nouvelle d'être expérimentale : le premier concerne l'acquisition d'une certaine renommée, le deuxième est relatif à sa pratique dans d'autres pays et le troisième concerne sa pratique par des chirurgiens éminents.

²⁵⁷ CA Paris, 13 janv. 1959, cité *supra* n°46 : « *Considérant que les risques inhérents aux interventions réalisées par le praticien étaient des plus sérieux et parfaitement prévisibles ; qu'en effet le Docteur Dufourmentel, éminent spécialiste de chirurgie réparatrice et le Docteur Claoué, chirurgien plasticien, avaient formellement déconseillé l'opération ainsi qu'il résulte des certificats circonstanciés qu'ils ont été produits devant les experts.* »

²⁵⁸ Trib. Corr. Paris, 3 avr. 1968, cité par CHABAS F., *La responsabilité civile en matière de chirurgie esthétique*, p. 40.

L'expérimentation qui a toujours été condamnée par la jurisprudence a fait l'objet de la loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Malgré le fait qu'elle ait subi plusieurs réformes²⁵⁹, cette loi a toujours conservé le même esprit. Elle précise clairement les conditions de licéité de l'expérimentation scientifique²⁶⁰. Ainsi, le chirurgien esthétique qui réalise une intervention dans un but d'expérimentation scientifique sans respecter les mesures et les conditions posées par ladite loi, peut être condamné non seulement à des sanctions civiles, mais également à des sanctions pénales spécifiques, comme nous l'évoquerons dans la suite de cette étude.

Un autre facteur est également susceptible de rendre l'intervention esthétique inutile ; il s'agit du résultat minime.

B. Le résultat minime

179. *Résultat minime, résultat inutile.* Compte tenu des attentes du patient désireux d'obtenir un changement physique pour des raisons d'ordre psychologique, et étant donné les effets psychiques que peut produire l'acte chirurgical esthétique sur sa personnalité, le chirurgien esthétique doit toujours prendre en considération les résultats probables de son opération. Ainsi, s'il lui apparaît préalablement à l'acte chirurgical esthétique que les conséquences de ce dernier ne seront pas à la hauteur des attentes du patient, et que par la suite le résultat du changement physique désiré ne sera que minime, il doit s'abstenir de réaliser l'opération. En d'autres termes, s'il apparaît que les troubles psychiques, professionnels ou sociaux que doit rompre la chirurgie esthétique vont persister après l'achèvement de l'opération, en raison du résultat minime prévu, cette dernière doit alors être considérée inutile.

180. *Critère retenu par la jurisprudence.* Ce facteur a toujours été retenu par la jurisprudence française comme élément exigeant du chirurgien esthétique de refuser l'intervention puisqu'aucune urgence vitale ne justifie d'exposer une personne aux risques d'une opération chirurgicale esthétique qui ne réalisera pas la finalité du patient. Ainsi, par un arrêt rendu le 22 janvier 1913, la Cour d'appel de Paris a condamné un

²⁵⁹ La dernière étant l'ordonnance 2000-548, 15/06/2000, JORF 22 juin 2000, I, art 4.

²⁶⁰ V. *infra* n°392 et s.

chirurgien esthétique qui, se trouvant devant une simple imperfection physique à faire disparaître, a réalisé une intervention que « *ni l'intérêt de la science, ni l'intérêt du malade n'exigent que, pour un si minime résultat, on risque, sinon de la faire mourir, tout au moins de changer son imperfection en un mal véritable ou de l'aggraver* »²⁶¹. Dans le même sens, et selon le Tribunal de Grande Instance de Paris, une opération visant à améliorer la ligne du nez se justifierait si elle était pratiquée pour remédier à l'état psychologique du patient, et il a jugé que « *sauf pour remédier à un état psychologique obsessionnel qui n'est pas allégué, le chirurgien esthétique se doit de montrer la plus grande prudence ; que, connaissant les risques inhérents à ce genre d'intervention (rhinoplastie), il s'honorerait en déconseillant l'opération et, en tout cas, en s'efforçant de faire comprendre à la patiente que les risques qu'elle comporte sont sans commune mesure avec l'amélioration légère et bien superflue qu'elle peut lui apporter en cas de complète réussite* »²⁶².

Le résultat minime est donc de nature à placer l'intervention esthétique en dehors du cadre de l'utilité puisque ce résultat n'est pas susceptible en tant que tel de répondre aux exigences, aux buts et aux motifs du recours à un changement d'image. Par la suite, il n'apportera pas les remèdes désirés aussi bien au niveau de l'apparence physique, qu'au niveau psychique, professionnel ou social.

Sur le même plan du résultat de l'acte esthétique, vient parallèlement au résultat minime, le cas de l'incertitude du résultat comme facteur révélant de même l'inutilité de l'opération esthétique.

C. Le résultat incertain

181. *Résultat incertain, résultat inutile.* En chirurgie générale, commandée par le devoir de sauvegarder la vie du patient et par la finalité curative de l'intervention, le chirurgien doit réaliser l'opération en respectant les règles de son art, en dépit des résultats de son acte. Ainsi, même en cas d'incertitude des résultats de l'opération chirurgicale, le praticien doit tenir compte de son devoir d'apporter la guérison à son patient en lui prescrivant les traitements et les investigations nécessaires conformes aux

²⁶¹ CA Paris, 22 janv. 1913, cité *supra* n°10 ; CA Paris, 13 janv. 1959, cité *supra* n°46.

²⁶² Trib. Gr. Inst. Paris, 15 janv. 1974, cité par CHABAS F., *La responsabilité civile en matière de chirurgie esthétique*, p. 28.

règles de son art. L'acte chirurgical esthétique, quant à lui, se place sur un terrain totalement différent. En effet, dépourvu de toute nécessité thérapeutique exigeant l'intervention pour la sauvegarde de la vie du patient, il est motivé par une finalité d'amélioration physique, psychique ou bien même d'ordre professionnel ou social. Ainsi, le chirurgien esthétique ne doit intervenir que lorsque l'opération présente une utilité déterminée. L'opération demeure en revanche inutile à chaque fois que le résultat de cette dernière paraît incertain. En d'autres termes, si l'acte chirurgical esthétique n'est pas susceptible d'accomplir les attentes et les finalités qui ont justifié au chirurgien esthétique de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne en bonne santé, celui-ci doit être considéré comme inutile ; l'amélioration désirée s'avère incertaine, ce qui nie l'utilité de l'intervention chirurgicale esthétique et exige du chirurgien esthétique de déconseiller, voire de refuser la réalisation de l'opération.

182. Application jurisprudentielle. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes pour considérer qu'en matière « *de chirurgie esthétique, l'incertitude des résultats doit conduire le chirurgien à déconseiller l'opération* »²⁶³. Relevons que ce n'est pas seulement pour lui une obligation de déconseiller l'opération ; son obligation est surtout de *refuser* son exécution. C'est ainsi que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que le chirurgien devait refuser l'intervention sur une jeune fille qui, se trouvant joufflue, demeure atteinte après l'opération de troubles psychiques sérieux outre les cicatrices ; la Cour a engagé sa responsabilité du fait qu'il a pratiqué une intervention majeure certes dans les règles de l'art, mais qui a laissé des séquelles psychologiques chez la patiente, d'autant que cette dernière, à peine sortie de l'adolescence et d'une personnalité encore fragile et mal assurée, aurait dû être traitée avec plus de prudence, particulièrement dans le cadre d'une opération risquée, pratiquement inutile et médicalement injustifiable²⁶⁴. C'est dans le même sens qu'intervient l'avis de M. CHABAS dans son commentaire de l'arrêt susmentionné ; il a indiqué que l'intérêt de cet arrêt est « *d'introduire la nécessité d'une nouvelle comparaison : celle entre l'état psychologique antérieur à l'intervention et l'état psychologique probable après celle-ci* ». MM. MONZEIN et BOYER-CHAMMARD considèrent à leur tour qu'il faut avoir

²⁶³ Cass. civ. 1, 9 mai 1983, cité *supra* n°41 ; CA Paris, 14 sept. 1990, cité *supra* n°121 ; CA Versailles, 17 janv. 1991, cité *supra* n°36.

²⁶⁴ CA Aix-en-Provence, 16 avr. 1981, cité *supra* n°37.

« la certitude qu'à la suite d'une intervention chirurgicale les patients souffrant de troubles psychiques seraient libérés à la fois de leur imperfection physique et de leurs complexes »²⁶⁵. En conséquence, l'incertitude liée aux résultats de l'opération esthétique est un facteur susceptible d'arracher à cette dernière son utilité.

A ces facteurs posant des limites à l'utilité de la chirurgie esthétique, s'ajoute un dernier, celui de la publicité.

D. La publicité

183. *Un « lavage de cerveau ».* La chirurgie esthétique est généralement commandée par une obsession de beauté poussant les personnes, et surtout les femmes, à chercher à se conformer à un « idéal de beauté » et à répondre par la suite aux mesures de ce dernier qui varient selon les époques et les pays. Ainsi, une certaine « pression sociale » appuyée par des « promesses publicitaires séduisantes » affecte la volonté des personnes et les incite à « modifier » leur corps pour paraître plus conforme aux « canons de beauté » qui s'affichent dans la société contemporaine à travers les médias et la publicité. La publicité constitue ainsi un domaine surprenant pour le chirurgien esthétique qui peut abuser de sa mission pour pratiquer des interventions chirurgicales esthétiques dans un seul but de publicité en vue d'augmenter le chiffre de sa clientèle. C'est dans ce cadre que se situe la publicité comme facteur d'inutilité de l'opération chirurgicale esthétique exigeant du chirurgien esthétique de refuser sa réalisation. En effet, le praticien ne doit pas profiter de l'obsession de « conformité aux canons de beauté » en usant de la publicité pour encourager les personnes à subir des opérations esthétiques, d'autant que cette publicité s'avère parfois être mensongère et ne révèle pas la réalité des informations diffusées et des résultats promis. Cette démarche a toujours été condamnée par la jurisprudence française tant sur le plan civil que sur le plan pénal. Au-delà même, le chirurgien esthétique utilise parfois le corps du patient pour expérimenter une méthode donnée en vue de la diffuser en publicité et d'en faire une démonstration au public. Pourtant le patient ne peut en aucun cas servir de « matériel

²⁶⁵MONZEIN Paul et BOYER-CHAMMARD Georges, *La responsabilité médicale*, Presses Universitaires de France, 1974.

publicitaire », ce qui constitue une limite fondamentale au chirurgien esthétique dans l'exercice de sa profession.

184. Sanctions. La jurisprudence a annulé un contrat conclu entre un chirurgien esthétique et le mari d'une patiente dont l'objet était d'autoriser le premier à pratiquer sur la femme en question des traitements chirurgicaux utiles, pour l'amélioration de sa situation, et de consentir également aux déplacements qu'elle devrait par la suite effectuer pour exposer le résultat de son traitement ; il s'est alors avéré que ces interventions n'avaient aucun rapport avec l'amélioration de la santé de la patiente et qu'il s'agissait uniquement d'expérimenter sur elle une méthode exposée dans une brochure proposée par le chirurgien esthétique. La Cour de cassation a déclaré le contrat illicite, contraire aux bonnes mœurs et incompatible avec le principe de la dignité humaine. Elle a de même condamné le praticien à payer des dommages-intérêts à ladite femme²⁶⁶.

Dans le même contexte, la Cour de cassation a jugé un chirurgien esthétique pour délit de publicité mensongère : il s'agissait d'un document publicitaire sur une nouvelle méthode de « *laser coupe-faim* » et de « *laser anti-tabac* » comportant des expressions qui encourageaient les patients à les essayer tout en évoquant une garantie de résultats²⁶⁷. Ainsi, un chirurgien esthétique qui, sachant l'impact des médias et de la publicité, cherche à faire, ou bien à augmenter, sa clientèle à travers la publicité, se détourne de sa tâche essentielle. S'il se permet alors de réaliser, par voie de « *provocation* » ou « *d'exploitation* », des opérations esthétiques dépourvues de toute utilité, il sera condamné aussi bien civilement que disciplinairement et pénalement, ainsi qu'il sera vu ultérieurement²⁶⁸.

185. Bilan. En conclusion, afin de faire son appréciation pour le bilan de succès par rapport au risque d'échec, le chirurgien esthétique est tenu de prendre en considération les motivations qui ont poussé le patient à subir une opération à visée

²⁶⁶ CA Lyon, 27 juin 1913, Gaz. Pal, 1913, II, 506.

²⁶⁷ Cass. crim., 15 nov. 2005, n° 05-82978.

²⁶⁸ V. *infra* n° XXXX.

esthétique et d'en apprécier les finalités en se référant à la notion d'utilité²⁶⁹. Ainsi, si l'une des images de la notion d'utilité se présente, elle serait suffisante pour favoriser la décision du chirurgien esthétique d'intervenir. Cependant, une telle utilité ne serait plus justifiée si un facteur susceptible de mettre l'intervention en dehors du champ de la notion d'utilité survient ; l'intervention serait alors inutile, voire injustifiée.

Suite au processus d'appréciation de l'utilité de l'intervention, une deuxième phase est exigée du chirurgien esthétique ; il s'agit de celle de l'appréciation de la légitimité ou de l'illégitimité de l'opération mesurées par la notion de disproportion.

SECTION II LA DISPROPORTION, LIGNE DE DEMARCATION ENTRE LA LEGITIMITE ET L'ILLEGITIMITE DE L'INTERVENTION

186. Proportionnalité. A la différence de la chirurgie générale qui est ordonnée par une nécessité thérapeutique pouvant rendre l'intervention urgente pour la sauvegarde de la vie du patient, la chirurgie esthétique est un acte facultatif ordonné par le seul désir d'une personne d'améliorer sa morphologie. Aucun état de nécessité n'y est donc présent, raison pour laquelle le chirurgien esthétique est appelé à une plus grande prudence dans son évaluation des dommages que l'opération pourrait provoquer. Il doit alors procéder à un travail d'évaluation en vertu duquel il apprécie les données focalisées dans le second bilan qu'il a dressé, celui des profits de l'opération par rapport à ses risques de dommages. Cette appréciation se fait par application de la règle de disproportion qui est la ligne qui tranche de la légitimité (§1) ou de l'illégitimité (§2) de l'intervention chirurgicale esthétique, et ce différemment de la chirurgie générale dont le point de repère est l'état maladif du patient et dont l'intervention est mesurée suivant une règle de proportionnalité selon laquelle le chirurgien général est autorisé d'intervenir suivant les exigences de l'état thérapeutique du patient et en dépit des risques de dommages de l'opération et du résultat attendu.

²⁶⁹ MATEU J., GIORDANO P., LAURENT B., ROUIF M., « Le corps transformé. Pouvoir de la chirurgie-devoir du médecin », *Revue droit et santé*, sept. 2005 n°5, p.394.

§1. La disproportion, mesure d'illégitimité

187. Puisqu'aucune urgence vitale ne justifie d'exposer le patient à des risques de dommages menaçant son état et peut-être sa vie, ou bien encore qui dépassent le profit attendu de l'intervention, cette dernière est considérée illégitime si une disproportion manifeste (A) ou incluse (B) se présente.

A. Disproportion manifeste

188. *La dangerosité de l'opération comme critère.* C'est la gravité du risque du dommage qui implique une disproportion manifeste et qui suffit en elle-même pour qualifier l'intervention chirurgicale esthétique d'illégitime. Ainsi, lorsqu'un dommage de nature grave se présente, son évaluation en matière de chirurgie esthétique est beaucoup plus ferme qu'en chirurgie générale en raison de la différence de la nature et du but de chacune de ces branches médicales. En effet, la visée du chirurgien général est la sauvegarde de la vie du patient ; ce but vital exige une évaluation de la proportionnalité entre la gravité du risque d'une part, et la nécessité de faire l'opération pour la survie du patient d'autre part. De ce fait, et suivant le critère médical qui indique le seuil à partir duquel l'intervention devient nécessaire, le chirurgien général est appelé à intervenir même si un risque de nature grave se présente puisque la vie du patient et sa santé sont en cause. L'évaluation n'est pas la même en matière de chirurgie esthétique puisque la visée du praticien est d'assurer une amélioration de l'image ; il se trouve face à un homme sain, et aucune nécessité ne justifie l'intervention au cas où un risque de dommage grave se présente pouvant exposer le patient à un danger réel. Pour cette raison, l'opération dangereuse est susceptible en tant que telle de révéler l'illégitimité de l'intervention esthétique, et ce indépendamment de toute autre opération d'évaluation des avantages par rapport aux dommages. C'est la raison pour laquelle la disproportion est qualifiée, dans ce cas, de manifeste puisque le critère de gravité suffit en soi pour imposer au plasticien de s'abstenir de faire une opération considérée illégitime.

189. *Opération dangereuse.* En médecine classique, le praticien peut faire une opération dangereuse lorsque l'état du patient l'exige, et sans que sa responsabilité soit engagée ; tout dépend en fait du but curatif de la chirurgie générale. Cependant, une telle démarche ne peut jamais être acceptée en chirurgie esthétique. Le praticien est tenu, dans ce cas, d'adapter le caractère dangereux de l'opération à la nature de l'opération à visée esthétique. Une obligation de prudence nécessite qu'il s'abstienne de

faire une opération dangereuse menaçant la santé du patient ou bien sa vie. Le caractère de dangerosité est suffisant en soi, et en dépit de toute autre évaluation des avantages, pour arracher à l'opération son caractère légitime, se trouvant devant une disproportion manifeste. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel de Paris a condamné un chirurgien esthétique pour avoir méconnu son devoir de conseil envers sa patiente, du fait qu'il a accepté d'entreprendre une opération chirurgicale d'ordre esthétique sur les cicatrices, alors que cette opération avait été déconseillée à la patiente par d'autres chirurgiens²⁷⁰. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'il n'y avait pas un malade auquel il fallait faire une opération nécessaire, mais une personne bien portante pour laquelle il fallait renoncer à une opération non nécessaire et dangereuse²⁷¹.

Outre l'hypothèse de l'opération dangereuse, la disproportion manifeste se dégage également lorsque la méthode et les moyens choisis par le chirurgien esthétique sont inadaptés à l'opération et à l'état du patient, comportant ainsi des dommages de nature grave.

190. Méthodes et moyens graves. En l'absence d'une maladie déterminée et face à un homme sain, le chirurgien esthétique est tenu de redoubler de prudence en vue de faire le bon choix quant aux méthodes qu'il va utiliser et aux moyens qu'il va se servir pour garantir la sécurité du patient. En effet, le recours à une méthode ou à des moyens comportant des risques de dommages sérieux pouvant menacer la santé ou la vie du patient doit être abandonné en matière de chirurgie esthétique. Ainsi, du choix raisonné de la méthode, ainsi que des moyens, doit découler une absence des dommages graves puisqu'en matière de chirurgie esthétique le praticien ne doit jamais utiliser un traitement, ou avoir recours à des moyens, dont la gravité serait hors de proportion avec le but à atteindre²⁷².

La jurisprudence française a toujours adopté cette position en estimant dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon le 6 janvier 1981 que « *le chirurgien ne doit pas mettre en œuvre une thérapeutique dont les inconvénients risqueraient de dépasser la disgrâce qu'il entend ou dont la gravité serait hors de proportion avec*

²⁷⁰ CA Paris, 14 sept. 1990, cité *supra* n°121.

²⁷¹ CA Lyon, 3 janv. 1936, *D.* 1936, p. 137.

²⁷² CA Paris, 22 janv. 1913, cité *supra* n°10.

l'embellissement espéré »²⁷³. Mais il ne s'agit pas d'une évaluation de la gravité des méthodes et des moyens par rapport aux avantages de l'opération pour décider par la suite de sa disproportion, car en effet la gravité des méthodes et des moyens est d'une disproportion manifeste qualifiant l'opération, au cas où elle se réalise, d'illégitime. Ainsi, et en raison même de l'absence de maladie, le chirurgien esthétique doit choisir les moyens techniques et personnels qui correspondent au type de l'intervention ; il doit adapter la méthode à la gravité de l'opération de sorte qu'il n'utilise pas celle qui fasse encourir au patient des dommages graves. En conséquence, il résulte que « *plus la disgrâce est petite et plus la méthode doit être anodine et les moyens d'assurer la sécurité des patients grands* »²⁷⁴. La jurisprudence française a retenu, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 janvier 1977, la responsabilité du chirurgien esthétique pour imprudence résultant du choix de l'anesthésie. Elle a déclaré que le chirurgien assume la responsabilité du choix de l'anesthésie et des précautions à prendre en l'absence d'un médecin anesthésiologie²⁷⁵.

191. *Domage d'aggravation.* C'est la visée de l'opération esthétique qui déclenche la notion du risque de dommage d'aggravation qui est susceptible de rendre l'intervention illégitime étant d'une disproportion manifeste. En effet, le chirurgien esthétique intervient sur une personne jouissant d'une bonne santé et l'opération ne vise qu'à réaliser une satisfaction psychologique et un réconfort tant physique que psychique. A cet effet, si l'opération esthétique risque d'apporter un dommage supplémentaire au patient aboutissant à une aggravation de son état de santé initial, elle sera d'une disproportion manifeste et par la suite, elle sera considérée comme illégitime. En d'autres termes, et en dépit de l'évaluation des avantages que peut apporter l'intervention de chirurgie esthétique, si elle comporte un dommage dont les effets auront pour conséquence d'aggraver l'état initial du patient, elle ne devra pas être entreprise par le praticien.

Par conséquent, le chirurgien esthétique est tenu d'une obligation de prudence exigeant de lui le respect du principe « *d'humanisme médical* » qui trouve un champ

²⁷³ CA Lyon, 6 janv. 1981, *JCP* 1981, II, 19698, note CHABAS.

²⁷⁴ CASEY Richard, DARSONVAL Vincent, *Le droit et la chirurgie esthétique*, Collection de médecine légale et de toxicologie, Masson, Paris, 1987.

²⁷⁵ Cass. civ. 1, 20 févr. 1979, *Bull. civ. I*, n°68.

d'application d'excellence en chirurgie esthétique ; il lui incombe de maintenir l'état du patient qui ne souffre pas d'une maladie déterminée et d'écarter toutes les prescriptions dont les effets pourraient apporter un dommage supplémentaire à son état initial. Ainsi, un traitement ou une opération qui pourraient laisser des séquelles disgracieuses sur la personne du patient et dont les conséquences pourraient affecter profondément sa psychologie sont disproportionnés en soi en dépit des profits de l'opération. On peut donc considérer que « *plus la disgrâce à traiter est petite et plus le contrat est dangereux car le risque d'aggravation est grand* »²⁷⁶.

Outre la disproportion manifeste, les dommages inclus dans le second bilan dressé par le chirurgien esthétique nécessitent qu'une évaluation soit faite entre les avantages que l'opération pourrait apporter et les dommages encourus. Une fois qu'une disproportion se présente, l'opération est qualifiée d'illégitime ; il s'agit de la disproportion incluse.

B. Disproportion incluse

192. Détermination de la disproportion incluse Contrairement à la disproportion manifeste, la disproportion incluse exige qu'une comparaison soit faite entre les avantages de l'opération et ses risques de dommages. En effet, l'obligation de prudence du chirurgien esthétique, ainsi que le principe du respect de l'intégrité corporelle, exigent du plasticien le recours à ce procédé d'évaluation. Il doit prendre en considération les risques de survenance de dommages à la suite de l'opération d'une part, et ses avantages esthétiques attendus qui concernent les profits de l'intervention en chirurgie esthétique, à savoir les attentes du patient, d'autre part, et si une disproportion se présente, l'opération sera illégitime.

En chirurgie générale, le point de repère du praticien est la sauvegarde de la vie du patient qui souffre d'une maladie déterminée ; il lui est donc permis d'entreprendre une intervention malgré les risques qu'elle pourrait encourir, puisqu'un but supérieur la justifie, la nécessité thérapeutique. Le chirurgien est tenu de prendre en considération ce critère médical pour indiquer le seuil à partir duquel l'opération devient nécessaire pour la survie du patient. Cependant, cette démarche n'est pas permise en chirurgie

²⁷⁶ ROUGE D., COSTAGLIOLA M., ARBUS L., « La responsabilité en chirurgie esthétique », *Nouvelle revue de médecine de Toulouse*, 1984, p. 461-462.

esthétique dont le point de repère n'est pas la sauvegarde de la vie d'un malade, mais plutôt la réalisation d'une satisfaction psychologique en réponse à une obsession d'embellissement chez la personne qui réclame un changement esthétique. L'état de cette dernière n'est donc pas commandé par une urgence curative qui menace sa vie et sa santé. Ces raisons empêchent le plasticien d'entreprendre une opération à visée esthétique si cette dernière ne saurait pas capable de réaliser les attentes de la personne qui la réclame. En d'autres termes, l'existence de dommages susceptibles de créer un déséquilibre entre le mal causé par l'intervention esthétique et le profit espéré est de nature à rendre l'opération illégitime pour disproportion incluse. Il est alors nécessaire de déterminer les critères des dommages qui nécessitent une évaluation et qui pourraient aboutir, en cas de disproportion, à une telle illégitimité.

En effet, une distinction est à établir entre les dommages qui vont se produire de façon incontestable et qui sont par contre permanents, et les dommages qui sont éventuels, tout en notant que le dommage incertain qu'est l'aléa thérapeutique n'empêche pas, comme déjà expliqué, la réalisation de l'opération à visée esthétique. Ce dernier est entendu d'une manière similaire en chirurgie générale comme en chirurgie esthétique puisque ces deux interventions surviennent sur une personne humaine dont les réactions ne sont pas prévisibles : Dans le premier cas, le dommage certain et permanent conduit immédiatement à l'illégitimité de l'opération, puisqu'il est d'une survenance incontestable. En revanche, dans le second cas, le plasticien, face à un dommage éventuel qui porte une probabilité de survenance, doit procéder à une évaluation comparative entre les profits que l'opération pourrait apporter en remédiant à la disgrâce physique du patient d'une part et, d'autre part, les dommages qui pourraient probablement survenir. Si l'intervention présente une probabilité de survenance de ces dommages éventuels supérieure aux avantages, l'opération sera alors illégitime suivant la règle de disproportion incluse. La disproportion aboutit donc à réduire la liberté de prescription, puisqu'un principe supérieur doit être respecté par le praticien, à savoir celui de la légitimité de l'opération esthétique. L'appréciation de la disproportion incombe donc au chirurgien esthétique ; une telle appréciation doit prendre en considération une série de facteurs.

193. *Appréciation de la disproportion incluse.* En vue d'une appréciation du bilan des avantages par rapport aux risques de dommages de l'intervention, et de repérer le seuil à ne pas franchir sous peine de disproportion, le chirurgien esthétique procède à son évaluation en se basant sur une série de critères d'appréciation. L'appréciation ne s'appuie pas uniquement sur des faits scientifiques, mais elle doit prendre en considération les critères individuels sans oublier les exigences de l'ordre public et des règles morales. A cet effet, et dans le but d'éclairer le plasticien et de le guider dans sa démarche tout en le préservant de l'arbitraire qui peut être dommageable pour le patient, un premier critère rentre dans l'appréciation de la disproportion incluse : il s'agit des connaissances scientifiques et des règles de l'art de la chirurgie esthétique. A ce critère insuffisant en tant que tel pour décider de la disproportion, et par la suite de l'illégitimité de l'opération, s'ajoute des facteurs individuels. Car effectivement l'intervention sur le corps humain est essentiellement aléatoire et pleine de surprises. Les dommages éventuels varient d'un individu à l'autre et, pour un même individu, d'une localité à l'autre. Pour ces raisons, l'appréciation doit se faire au cas par cas en se basant sur des probabilités individuelles sans s'appuyer uniquement sur des faits scientifiques.

Reste un critère, celui du respect de l'ordre public, des bonnes mœurs et des règles morales spécifiques dans une société déterminée. Notons que le respect de l'ordre public ne se résume pas uniquement par l'absence de danger corporel, mais il s'étend à tout ce qui peut choquer dans la société. Les critères qui sont inclus dans l'appréciation de la disproportion entre les risques de dommages et les avantages de l'opération étant ainsi définis, développons l'aspect de cette notion de disproportion qui constitue également le point de repère déterminant la légitimité de l'opération esthétique.

§2. La disproportion, mesure de légitimité

194. La règle de disproportion est également conçue comme un facteur déterminant la légitimité de l'opération chirurgicale esthétique. En effet, en matière de chirurgie esthétique, la motivation principale de la personne est le résultat attendu de l'opération. Pourtant, cette motivation peut être compromise par l'existence de risques de dommages qui affecte l'intervention et qui peut empêcher le praticien d'intervenir.

195. Nécessité de déterminer les catégories de risques de dommages. Lors de son appréciation du bilan des avantages par rapport aux risques de dommages, il est nécessaire pour le chirurgien esthétique de déterminer les catégories de risques de dommages qui déclenchent, malgré une disproportion qui se présente, la légitimité de l'opération. Ainsi, une distinction est à faire entre les dommages certains et temporaires, les dommages certains et d'une gravité minime et les dommages éventuels²⁷⁷. Si le bilan établi comporte parmi ses données que l'opération va causer un dommage certain mais temporaire, cette dernière est considérée toujours légitime malgré la disproportion entre les avantages de l'opération et ses dommages. La nature de ces dommages qui sont inhérents à la réalisation d'un acte chirurgical, ne sont que temporaires et se produisent normalement par la suite, a exigé une telle démarche. D'un autre côté, si le chirurgien esthétique trouve qu'un dommage de gravité minime va résulter de l'opération, et que les moyens pour y remédier sont médicalement réalisables, la règle de disproportion penche vers les avantages qui sont dans ce cas plus importants que les dommages minimes ; l'intervention est donc légitimée pour cette catégorie de dommages. En revanche, lorsqu'un risque de survenance d'un dommage éventuel se pose, cette hypothèse exige du chirurgien esthétique le recours à une évaluation comparative. Cette dernière concerne les probabilités conclues des données du bilan entre les avantages que l'opération peut réaliser et les risques de dommages qui peuvent en survenir. Ainsi, s'il trouve que la probabilité des avantages est beaucoup plus importante que celle des risques de survenance d'un dommage éventuel, la règle de disproportion penche alors vers des avantages pour considérer l'intervention légitime.

Par conséquent, une disproportion « *infime* » résultant de l'existence d'un dommage éventuel, mais en même temps minime par rapport aux avantages, est de nature à laisser l'opération esthétique dans son cadre légitime et légal. Pour se faire, le chirurgien esthétique doit éventuellement procéder à une analyse des données scientifiques concernant l'opération chirurgicale esthétique réclamée, ainsi qu'avoir recours aux probabilités et aux motivations individuelles, sans oublier les exigences de l'ordre public, des bonnes mœurs et des règles morales.

196. Bilan. On peut donc déduire que le repère pour la définition de la licéité de l'opération en chirurgie esthétique est la disproportion mesurée à l'importance des

²⁷⁷ V. *supra* n°129 et s.

risques de dommages de l'intervention par rapport aux résultats attendus. L'absence de risques de dommages ne crée pas éventuellement aucune disproportion, tout au contraire ; il y a une proportionnalité totale et l'opération est en tant que telle justifiée et légitime. La même solution s'applique aux cas des dommages certains et temporaires, des dommages certains de gravité minimale et des dommages éventuels mais dont la probabilité de survenance est minimale produisant alors une légère disproportion. A cet égard, M. FABRE considère que la « *licéité ne peut être admise que si la balance penche nettement en faveur des avantages par rapport à l'ensemble des risques susceptibles de se réaliser* »²⁷⁸.

La seconde phase dans la démarche que le chirurgien esthétique est tenu de suivre avant d'arriver à la phase de décision d'intervenir ou de s'abstenir, est donc le processus d'appréciation. Ce dernier est lié à deux notions de base : l'une est la mesure de l'utilité ou de l'inutilité de l'intervention permettant d'apprécier les données inscrites au premier bilan dressé par le chirurgien esthétique à savoir celui des probabilités de succès de l'intervention par rapport au risque de son échec ; la seconde est la mesure de la légitimité ou de l'illégitimité de l'intervention liée à la règle de disproportion permettant d'apprécier les données inscrites au second bilan dressé par le praticien à savoir celui des avantages de l'opération par rapport à aux risques de dommages pouvant en résulter. Cette phase se reflète directement sur la décision finale devant être prise par le chirurgien esthétique.

²⁷⁸ BANZET P., FABRE H., *Responsabilité médicale en chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique* (le point de vue de l'expert, le point de vue de l'avocat), Médecine et droit, 1994, n°5, p. 29

CHAPITRE IV

LE PROCESSUS DECISIONNEL

197. *Présentation.* Contrairement à l'intervention en chirurgie générale, l'intervention à visée esthétique est liée à la finalité de sa réalisation et à la légitimité de sa survenance ; ces deux critères provenant de la notion d'utilité de l'intervention d'une part et de celle de disproportion d'autre part, interviennent directement sur le processus décisionnel opéré par le praticien. Ainsi, à la suite de l'opération d'appréciation achevée par le chirurgien esthétique, il lui incombe de procéder à un préliminaire nécessaire dans le processus décisionnel, à savoir celui du préalable à la décision (**section I**), avant d'analyser ensuite l'impact de la phase d'appréciation sur la décision (**section II**).

SECTION I LE PREALABLE A LA DECISION

198. Le processus décisionnel exige qu'une phase préliminaire soit effectuée par le chirurgien esthétique préalablement à sa décision finale. Ainsi, sa décision finale doit être précédée par des préliminaires nécessaires, à savoir, une première consultation suivie d'une seconde (§1). Sur un autre plan, la question se pose également quant à la relation entre la nature de l'intervention chirurgicale esthétique à réaliser et l'aléa thérapeutique, et si ce dernier est d'une incompatibilité avec l'intervention à visée esthétique qui pourrait empêcher la réalisation de l'opération (§2).

§1. Les préliminaires nécessaires

199. *Première consultation.* Une première consultation précédemment envisagé dans le processus de focalisation est donc nécessaire pour que le chirurgien esthétique puisse focaliser tous les éléments pouvant avoir un effet sur l'intervention. Il s'agit donc d'une phase primaire qui exige du plasticien d'écouter le patient, de l'interroger pour

connaître ses motivations, de l'examiner avec le plus grand soin, d'effectuer des examens complémentaires, etc.

Etant donné que l'acte à visée esthétique ne ressort que de la demande de la personne qui souhaite le réaliser pour une finalité d'amélioration donnée, il incombe alors au chirurgien esthétique de ne pas suggérer sa pratique. Ceci lui impose une grande rigueur et une honnêteté pour qu'il puisse répondre de manière appropriée à la demande du patient. Lors de cette première consultation le chirurgien esthétique examine également la concordance entre la demande de changement esthétique et le défaut physique réel. A la suite de cette consultation, si le praticien estime que l'intervention peut être envisagée, une série de mesures sont exigés de sa part : Il est tenu d'informer son patient par application de l'obligation d'information qui lui est imposée. Cette information doit être donnée de façon détaillée et elle comprend, comme déjà vu²⁷⁹, des informations d'ordre technique, financier, administratif et médical. Elle doit comporter tous les détails relatifs à l'intervention (les techniques possibles, les modalités, les avantages de l'opération, les inconvénients, les séquelles, les dommages pouvant en résulter, le coût, etc.) pour permettre au patient de consentir clairement et complètement puisqu'aucune urgence ou nécessité thérapeutique n'est présente. Le plasticien est ensuite tenu de proposer la méthode la plus adaptée aux conditions locales et générales en privilégiant la technique opératoire la plus simple, la plus sûre, comportant les moindres séquelles iatrogènes. Dans cette démarche préalable, le chirurgien esthétique est appelé à prescrire des examens complémentaires nécessaires comme déjà détaillé²⁸⁰. Enfin, il doit informer par courrier le médecin traitant du patient dans le cas où celui-ci est traité pour un état malade, avec un double adressé au patient, et ce par application de l'obligation d'information entre médecins. Cette information comporte une récapitulation de l'information délivrée au patient notamment, les questions posées par ce dernier et les réponses fournies, les actes envisagés, sollicités ou déconseillés.

A la suite de cette première consultation, une seconde sera prévue ; celle-ci constitue une étape nécessaire dans le préalable à une opération à visée esthétique, puisqu'elle aura lieu après un délai de réflexion donné au patient pour lui permettre de prendre sa décision en toute connaissance de cause. Ce délai est devenu une procédure

²⁷⁹ V. *supra* n°23 et s.

²⁸⁰ V. *supra* n°143 et s.

obligatoire en chirurgie esthétique après l'élaboration de l'arrêté du 17 octobre 1996 qui a également exigé qu'un devis écrit soit transmis au patient, comme précédemment mentionné²⁸¹. Ce délai est fixé par les décrets d'application datant du 11 juillet 1995²⁸², de ladite loi et est devenu l'article D. 6322-30 CSP ; il est de quinze jours après la remise du devis détaillé, daté et signé par le chirurgien esthétique. Ce dernier ne peut être en aucun cas dérogé à ce délai, même sur demande de la personne concernée. Le non-respect de toutes ces dispositions est sanctionné pénalement par l'article L.6324-2 II du Code de la Santé Publique²⁸³.

Par ailleurs la bonne pratique en « *chirurgie de confort* » exige du praticien de ne rien décider à la fin de la première consultation. Le délai de réflexion donné au patient est toujours bénéfique puisque toute décision prématurée en chirurgie esthétique est toujours hâtive. Le chirurgien esthétique peut également, et s'il le juge nécessaire, demander une consultation spécialisée auprès d'un psychiatre. Reste à noter que le chirurgien esthétique adresse un nouveau courrier, si nécessaire, au médecin traitant du patient, qui en reçoit un double, en vue d'y discuter la demande et expliciter la réponse.

200. *Seconde consultation.* Selon l'article L 6322-2 CSP²⁸⁴, « *Pour toute prestation de chirurgie esthétique, la personne concernée, et, s'il y a lieu, son*

²⁸¹ Article 1^{er} de l'arrêté du 17 oct. 1996 relatif à la publicité des prix des actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique : « *Pour toute prestation à visée esthétique, dont le montant estimé est supérieur ou égal à 300 euros ou comportant une anesthésie générale, le praticien remet un devis détaillé.*

Les autres prestations à visée esthétique doivent également donner lieu à un devis détaillé lorsque la personne examinée le demande. »

Article 2 : « *Dans tous les cas, le devis, établi en double exemplaire et signé du praticien, doit également comporter l'indication manuscrite, datée et signée du consommateur : 'devis reçu avant l'exécution de la prestation de service'.*

Passé le délai de réflexion, la personne examinée qui accepte le devis doit porter sur l'exemplaire du praticien la mention manuscrite, datée et signée : 'devis accepté après réflexion'.

Lorsque le praticien fournit les informations médicales mentionnées à l'alinéa 5 sur un document séparé, ce document doit comporter les mêmes mentions manuscrites et signatures que le présent devis. »

Article 3 : « *Pour tous les actes à visée esthétique qui ne sont pas visés à l'article 1er, est remis à la personne examinée un document d'information reprenant les alinéas 1 à 5 de l'article 2. »*

²⁸² Modifié par le Décret n°2005-1366 du 2 novembre 2005 - art. 1 JORF 4 nov. 2005.

²⁸³ L'article L. 6324-2 du Code de la Santé Publique dispose qu' « *Est puni d'une amende de 30 000 Euros le fait : 1° De ne pas remettre le devis détaillé prévu à l'article L. 6322-2 ; 2° De ne pas respecter le délai prévu au même article ; 3° D'exiger ou d'obtenir pendant ce même délai une contrepartie de quelque nature qu'elle soit* ».

²⁸⁴ Modifié par l'Ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003 - art. 11 JORF 6 sept. 2003.

représentant légal, doivent être informés par le praticien responsable des conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications. Cette information est accompagnée de la remise d'un devis détaillé. Un délai minimum doit être respecté par le praticien entre la remise de ce devis et l'intervention éventuelle. Pendant cette période, il ne peut être exigé ou obtenu de la personne concernée une contrepartie quelconque ni aucun engagement à l'exception des honoraires afférents aux consultations préalables à l'intervention ». En outre, en vertu de l'article D 6322-30 CSP²⁸⁵, le délai de réflexion est de quinze jours à la fin desquels une deuxième rencontre aura lieu entre le chirurgien esthétique et son patient pour prendre la décision finale concernant l'intervention²⁸⁶. La nature et la finalité de l'intervention chirurgicale esthétique rendent nécessaire que cette dernière soit entourée de toutes les exigences qui permettent de protéger le patient afin qu'il prenne sa décision en toute connaissance de cause. Ainsi, après le délai de réflexion, et lors de cette deuxième consultation, le patient prend sa décision. Le dialogue sera alors repris lors de ladite consultation ; le chirurgien réitère l'information et répond également aux nouvelles éventuelles questions. En cas d'incertitude du patient, le chirurgien esthétique ne devra pas hésiter à fixer une nouvelle consultation.

Si la décision est prise, le dossier sera complété et des photographies seront prises de nouveau. Ces derniers serviront, comme déjà mentionné²⁸⁷, de « *document de travail* » en vue d'évaluer la correction apportée, ainsi que de « *document médico-légal* » en cas de litige attestant l'état postopératoire du patient. Il convient de préciser dans ce contexte qu'il est dangereux de confier des photographies retouchées au patient ; le chirurgien présente dans ce cas au patient une proposition de résultat trop précise, ne pouvant être une certitude. En outre, ces photographies, une fois confiées, peuvent constituer une sorte de « *promesse de résultat* », alors qu'en réalité elles ne sont que le « *projet idéal* » vers lequel les efforts du plasticien vont essayer de tendre. C'est ainsi qu'il est nécessaire que le chirurgien y mentionne l'expression « *projet idéal* » avant de les confier au patient.

Une fois la décision du patient prise, le devis obligatoire sera signé par ce dernier qui signe également sur le document d'information s'il lui est délivré. Par la suite,

²⁸⁵ Modifié par le Décret n°2005-1366 du 2 novembre 2005 - art. 1 JORF 4 nov. 2005.

²⁸⁶ Article D. 6322-30 du Code de la Santé Publique.

²⁸⁷ V. *supra* n°152 et s.

seront fixés le rendez-vous d'anesthésie et la date opératoire après un nouveau délai de réflexion permettant au patient de revoir son plasticien. A l'issue de la seconde consultation, un nouveau courrier détaillé sera adressé au médecin traitant, avec un double au patient, mentionnant le détail de la demande et de la réponse, l'intervention envisagée avec sa description, ses risques de dommages, les attentes du patient, etc.

Un préalable nécessaire qui pourrait également affecter l'opération demeure, à savoir l'aléa thérapeutique. Il convient alors d'examiner l'étendue de l'effet de ce dernier et sa compatibilité avec l'intervention chirurgicale esthétique.

§2. *L'intervention chirurgicale esthétique et l'aléa thérapeutique*

201. Problématique. La question qui se pose est celle de savoir si l'aléa thérapeutique est de nature à affecter la réalisation de l'intervention du fait qu'elle est à visée esthétique, ou bien s'il est entendu en chirurgie esthétique de la même manière qu'en chirurgie générale. L'aléa thérapeutique constitue, en effet, « *la part d'incertitude inhérente à toute intervention chirurgicale ou tout acte médical, même le mieux réalisé, du fait de réaction imprévisible du patient ou de circonstances imparables ne mettant pas en cause la technique ou la compétence des soignants* »²⁸⁸. L'aléa thérapeutique résulte donc des réactions imprévues, voire inattendues, du patient lors d'une intervention chirurgicale ; il est imprévisible du côté scientifique et d'une survenance totalement incertaine.

202. Solution. Ce dommage pourrait menacer tout patient subissant un acte chirurgical, en dépit du respect de toutes les règles d'art exigées par la profession médicale. La nature de l'aléa thérapeutique fait ainsi de lui le dommage incertain qui accompagne toute intervention chirurgicale, qu'elle soit esthétique ou non. A l'exemple du chirurgien général, le chirurgien esthétique ne peut jamais prévoir la possibilité de la survenance certaine d'une telle complication soudaine. Ce dommage intervient indépendamment de la nature de l'acte chirurgical, puisqu'il est inhérent à l'acte du fait qu'il se produit sur un être humain. Le risque de survenance de ce dommage individuel ne se contredit pas alors avec la nature esthétique de l'intervention chirurgicale, et de ce fait, il ne constitue pas un élément qui entraîne l'abstention de réaliser cette dernière.

²⁸⁸ CABUTEAU D., *L'indemnisation du risque thérapeutique*, préc.

Reste alors à examiner l'impact de la phase d'appréciation sur le processus décisionnel puisqu'elle peut aboutir soit à autoriser le chirurgien esthétique à la réalisation de l'intervention soit à prendre la décision de s'en abstenir.

SECTION II L'IMPACT DU PROCESSUS D'APPRECIATION SUR LA DECISION FINALE

203. *Prise de la décision.* Le processus d'appréciation a un impact direct sur la décision finale prise par le chirurgien esthétique. Ainsi, une appréciation de l'utilité de l'intervention se fait au travers du bilan dressé des probabilités de succès par rapport au risque d'échec de l'intervention ; une appréciation de la légitimité de l'intervention se réalise suivant la règle de disproportion au travers du bilan des avantages par rapport aux risques de dommages de l'intervention. Ces étapes sont imposées au chirurgien esthétique avant de prendre la décision d'effectuer l'opération chirurgicale esthétique. C'est ainsi que l'intervention doit être refusée par le plasticien si elle est considérée comme inutile ou illégitime (§1) ; en revanche, si elle est jugée utile ou légitime par le chirurgien esthétique, il la réalisera (§2).

§1. En cas d'abstention

204. *Obligation de s'abstenir.* Lorsqu'une disproportion, manifeste ou incluse, ou bien un cas d'inutilité, met l'intervention esthétique en dehors du domaine de légitimité ou d'utilité, le chirurgien esthétique est tenu de prendre la décision de s'abstenir d'opérer, sous peine d'être condamné pour avoir manqué à son devoir de prudence. Pourtant, l'abstention d'intervenir en ce cas suscite deux hypothèses différentes : La première concerne le consentement du patient comme facteur capable de redonner la légitimité ou l'utilité à une intervention illégitime ou inutile ; la seconde est celle du sort du contrat médical entre le chirurgien esthétique et le patient.

205. *L'inanité du consentement du patient.* La réponse unanime à la première hypothèse nie toute possibilité de couvrir l'invalidité de l'intervention par le

consentement du patient. Dans le cadre d'une relation contractuelle, la volonté du patient, quoiqu'elle soit respectable, n'est pas toutefois souveraine jusqu'au point de conduire le chirurgien esthétique à réfuter les règles de l'art et la loi pour faire subir une opération à un patient du fait que ce dernier y a consenti. La volonté du patient ne peut donc jamais constituer un fait justificatif capable de légitimer une intervention illégitime ou de la placer de nouveau dans le champ d'utilité, nonobstant le caractère subjectif de l'intervention en chirurgie esthétique. De plus, l'adhésion du patient à la réalisation d'un acte illicite ou inutile ne peut immuniser le plasticien contre toute responsabilité. Il s'agit, en fait, de protéger les personnes fragiles contre les sollicitations d'équipes médicales intéressées et les précipitations de traitements irréversibles insuffisamment étudiées.

En dépit de la liberté de toute personne de disposer de son corps, le chirurgien esthétique doit refuser de faire une intervention illégitime ou inutile. C'est dans ce sens que l'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1959 a jugé que « *le chirurgien plasticien devait, quelle que soit la volonté de sa cliente, se refuser catégoriquement à l'opérer en raison de la disproportion manifeste entre les risques qu'elle encourait du fait de l'opération et les avantages qu'elle pouvait escompter... le chirurgien plasticien méconnaît l'obligation de prudence et de diligence qui lui incombe s'il fait courir au patient un risque sans proportion avec les avantages escomptés* »²⁸⁹. La Cour d'appel de Paris a reproché également à un chirurgien esthétique d'avoir accepté d'entreprendre une opération d'ordre esthétique sur des cicatrices, alors que cette intervention avait été déconseillée à la patiente par d'autres chirurgiens. Il ne devait pas mettre en œuvre une thérapeutique dont les inconvénients risquaient de surpasser la disgrâce qu'il prétendait traiter²⁹⁰. L'avis de M. Mémeteau va également dans ce sens en estimant que « *la chirurgie esthétique est un domaine d'élection du devoir du médecin de refuser son*

²⁸⁹ CA Paris, 13 janv. 1959, cité *supra* n°46.

²⁹⁰ CA Paris, 14 sept. 1990, cité *supra* n°121 : « *En acceptant de réaliser l'opération, le médecin a fait courir à sa patiente un risque hors de proportion avec les avantages escomptés dès lors qu'il est prouvé que le bilan cicatriciel n'a pas diminué sur l'un des deux emplacements que la patiente voulait voir améliorer, et qu'il a été créé du fait des prélèvements pour les greffes une troisième zone de cicatrices disgracieuses. L'atteinte à l'intégrité physique du malade ne peut se justifier que si elle respecte un certain équilibre entre le mal causé par l'intervention et le profit espéré de sorte que le médecin, qui doit informer sa cliente afin qu'elle se décide en toute connaissance de cause, ne doit pas mettre en œuvre une thérapeutique dont les inconvénients risqueraient de surpasser la disgrâce qu'il prétend traiter ou dont la gravité serait hors de proportion avec l'embellissement espéré.* ».

intervention s'il y a disproportion entre le risque encouru, qu'il est présumé pouvoir apprécier, et l'amélioration morphologique espérée »²⁹¹.

En définitive, une fois constatée illégitime ou inutile, l'intervention à visée esthétique encourt une interdiction sans que le consentement du patient ait la faculté de l'effacer.

206. *Sort du contrat médical.* L'impact de l'illégitimité et de l'inutilité de l'intervention en chirurgie esthétique sur le contrat conclu entre le chirurgien esthétique et le patient fait l'objet d'un débat doctrinal : deux avis se partagent la question : pour les uns, la proportionnalité est admise comme étant une condition du contrat, et elle est susceptible, par ce fait, d'entraîner la nullité du contrat à chaque fois que la proportionnalité fait défaut²⁹². Ils posent la solution sur la base du principe de proportionnalité et suivant l'approche confuse admise par la jurisprudence française. Pour d'autres, cette démarche survient dans la phase précontractuelle, puisque, selon cet avis, l'examen du patient doit précéder l'acceptation du praticien dans la conclusion du contrat. Elle déclenche, par conséquent, une faute délictuelle.

En tout état de cause, une intervention illégitime ou inutile impose au chirurgien esthétique le devoir de refuser l'opération esthétique. Or, ce n'est pas le cas lorsqu'une opération est considérée légitime ou utile.

§2. *En cas d'intervention*

207. *Circonstances.* Lorsque l'appréciation de la disproportion implique une légitimité de l'intervention, ou lorsque l'appréciation de l'utilité éloigne toute inutilité, le chirurgien esthétique, ayant achevé le préalable nécessaire à l'intervention, sera autorisé à réaliser cette dernière. Contrairement à l'intervention esthétique illégitime ou inutile, le consentement du patient occupe une place importante dans cette hypothèse. Ainsi, le dommage minime autorise le chirurgien esthétique à faire l'intervention avec le consentement du patient dès lors que les moyens de l'enrayer existent²⁹³. Les

²⁹¹ MEMETEAU, note sous CA Versailles, 17 janv. 1991, cité *supra* n°36.

²⁹² BANZET P., FABRE H., *Responsabilité médicale en chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique* (le point de vue de l'expert, le point de vue de l'avocat), Médecine et droit, 1994, n°5, p.33

²⁹³ NAHON Pierre, *Vaincre la chirurgie esthétique*, éditions du Rocher, 1996, p. 135.

probabilités élevées de succès de l'intervention autorisent également le praticien à faire l'intervention réputée utile.

208. Règles à respecter. Dans tous les cas, l'acte chirurgical esthétique doit être réalisé conformément aux règles de l'art et à l'explication préopératoire ; c'est ainsi que la décision d'intervenir nécessite le respect d'un nombre de règles générales que le chirurgien esthétique ne doit pas méconnaître. Il est tenu d'être vigilant quant à la constitution des programmes opératoires. Il doit vérifier également l'identité de son patient, puisque l'erreur en cas de faute d'identité serait une imprudence énorme de sa part, étant le maître d'œuvre de l'intervention. De plus, il est appelé à établir un compte-rendu opératoire de qualité, ce dernier constituant le reflet de la maîtrise opératoire. Enfin, il doit être présent à la fin de l'intervention, au changement de position du corps et suivre le patient jusqu'à la salle de réveil.

209. Intérêt médical, intérêt moral. Il reste à noter que l'intervention à visée esthétique comporte parfois un risque d'autoriser des actes qui sont scientifiquement réalisables mais interdits du point de vue de l'éthique et de la morale. La distinction entre l'intérêt médical et l'intérêt moral ou psychologique de l'intervention esthétique pourrait susciter quelques hésitations que comporte cette hypothèse. On peut avancer par exemple le cas d'une personne réclamant un changement physique sous prétexte de remédier à son état psychique pour échapper à une poursuite judiciaire ou à une condamnation. C'est ainsi que la question de légitimer des actes esthétiques scientifiquement et psychologiquement réalisables, mais qui pourraient cacher en réalité une intention illégale de la part de la personne qui la réclame, nécessite une très grande délicatesse, voire une prudence redoublée de la part du chirurgien esthétique. Pourtant, une telle hypothèse ne doit pas être généralisée jusqu'au point de mettre en cause le critère de légitimité fondé sur la règle de disproportion.



CONCLUSION DU TITRE II

210. En conclusion, le chirurgien esthétique est tenu de suivre un processus en trois phases avant de prendre sa décision finale d'intervenir ; ce processus pourra exiger de lui une décision négative, à savoir de ne pas faire l'opération. Après le premier processus qui est celui de la focalisation des différents éléments pouvant affecter

l'intervention, le chirurgien esthétique doit accomplir un processus d'appréciation de l'intervention qui est strictement lié au principe de disproportion, d'une part, et à la notion de l'utilité d'autre part. Ainsi, une fois qu'une inutilité rendant l'intervention inapte à réaliser la finalité qui a justifié l'acte à visée esthétique est dégagée, ou bien qu'une disproportion en est déduite, qu'elle soit manifeste évaluée indépendamment des avantages de l'opération, ou bien incluse où les avantages de l'opération paraissent minimes par rapport à ses dommages, l'intervention considérée illégitime ou inutile ne doit pas être réalisée.

En revanche, la disproportion est également la mesure de la légitimité de l'opération; il s'agit dans ce cas de l'hypothèse des dommages minimes que l'intervention pourrait encourir par rapport à ses avantages autorisant le praticien à réaliser l'opération, laquelle est également admise lorsque l'opération est réputée utile suivant l'appréciation du bilan des probabilités de son succès par rapport aux risques de son échec. C'est ainsi que le processus d'appréciation se reflète directement sur le processus de la décision finale qui doit être prise par le chirurgien esthétique, tout en notant que ce dernier est appelé à faire les préliminaires nécessaires de l'opération, à savoir une première consultation suivie d'une seconde.



CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

211. Les obligations du chirurgien esthétique caractérisées par une sévérité particulière, et qui sont juxtaposées au processus décisionnel dans ce domaine, révèlent la première face du traitement juridique spécial du chirurgien esthétique. Cette particularité provient essentiellement de la nature non curative de l'intervention chirurgicale esthétique ainsi que de sa finalité qui est de réaliser une amélioration de la morphologie. Elle se traduit particulièrement par l'obligation d'information qui incombe au chirurgien esthétique et qui se distingue de celle imposée à tout praticien par sa sévérité puisqu'elle demande du chirurgien esthétique une plus forte prudence, mais qui se distingue aussi par le processus préalable à la décision finale qui est tripartite, exigeant en premier lieu un processus de focalisation, suivi en deuxième lieu d'un processus d'appréciation avant de finir en troisième lieu par le processus décisionnel durant lequel le chirurgien esthétique décide soit de réaliser l'opération soit de s'abstenir. Ces obligations préalables qui se rattachent fortement à la finalité de

l'intervention chirurgicale esthétique exigeant une protection du patient ainsi qu'une grande prudence de la part du chirurgien esthétique avant de réaliser l'opération à visée esthétique, conduisent normalement à affirmer que le chirurgien esthétique doit assumer la responsabilité des résultats produits par sa défaillance dès lors qu'il manque à ses obligations préalables. C'est ainsi que la deuxième phase du traitement juridique spécial du chirurgien esthétique concerne la spécificité de la responsabilité également adaptée à la spécificité de la nature et de la finalité de l'intervention chirurgicale esthétique.

PARTIE II

LA LOGIQUE DE RESPONSABILITE MESUREE A LA NATURE ET A LA FINALITE SPECIFIQUES DE L'INTERVENTION CHIRURGICALE ESTHETIQUE

212. Présentation. Le principe général qui oblige toute personne à répondre aux résultats de ses actes est également applicable au chirurgien esthétique ; pourtant, la responsabilité de ce dernier se caractérise par une spécificité se rattachant à la nature non curative de l'intervention chirurgicale esthétique et à sa finalité ne visant aucun but thérapeutique, son but unique étant la satisfaction psychologique résultant de l'amélioration de l'image de la personne. Ainsi, le second aspect du traitement juridique spécial du chirurgien esthétique se présente à travers la responsabilité de ce dernier qui est mesurée à la nature ainsi qu'à la finalité spécifique de l'intervention chirurgicale esthétique. En effet, outre la responsabilité incombant à tout praticien qui peut être condamné sur les plans civil, pénal et professionnel, la responsabilité du chirurgien esthétique est conçue beaucoup plus sévèrement que toute autre branche médicale curative. Cette spécificité imposée par le particularisme de cette discipline, tant sur le plan de sa nature que sur celui de son but, entraîne ainsi une responsabilité civile spécifique du chirurgien esthétique (**Titre I**), mais également une responsabilité pénale spécifique de celui-ci (**Titre II**).

TITRE I

LA RESPONSABILITE CIVILE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE

213. *L'impact de la spécificité de l'intervention.* La nature de l'intervention chirurgicale esthétique, dépourvue de toute nécessité thérapeutique et revêtant un caractère totalement facultatif, de même que sa finalité, a poussé la jurisprudence à suivre une démarche spécifique au niveau de la responsabilité civile du chirurgien esthétique. Une telle démarche, aussi rigoureuse que sévère, tend essentiellement à protéger la personne qui jouit d'une bonne santé et qui subit une intervention à visée esthétique dans le seul but de réaliser une satisfaction psychologique au travers d'une amélioration physique. La spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique a donc exigé une condamnation spécifique du chirurgien esthétique en cas de non-respect de ses obligations. A cet effet, la jurisprudence française, et en vue de déterminer la responsabilité civile individuelle du chirurgien esthétique, a considéré que la problématique essentielle pour parvenir à ce but consistait à préciser la nature de l'obligation de ce dernier : est-elle une obligation de moyens ou une obligation de résultat ? Elle a également laissé une place à l'obligation de sécurité au sein de la responsabilité civile du plasticien. Ainsi elle a fondé toute son approche sur une procédure de mutation des notions du droit général de la responsabilité civile en essayant de les adapter à la nature spécifique de la chirurgie esthétique.

Le législateur a, à son tour, tenté de « collectiviser » la responsabilité directe du praticien, et entre autres du chirurgien esthétique, en vue d'assurer au patient une indemnisation dans des cas précis déterminés en vertu de la loi du 4 mars 2002 ; ce sont les cas d'infection nosocomiale, d'infection iatrogène et d'accidents médicaux. Pourtant, et en ce qui concerne la responsabilité directe du chirurgien esthétique, la procédure de transposition des notions et des règles générales n'a pas entraîné une

stabilité dans le champ de la responsabilité du plasticien. Tout au contraire, cette mutation était inadaptée à la nature de l'intervention chirurgicale esthétique, ce qui a abouti à une multitude de notions transférées, mais aussi inventées. A cet effet, et tout en se fondant sur la nature contractuelle de la relation médicale qui lie le patient à son praticien et qui s'applique également en chirurgie esthétique, la démarche jurisprudentielle s'est caractérisée par une confusion et une dénaturation du régime juridique de nombre de notions de droit commun, pour un seul but, celui d'essayer d'adapter ces notions à la spécificité de la chirurgie esthétique.

Les palliatifs à la responsabilité directe élaborés par le législateur français n'ont pas stabilisé la position jurisprudentielle en ce qui concerne la responsabilité directe du chirurgien esthétique nécessitant alors une analyse de son régime (**chapitre I**). Celle-ci sera suivie d'une étude de ses divers points critiquables (**chapitre II**).

CHAPITRE I

ANALYSE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DIRECTE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE

214. Présentation. Le législateur français a essayé d'élaborer des palliatifs à la responsabilité directe, mais cette tentative était insuffisante (**section I**). La démarche adoptée par la jurisprudence serait ainsi intéressante à traiter, cela nécessitera de déterminer tout d'abord ce qu'il faut entendre par obligation de moyens, de résultat et de sécurité (**section II**), trois notions que la Cour de cassation a empruntées à la chirurgie générale pour les transposer en matière de chirurgie esthétique. Aussi faut-il reprendre l'évolution de la nature de la relation liant le patient au praticien et, par la suite, celle de sa responsabilité médicale (**section III**), étant donné que la chirurgie esthétique fait partie du domaine médical (**section IV**).

SECTION I LES PALLIATIFS A LA RESPONSABILITE DIRECTE

215. Loi du 4 mars 2002. Dans une tentative de concilier entre les intérêts des patients et ceux des praticiens, le législateur est intervenu en vertu de la loi du 4 mars 2002, suivie de la loi du 30 décembre 2002 (ayant subi plusieurs modifications dont la dernière fut en 2015²⁹⁴), pour énoncer des règles relatives à la prise en charge des infections nosocomiales, des infections iatrogènes et des accidents médicaux par la collectivité. En effet, préalablement à l'élaboration de cette loi, plusieurs avis posaient la nécessité de l'intervention du législateur sur le sujet comme pouvait le mentionner Y. LAMBERT-FAIVRE : « depuis 1960 tout le monde a compris que la jurisprudence ne peut résoudre seule les accidents médicaux »²⁹⁵. Par ailleurs, A. BERGOGNE estimait que : « de l'avis des experts, doivent être mis sur pied deux systèmes d'indemnisation.

²⁹⁴ Loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015.

²⁹⁵ LAMBERT-FAIVRE Y., *La réparation de l'accident médical : obligation de sécurité, oui ; aléa thérapeutique, non*, D.2001, chr. 510.

Les accidents fautifs relèveraient de l'assurance en responsabilité civile des professions de santé, qui gagnerait à devenir obligatoire. Les accidents non fautifs, notamment les risques sériels, seraient indemnisés par un fond spécial, relevant de la solidarité nationale. Reste à définir les critères selon lesquels les victimes seraient indemnisées. »²⁹⁶. Ainsi, la loi du 4 mars 2002 en son Titre IV aux articles L.1142 et suivants du Code de la Santé Publique prévoyait ces critères. En vertu de cette loi, les patients victimes sont indemnisés par des fonds spéciaux, mais c'est seulement aux dommages graves et dans les conditions précisées dans ladite loi que la procédure spéciale d'indemnisation s'applique ; tout autre dommage reste soumis au droit commun de la responsabilité et donc aux dispositions jurisprudentielles. Ces dispositions ont prévu, d'une part, la création des organes spécifiques (§1) et, d'autre part, ont précisé le domaine d'application de la loi en distinguant trois cas différents (§2).

§1. Les organes spécifiques

216. Trois organes²⁹⁷. Le premier organe est la Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI). Le rôle de cette commission, en vertu de l'article L.1142-5²⁹⁸ du Code de la Santé Publique, est de concilier tous les accidents médicaux qui ont causé des dommages d'une certaine gravité pour lesquels elle doit instruire les dossiers. Cette procédure permet d'apprécier la gravité du dommage qui doit entraîner un taux d'incapacité minimal de 25% pour donner le droit à réparation. Ce taux est fixé en vertu de la loi du 12 mai 2009 qui a modifié l'article 1142-1 du Code de la Santé Publique. Si, en revanche, cette cause résulte d'une faute, l'indemnisation sera faite par l'assureur du médecin et non par le fonds d'indemnisation comme dans le cas d'un

²⁹⁶ BERGOGNE A., *Une loi nécessaire*, Le concours médical, 4 décembre 1999, 121-39, p.3088.

²⁹⁷ LAMAR M.-J., *Aléa thérapeutique : vers une meilleure réparation*, Médecine et Droit, n°54, 2002, p. 7-14.

²⁹⁸ Celui-ci dispose dans son alinéa 1^{er} que « Dans chaque région, une ou plusieurs commissions de conciliation et d'indemnisation sont chargées de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L. 1142-1 et L. 1142-2 ».

dommage résultant d'un aléa. Le rôle essentiel de la CRCI est donc d'aiguiller les victimes.

Le deuxième organe spécifique est la Commission Nationale des Accidents Médicaux dont le rôle est double : la désignation des experts spécialisés dans les accidents médicaux, mais aussi l'évaluation des pratiques de la Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales et, plus globalement, de l'application de la loi.

Enfin, l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux ; il s'agit du fonds d'indemnisation compétent pour indemniser les victimes en cas d'accident médical, ou s'il n'y a pas d'assurance. Il est financé par l'assurance maladie, payé par les pénalités des assureurs lorsqu'ils dépassent les délais de paiement²⁹⁹.

§2. *Le domaine d'application de la loi*

217. Le domaine d'application de la loi peut être défini en distinguant trois cas différents³⁰⁰ que nous allons traiter séparément.

218. *1^{er} cas : La responsabilité de plein droit des établissements, services ou organismes où sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins.* En vertu de l'article L.1142-1, I, alinéa 2 du Code de la Santé Publique, « *les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* ». Cette responsabilité n'est liée à aucun degré de gravité des préjudices subis par les patients victimes. Le principe est donc la présomption de responsabilité des établissements de santé en matière d'infection nosocomiale. En d'autres termes, dès lors que la preuve d'une infection nosocomiale est rapportée, la responsabilité de l'établissement de santé est engagée de plein droit. Ce dernier ne peut s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute. La seule preuve d'une cause étrangère peut exonérer les établissements. Celle-ci doit présenter les caractères de la force majeure.

²⁹⁹ BELVILLE J.-Ph., *La chirurgie esthétique en France*, préc., p. 154 et s.

³⁰⁰ BANDON Florie, *La responsabilité des professionnels et des établissements de santé en cas d'infection nosocomiale*, <http://alliance-juris.forumpro.fr/t117-infections-nosocomiales-et-responsabilite-des-professionnels>, consulté le 22/06/2012.

219. 2^{ème} cas : Réparation au titre de la solidarité nationale liée à un seuil de gravité du dommage. En l'absence de responsabilité engagée d'un professionnel ou d'un établissement de santé, les préjudices dus à une infection nosocomiale ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale si un seuil de gravité du dommage est atteint. L'article L. 1142-1, II, alinéa 1^{er} du Code de la Santé Publique dispose que lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné à l'article L.1142-1, 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.

Ainsi, trois conditions doivent être réunies pour mettre en œuvre ce système d'indemnisation : Tout d'abord, les préjudices doivent être directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins. Ensuite, les préjudices doivent avoir eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci. Enfin, les préjudices doivent atteindre un certain degré 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'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail. Ce degré de gravité est prévu à l'article D 1142-1 du Code de la Santé Publique modifié en 2011³⁰¹. Le seuil est atteint si l'un des cas suivants se présente :

- Si la victime présente une IPP (Incapacité Permanente Partielle) de plus de 24%.
- Si une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ayant entraîné, pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs, ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, un arrêt temporaire des activités professionnelles ou des gênes

³⁰¹ Décret n°2011-76 du 19 janv. 2011 - art. 1.

temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à un taux de 50 %.

A titre exceptionnel, le caractère de gravité peut être reconnu dans les cas suivants :

- Lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale.

- Lorsque l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence.

220. 3^{ème} cas : Cas spéciaux de réparation au titre de la solidarité nationale.

L'article 1142-1 du Code de la Santé Publique énonce deux cas qui donnent lieu à une réparation au nom de la solidarité nationale : Le premier, celui des dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 25 %. Le second, celui des décès provoqués par les infections nosocomiales.

221. Procédure applicable. La procédure varie selon que l'accident médical grave est dû ou non à une faute :

Dans le premier cas, il faut que le préjudice soit dû à la faute présumée ou prouvée du médecin et que le préjudice soit d'une certaine gravité. Ce premier cas est déterminé en vertu des dispositions de l'article L. 1142-14 du Code de la Santé Publique modifié par la loi du 28 décembre 2011³⁰². Selon cet article, si la Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales³⁰³ a trouvé que le dommage répond bien aux conditions de la loi, l'assureur du responsable fait une offre à la victime dans un délai de quatre mois en indiquant le montant des dommages-intérêts. Si la victime accepte l'offre, l'acceptation de l'offre de l'assureur vaut transaction et l'assureur paye en un

³⁰²Article 1142-14 du Code de la Santé Publique.

³⁰³ ESPER Claudine, *La Commission des accidents médicaux*, in MEMETEAU Gérard, *Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, Les Etudes Hospitalières, 2004, p.135 et s.

mois. En revanche, si la victime refuse l'offre, elle dispose d'un droit d'agir contre l'assureur. Si le juge compétent, saisi par la victime qui refuse l'offre de l'assureur, estime que cette offre était manifestement insuffisante, il condamne l'assureur à verser à l'office une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime. Par ailleurs, si l'assureur ne fait aucune offre, ou bien si le médecin n'a pas d'assureur, dans ce cas l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux se substitue à l'assureur.

Dans le second cas, la Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales vérifie que les conditions de l'article 1142-1 du Code de la Santé Publique susmentionnés se présentent, c'est-à-dire s'il y a imputabilité directe à un acte médical, puis si l'acte a eu des conséquences anormales par rapport à l'état du patient, et enfin si le dommage a une certaine gravité. Dans ce cas, l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux fait une offre à la victime qui, soit accepte cette offre, soit agit en justice contre l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux³⁰⁴.

Reste à noter que le droit d'agir en indemnisation appartient soit à la victime ou à son représentant, parent d'un enfant mineur, tuteur d'un majeur incapable, soit à ses ayants droit si elle est décédée, conjoint, descendant, ascendant³⁰⁵. Les patients de chirurgie esthétique devraient pouvoir bénéficier de cette solidarité nationale en cas d'infection nosocomiale, d'infection iatrogène ou d'accident médical qui peut survenir lors de toute intervention chirurgicale, qu'elle soit esthétique ou non. Pourtant, le législateur français n'a pas déterminé avec précision ce qu'on entend par accident médical. Il a en outre précisé que ce système couvre uniquement le cas des dommages résultant des infections nosocomiales et iatrogènes. Le législateur n'a donc pas abouti à mettre fin à la confusion et à l'instabilité du système de responsabilité appliqué en matière de chirurgie esthétique, d'où la nécessité d'examiner la position de la jurisprudence qui s'est principalement fondée sur la célèbre distinction : obligations de moyens, de résultat et de sécurité.

³⁰⁴ Selon l'article 1142-17 et 1142-17-1 du Code de la Santé Publique.

³⁰⁵ LAMBERT-FAIVRE Y., « La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : III - L'indemnisation des accidents médicaux », *D.* 2002, Chr. 1367.

SECTION II

OBLIGATIONS DE MOYENS, DE RESULTAT ET DE SECURITE

222. « *Transposition tripartite* ». Caractérisée par une « *démarche de transposition* », la jurisprudence française a procédé dans son traitement de la nature de l'obligation du chirurgien en général, et du chirurgien esthétique en particulier, à une opération de transposition à plusieurs aspects, et ce en vue de déterminer le régime de la responsabilité du chirurgien esthétique sur la base de la problématique qu'elle a posée, celle de la nature de l'obligation du plasticien, est-elle de moyens ou de résultat. Nonobstant une certaine inadéquation des notions et des règles juridiques transposées avec la nature du domaine médical chirurgical, une diversité fortement intense qualifie depuis toujours la position de la jurisprudence française ainsi que la doctrine ; ceci a abouti à donner à des notions stables et communément admises des dimensions les éloignant de leur régime initial. Ainsi, la jurisprudence s'est fondée sur la double distinction régulièrement appliquée dans le système de la responsabilité contractuelle, celle de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat. Cette approche s'est également étendue pour transférer la notion de l'obligation de sécurité appliquée dans une série déterminée de contrats, pour lui réserver un certain champ d'application en chirurgie esthétique.

En vue d'expliquer les raisons de l'approche opérée par la jurisprudence, une reprise historique des trois notions susmentionnées (§1) serait utile. Ceci exige également de faire par la suite une distinction évolutive de la nature de la responsabilité du médecin (§2) puisqu'elle est également applicable en matière de chirurgie esthétique.

§1. Histoire des concepts

223. La célèbre distinction obligations de résultat/ obligations de moyens (**A**) a été introduite par R. DEMOGUE³⁰⁶ pour résoudre la contradiction entre les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil³⁰⁷. Quant à l'obligation de sécurité (**B**), elle trouve son origine dans un événement historique particulier en matière de dommage corporel.

³⁰⁶ *Traité des obligations en général*, t. 5, 1925, Librairie Arthur Rousseau, n° 1237 s., p. 536 s.

³⁰⁷ Devenus aujourd'hui les articles 1197 et 1231-1 du Code civil.

A. La célèbre distinction : obligation de moyens / obligation de résultat

224. Définition. L'obligation de moyens, parfois appelée obligation de prudence et de diligence, est définie comme étant celle suivant laquelle le débiteur ne promet rien d'autre que de mettre au service du créancier les moyens dont il dispose et de faire toute diligence pour exécuter le contrat ; il ne promet que de faire de son mieux³⁰⁸. Quant à l'obligation de résultat, elle est celle en vertu de laquelle le débiteur promet au créancier de lui procurer un résultat déterminé et précis ; le contenu de l'obligation paraît donc le résultat lui-même. La détermination de la nature de l'obligation, selon qu'elle est une obligation de moyens ou une obligation de résultat, s'avère être une exigence dans le monde des contrats compte tenu de ses répercussions sur la relation contractuelle liant les personnes contractantes.

225. Critères de distinction. La distinction obligation de moyens/ obligation de résultat³⁰⁹ n'est pas toujours aisée. Les frontières entre les deux obligations sont floues, de sorte que le passage de l'une à l'autre se fait parfois insensiblement. Etant ainsi donné, la doctrine a tenté une pluralité de critères pour dresser quelques lignes distinctives :

Un premier critère, le plus important³¹⁰, prend en considération la présence d'un *aléa* en vertu duquel l'obligation est de résultat en son absence. Cette solution se justifie par le fait que le résultat promis doit être suffisamment certain pour constituer l'objet de l'obligation. Pour cela, le débiteur doit avoir la maîtrise des choses utilisées dans l'exécution du contrat, des événements qui surviennent ou des personnes dont il s'est chargé. La non-obtention du résultat permet alors d'engager sa responsabilité. A l'inverse, la présence d'un aléa entraîne une obligation de moyens. Cette solution est justifiée par le fait que le résultat aléatoire ne peut pas faire l'objet d'une obligation de moyens, celui-ci est la diligence. C'est ainsi que la présence d'un aléa exclut

³⁰⁸ Cass. Civ 3, 7 mars 1978, *Bull. civ.*, III, n°108.

³⁰⁹ DEMOGUE R., *op. cit.*, t. 5, 1925, n° 1237 et t. 6, 1932, n° 599. MAZEAUD H., « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extracontractuelles ; obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence », *RTD civ.* 1936. 1 ; ESMEIN P., *Remarques sur de nouvelles classifications des obligations, Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 235.

³¹⁰ Proposé par A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, 449.

l'obligation de résultat car il rend incertain le succès de l'opération ; ainsi, l'échec dans la poursuite de la solution ne permet pas de présumer la responsabilité du débiteur³¹¹.

Le deuxième critère, celui de DEMOGUE, prend en considération la personne du débiteur en vertu duquel il oppose les professions libérales aux métiers. La personne qui a une profession libérale, c'est-à-dire exigeant une indépendance dans l'exécution, comme le médecin, n'a à sa charge qu'une obligation de moyens tandis que le métier comporte une obligation de résultat. Cependant, ce critère n'est pas applicable du fait qu'il est facile de concevoir des obligations de moyens en dehors des professions libérales et ces dernières peuvent parfois être tenues d'obligations de résultat.

Un troisième critère est proposé par B. STARCK³¹² qui considère que si le contrat s'attache l'intégrité corporelle et la vie du créancier, ou l'intégrité matérielle de ses biens, l'obligation du débiteur est de résultat, tandis que les obligations destinées à éviter un dommage de nature purement économique et morale, sont des obligations de moyens.

Un dernier critère prend le rôle de la victime en considération dans la détermination de la nature de l'obligation : lorsque le créancier reste maître de ses mouvements, de ses actes et garde ainsi un rôle actif en conservant son indépendance, le débiteur ne sera tenu que d'une obligation de moyens, alors que lorsqu'une partie se confie à son cocontractant en y abandonnant presque tout libre arbitre et la plus grande partie de son autonomie, l'obligation est de résultat. Ce critère a l'inconvénient d'être insuffisant, voire relatif ; la responsabilité médicale en est le meilleur exemple. En effet, et en dépit du rôle passif du malade qui abandonne son corps aux mains d'un chirurgien et de son équipe, le praticien n'est tenu que d'une obligation de moyens. Les partisans de cette théorie ont trouvé une réponse à ce fait dans la théorie de l'acceptation des risques qui écarte toute obligation de résultat ; ils ont alors considéré que le praticien n'est tenu que d'une obligation de moyens puisque la malade a accepté les risques normaux inhérents à la matière.

226. *Enjeu de la distinction.* L'intérêt réside surtout dans les incidences sur la charge de la preuve : pour l'obligation de moyens, il ne suffit pas pour le créancier de prouver

³¹¹ MAZEAUD H. et L. et TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, t.1, 6^{ème} éd., 1965, n°103-104.

³¹² *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double sanction de garantie et de peine privée*, thèse, Paris, 1947

l'absence de résultat pour obtenir une réparation puisque le débiteur n'avait pas promis ce résultat. Il doit établir que l'inexécution de l'obligation convenue tient du fait que le débiteur ne s'est pas comporté avec toute la diligence nécessaire, c'est-à-dire qu'il doit scruter et apprécier son comportement³¹³. Il doit prouver que le débiteur n'a pas déployé tous les moyens mis à sa disposition, qu'il n'a pas été suffisamment diligent et prudent pour parvenir au résultat dont la réalisation était incertaine à la conclusion du contrat. En revanche, lorsque le débiteur assume une obligation de résultat, le créancier n'a pas à établir sa faute : il lui suffit de prouver que le résultat promis n'a pas été atteint. C'est ainsi que la preuve consiste dans ce cas en la simple constatation de l'absence de résultat. Le débiteur ne pourra, dans ce cas, s'exonérer qu'en prouvant que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable.

227. Fondement de la distinction. Jusqu'à la réforme de 2016, cette distinction trouvait son fondement dans les anciens articles 1147 et 1137 du Code civil³¹⁴ ; le premier visait les obligations de résultat disposant que : « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ». Ainsi le débiteur s'étant engagé à un résultat, on peut alors présumer qu'il y a une faute de sa part si celui-ci n'est pas atteint. Les obligations de résultat sont, contrairement aux obligations de moyens, très nombreuses et concernent, en général, les obligations de donner, de livrer ou de restituer

³¹³ Cass. civ. 1, 1^{er} févr. 1978, *Bull. civ.*, I, n°46 : « *Attendu qu'il est encore reproché au tribunal d'instance d'avoir estimé que la teinturerie, qui avait pris en charge le nettoyage de la robe de la dame Morgan sans se soucier de la qualité de l'objet qui lui était confié et sans vérifier quel était le procédé de nettoyage le mieux adapté, avait commis une faute engageant sa responsabilité, alors que le teinturier qui, n'étant tenu que d'une obligation de moyen, n'aurait pu être responsable qu'à la condition qu'il fût établi que la détérioration provenait d'une méconnaissance des règles de la profession, ce qui n'aurait pu être prouvé que par une expertise ;*

Mais attendu qu'en relevant à l'encontre de la société Uniteint une négligence dans le choix du procédé à utiliser pour le nettoyage du vêtement qui lui a été confié, le tribunal d'instance a caractérisé un manquement à l'obligation de moyens qui s'imposait à elle dans l'exercice de sa profession et ainsi, rejetant implicitement mais nécessairement la demande d'expertise, a pu retenir sa responsabilité ; que le moyen n'est pas fondé... »

³¹⁴ Devenus aujourd'hui les articles 1197 et 1231-1 du Code civil.

une chose, telle l'obligation de transférer une propriété³¹⁵. Ces obligations doivent être entendues largement, comme ayant pour objet une chose corporelle aussi bien qu'incorporelle, un produit industriel aussi bien qu'un produit humain³¹⁶ : les obligations de ne pas faire, telle l'obligation de non concurrence ; les obligations de faire dont la qualification à leur propos est délicate puisque si les obligations de faire sont souvent des obligations de moyens, il en est qui sont des obligations de résultat³¹⁷, tel le cas des obligations de faire relatives au contrats d'entreprise qui mettent à la charge de l'entrepreneur une obligation de résultat quant aux prestations matérielles³¹⁸ ; le cas de certaines obligations accessoires de sécurité qui se conforment en général à l'obligation de résultat beaucoup plus qu'à celle de moyens, tel le cas du transporteur terrestre de personnes qui doit, non seulement transporter le voyageur, mais aussi de le ramener sain et sauf à destination, comme ce sera examiné dans un paragraphe suivant.

L'ancien article 1137 du Code civil, quant à lui, traitait des obligations de moyens en énonçant que : « *l'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent* » ; le débiteur a donc promis seulement sa diligence qu'il convient d'apprécier. Cette obligation est en général plus rare que l'obligation de résultat ; elle se rencontre essentiellement dans les obligations de veiller à la conservation de la chose, telle l'obligation du dépositaire³¹⁹, de l'emprunteur³²⁰ ou du gagiste. Toutefois, il y a des

³¹⁵ L'ancien article 1138, al. 1, du Code civil disposait que « *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* ». L'article 1583 du Code civil dispose que la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ».

³¹⁶ Cass. civ. 1, 9 déc. 1986, *Bull. civ.*, I, n°288 ; Cass. civ. 1, 4 oct. 1989, n° 003009. L'annexe 11 présente des extraits de ces textes.

³¹⁷ Cass. civ., 5 avr. 2012, n°11-16986 ; Cass. civ., 5 avr. 2012, n°11-14788 ; Cass. civ., 24 mai 2012, n° 10-27972 ; Cass. civ. 3, 11 avr. 2012, n°11-14171. L'annexe 12 présente des extraits de ces arrêts.

³¹⁸ CA Paris, 19 janv. 1990, RCA 90, n°120

³¹⁹ Articles 1927 et s. du Code civil : « *Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent.* »

obligations de veiller à la conservation de la chose qui sont de résultat, tel dans le louage d'immeuble, le louage de restituer la chose en bon état³²¹ ; il en va de même des obligations relatives à une prestation de service, telle l'obligation du salarié envers l'employeur dans le contrat de travail ou bien l'obligation de reclassement du salarié³²² ou celles encore qui sont à titre gratuit ; c'est également le cas des obligations relatives à certaines professions comme l'obligation de l'avocat rédacteur d'actes par exemple³²³, ou celles du maître d'œuvre avant réception³²⁴, et enfin de certaines obligations accessoires de sécurité ; c'est le cas par exemple de l'obligation des organisateurs et des moniteurs des clubs qui doivent « *mettre en œuvre les moyens dont ils disposaient pour faire cesser, dès sa première manifestation, une activité dangereuse et prévenir ainsi un risque d'accident dont l'imminence ne pouvait pas leur échapper* »³²⁵.

Pourtant, ce fondement de la distinction paraissait insuffisant du fait que la jurisprudence a consacré des obligations de sécurité sous le visa de l'ancien article 1147³²⁶ du Code civil d'une part et, d'autre part, que la distinction revêt un caractère relatif ; elle n'est donc pas catégorique ou absolue :

Pour le premier point, il est peut-être plus adéquat de trouver dans la réalité des situations juridiques et dans la nécessité de diversifier le traitement à infliger au débiteur en fonction de ce que l'on estime pouvoir raisonnablement exiger de lui, une justification de ladite distinction.

³²⁰ Article 1880 du Code civil : « *L'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu.* »

³²¹ Article 1732 du Code civil : « *Il (le preneur) répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute.* »

³²² CA Versailles, 28 sept. 2011, RG n° 10/04629 ; CA Versailles, 31 août 2011, RG n° 10/04881 ; CA Versailles, 14 sept. 2011, RG n°10/05131 ; CA Paris, 26 oct. 2011, RG n° 10/03568. L'annexe 13 présente des extraits de ces arrêts.

³²³ CA Paris, 24 janv. 2012, RG n° 10/13607.

³²⁴ Cass. civ. 3, 9 mai 2012, n°11-17388.

³²⁵ Cass. civ. 1, 28 avr. 1993, RCA 93, n° 238. Dans le même sens, CA Bastia, 29 févr. 2012, n° de RG: 10/00944.

³²⁶ Devenu aujourd'hui l'article 1231-1 du Code civil.

Pour le second point, et étant donné le caractère relatif de cette distinction, elle peut être conçue comme étant une commodité destinée à nuancer le régime de la responsabilité pour inexécution de l'obligation.

Datant de près d'un siècle, la genèse originelle de cette distinction revient aux débuts du siècle passé, et spécifiquement à l'année 1925, quand R. DEMOGUE a procédé à présenter ces deux notions d'une manière systématique³²⁷.

Quoique cette conception a, d'une part subi un changement de terminologie par certains auteurs et, d'autre part, n'a été utilisée que très périodiquement par d'autres, elle a cependant été accueillie avec ferveur par une partie importante de la doctrine qui s'est mise d'accord sur la pertinence de ladite distinction. Un premier effet s'est produit avec l'œuvre de Henri et Léon MAZEAUD, qui ont poursuivi la même conception nonobstant la modification de la terminologie. En effet, ils distinguaient les « obligations déterminés » des « obligations générales de prudence et de diligence ». André TUNC a, à son tour, effectué un classement entre obligations de résultat et obligations de diligence. Toutefois, et bien que faisant actuellement partie du droit positif, la distinction, obligation de moyens/obligation de résultat, a été critiquée par certains auteurs.

C'est ainsi que pour une partie de la doctrine, cette distinction est inexacte dans son principe. En effet, elle considère : soit que toute obligation de moyens vise à l'obtention d'un résultat et il serait alors utopique d'isoler le résultat à atteindre des moyens qui doivent y conduire³²⁸ ; soit que toute obligation de résultat suppose la mise en œuvre de moyens, en ce sens que le résultat visé ne pourra être atteint que temps que le débiteur se sera conformé à une certaine conduite, qu'il aura utilisé les moyens humains et techniques adaptés ; soit que certains contrats comportent à la fois des obligations de moyens et des obligations de résultat, tel le cas du médecin qui est tenu à une obligation de moyens pour les actes de soins, et à une obligation de résultat quant aux appareils utilisés.

³²⁷ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, 1925, n°1237.

³²⁸ PLANCQUEEL A., *obligations de moyens, obligations de résultat*, (essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution), RT 1972, 334 ; ESMEIN P., *L'obligation et la responsabilité contractuelle*, Mél. Ripert, 1950, t. II, 101.

Par ailleurs, une autre partie de la doctrine qui a critiqué la distinction considère : soit que toute obligation est de résultat³²⁹ puisque, selon elle, dans toute prestation due, un résultat est recherché, mais c'est la nature et le contenu de cette prestation qui peuvent être différents ; soit que toute obligation est une obligation de moyens³³⁰ puisque, toujours selon elle, le débiteur ne s'engage jamais qu'à faire tout son possible pour aboutir au résultat recherché, sauf des cas rares où il accepte d'être garant de tout événement constitutif de force majeure.

La critique de cette distinction est en outre présentée par une troisième partie de la doctrine sous la forme : soit d'une gradation des obligations de moyens se basant sur l'alinéa 2 de l'ancien article 1137 du Code civil puisque la diligence se fait en tenant compte des circonstances du contrat et des qualités particulières du débiteur de l'obligation, telle la qualité professionnelle qui est source d'obligation de moyens aggravée ou renforcée ; soit d'une gradation des obligations de résultat, en distinguant les obligations de résultat ordinaires qui cessent en présence d'un événement de force majeure des obligations de résultat absolues qui ne cèdent pas à la force majeure³³¹.

228. Réforme de 2016. L'ordonnance du 10 février 2016 a maintenu les bases conceptuelles de la distinction à travers les nouveaux articles 1197 (reformulant l'ancien 1137) et 1231-1 (reprenant l'ancien article 1147) du Code civil. Selon le premier texte, « *l'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable* ». Selon le second, « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts soit en raison de l'inexécution de l'application, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure* ». Rien n'empêcherait la jurisprudence de s'y référer, la distinction entre les obligations de résultat et les obligations de moyens constituant un point de repère pour déterminer l'intensité des obligations et fixer la charge de la preuve. Cette distinction semble en effet indirectement reprise dans le Code civil³³².

³²⁹ EIGNY V., *Responsabilité contractuelle et force majeure*, *RTD civ.* 1935, 19 ; MARTON G., « Obligations de résultat et obligations de moyens », *RTD civ.* 1935, 499.

³³⁰ PLANCQUEEL A., préc., p. 366.

³³¹ STARCK B., *Obligations*, Litec, 1972, n°1747 ; STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Obligations*, Litec, t. 2 : Contrats, 5ème éd., 1995, n°1457-1465.

³³² JOURDAIN, Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? *JCP* 5 sept. 2016, n° 36.

229. Avant-projet de réforme de la responsabilité civile. L'avant-projet *Catala* de réforme de droit des obligations proposait à ce titre de consacrer la distinction entre les obligations de résultat et de moyens³³³. En revanche, le projet *Terré* est resté silencieux sur ce point. La distinction n'a aussi pas été reprise dans les derniers projets présentés³³⁴. L'article 1250 du projet présenté le 13 mars 2017 prévoit que « *toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à y répondre* ». Aucune référence donc à l'intensité de l'obligation, ce qui n'est pas un hasard. Pour autant, tout semble prédire que, malgré le silence éloquent des textes, la doctrine et la jurisprudence continueront à utiliser la distinction classique ainsi présentée, ce qui fera peut-être regretter aux rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 de ne pas l'avoir consacrée.

Cet exposé de l'histoire du célèbre concept, à savoir obligation de moyens/obligation de résultat, et de sa position au sein du droit des contrats et de la responsabilité y découlant, montre très clairement la raison pour laquelle la responsabilité médicale découlant d'une relation de nature contractuelle, a été strictement rattachée, par la jurisprudence, à la nature de l'obligation du praticien : est-elle de moyens ou de résultat ?

Cette position a été en fait la conséquence du revirement jurisprudentiel qui a énoncé la nature contractuelle de la relation du patient avec son praticien comme développé dans ce qui suit. Mais, à côté de l'obligation de moyens et de celle de résultat, le domaine de la responsabilité médicale a connu une certaine insertion de l'obligation accessoire de sécurité. C'est ainsi qu'une étude de l'histoire de ce concept permet également de dévoiler les raisons qui ont favorisé sa mutation au domaine de la responsabilité médicale.

B. Origine de l'obligation contractuelle de sécurité

230. L'invention d'une obligation de sécurité et son insertion au sein des obligations contractuelles étaient un « événement » particulier qui a produit un grand bouleversement dans tout le régime de la responsabilité civile, et plus particulièrement

³³³ Avant-projet *Catala*, art. 1149.

³³⁴ Avant-projet de loi de réforme du droit de la responsabilité civile du 29 avril 2016, et Projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017.

dans celui de la responsabilité contractuelle en y exigeant la réparation des dommages corporels. Ainsi, une étude de l'histoire de cette célèbre invention est d'une importance fondamentale puisqu'elle permet de bien déterminer sa raison d'être dans le monde de la responsabilité médicale ; cette étude exige une détermination de la portée de cette obligation (1°), mais aussi une délimitation de ses répercussions (2°).

1° Portée de l'obligation contractuelle de sécurité

231. *Délimitation de la notion.* L'obligation de sécurité est celle pour une partie à un contrat de veiller à la sécurité de l'autre ou à son intégrité corporelle. Elle ne vise donc pas à protéger le dommage subi par la chose du créancier, mais le dommage subi par la personne même du créancier. Elle ne figure dans aucun contrat comme une obligation principale, en ce sens qu'il n'y a pas un contrat qui a pour objet principal la sécurité de la personne du créancier, sauf peut-être dans le cadre du contrat de garde de corps. Cette obligation est donc en principe une obligation accessoire qui se greffe à une obligation principale du contrat.

232. *Découverte.* Les tribunaux ont conçu cette obligation en se fondant principalement sur deux articles du Code civil : l'ancien article 1165 selon lequel, « *doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune volonté des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* » ; et l'ancien article 1135 énonçant que « *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* ». Ce sont les accidents de travail qui étaient à l'origine de l'invention de cette obligation, la révolution industrielle ayant soudainement multiplié le nombre d'accidents provoqués par l'exploitation de techniques encore mal maîtrisées. Les ouvriers et les usagers des moyens de transport furent les principales victimes de l'industrie. Dans la majorité des cas, les victimes se trouvèrent dans l'impossibilité absolue de prouver l'origine exacte du dommage et par suite d'établir une faute personnelle à l'origine de celui-ci, elles se virent privées de leurs moyens de subsistance, sans aucun recours juridique utile. Certains auteurs ont ainsi avancé l'insertion de l'obligation de sécurité au sein du contrat de travail, et en en vue de rendre l'employeur responsable du seul fait de l'inexécution de son obligation de sécurité, en cas d'accident de travail. Mais une intervention du législateur instituant par la loi du 9

avril 1898 une responsabilité sans faute en matière d'accidents de travail, fait perdre à l'obligation contractuelle de sécurité son principal intérêt dans ces contrats.

C'est dans une autre matière qu'elle s'affirma. Par un de ses arrêts les plus connus, la Cour de cassation, en 1911, déclarait que le contrat de transport met à la charge du voiturier (le transporteur) l'obligation d'emmener les voyageurs sains et saufs à destination³³⁵. En 1913, la Cour de cassation confirma son point de vue³³⁶.

Cette obligation a été comprise à l'époque comme étant une obligation de résultat, et son intérêt fut considérable. En effet, en cas d'accident, notamment de déraillement ou de collision, le voyageur blessé pouvait réclamer l'indemnité réparatrice sans avoir à prouver les circonstances de l'accident et surtout sans avoir à prouver la faute du voiturier ; en contrepartie, le transporteur ne pouvait s'exonérer qu'en établissant que l'accident était dû à un événement de force majeure, ou d'un fait d'un tiers ou de la victime elle-même.

233. *Champ d'application.* Quelques années plus tard, cette obligation s'est étendue pour être introduite dans six types de contrats. Outre le contrat de transport à chemin, elle a été considérée comme existant en principe dans tous les autres contrats de transport : par route, par voie maritime, par voie aérienne, et dans tous les contrats qui

³³⁵ Cass. civ., 21 nov. 1911, D. 1913, 1, 249, note L. Sarrut ; S. 1912, 173, note Lyon-Caen : « *Attendu que quand une clause n'est pas illicite, l'acceptation du billet sur lequel elle est inscrite implique, hors les cas de dol ou de fraude, acceptation, par le voyageur qui le reçoit, de la clause elle-même ; que vainement l'arrêt attaqué déclare que les clauses des billets de passage de la compagnie générale transatlantique, notamment l'art. 11, ne régissent que le contrat de transport proprement dit et les difficultés pouvant résulter de son exécution, et qu'en réclamant une indemnité à la compagnie pour la blessure qu'il avait reçue, Zbidi agissait contre elle non « en vertu de ce contrat et des stipulations dont il avait été l'objet, mais à raison d'un quasi-délit dont il lui imputait la responsabilité » ; que l'exécution du contrat de transport comporte, en effet, pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination, et que la Cour d'Alger constate elle-même que c'est au cours de cette exécution et dans des circonstances s'y rattachant que Zbidi a été victime de l'accident dont il poursuit la réparation... »*

³³⁶ Cass. civ., 27 janv. 1913, S. 1913, 1, 177, note Lyon Caen, D 1913, 1, 11 : « *Attendu [...] qu'en effet, la délivrance d'un billet à un voyageur comporte par elle-même, et sans qu'il soit besoin d'une stipulation expresse à cet égard, l'obligation de conduire ce voyageur sain et sauf à destination ; que, dans le cas contraire, il y a un manquement de la compagnie à ses engagements et inexécution de la convention ; qu'en reconnaissant, dès lors, à Mestelan père, le droit d'agir en dommages-intérêts contre la compagnie, en vertu de l'article 1147 C. civ., et en se déclarant compétente pour connaître de cette action, la Cour d'appel de Pau a fait une exacte application des principes de droit en matière de responsabilité et de compétence et n'a violé aucun des textes de lois invoqués par le pourvoi ; par ces motifs rejette... »*

ressemblent au contrat de transport (manège forain, remonte-pente, auto-tamponneuse, cheval de bois, etc.). Puis, elle a été étendue à tous les contrats dans lesquels un entrepreneur invite à un spectacle, ou à une manifestation sportive, un ensemble ou un grand nombre de cocontractants qu'il place dans des lieux où il en a la surveillance. Ensuite, cette obligation a été insérée au sein des contrats dans lesquels les cocontractants se trouvent dans des locaux dont le créancier a le droit de surveillance (contrat d'hôtellerie, etc.). L'obligation de sécurité fut, par ailleurs, appliquée en matière des contrats de restauration. Ensuite, elle a été introduite dans les contrats pour lesquels le cocontractant doit surveiller la personne des parties (coiffeur, etc.). Enfin, cette obligation a été incluse dans tous les contrats translatifs de propriété ou ayant pour objet une prestation de service susceptible de porter atteinte à la personne à qui on a remis la chose ou accordé le service (fabricant des médicaments, contrat de vente, contrat de soin, etc.).

2° Répercussions de l'obligation de sécurité

234. *Trois questions.* L'extension de l'obligation de sécurité a soulevé trois séries de questions : la première concerne la détermination de la nature de cette obligation ; la seconde résulte de la découverte d'une obligation de sécurité dans le contrat de vente, il s'agit de savoir si cette obligation est principale ou accessoire ; enfin, la troisième est relative à la nature des dommages-intérêts qui résultent de l'application de l'obligation de sécurité.

235. *Nature de l'obligation de sécurité.* Concernant le premier problème relatif à la nature de cette obligation, à savoir si elle est de moyens ou de résultat, la réponse à apporter exige une distinction entre les contrats de transport et les autres contrats :

S'agissant des *contrats de transport* : l'arrêt de la Cour de cassation de 1911 qui a affirmé cette obligation a déclaré que le contrat de transport met à la charge du voiturier l'obligation d'emmener les voyageurs sains et saufs à destination³³⁷. L'obligation est certes une obligation de résultat ; toutefois, la question posée était de savoir depuis quand et jusqu'à quand demeure cette obligation de résultat ? A cet égard, il convient de distinguer deux étapes de la jurisprudence :

³³⁷ Cass. civ., 21 nov. 1911, cité *supra* n°232.

La première étape est celle antérieure à l'arrêt du 9 mars 1989 où la conception large du transport régnait ; le transport commençait dès que le voyageur pénétrait dans l'enceinte de la gare et jusqu'au moment où il la quittait. La jurisprudence a alors fractionné le contrat de transport en trois phases : Avant le transport, c'est-à-dire entre le moment où le voyageur achète le billet et le moment où il monte dans le train ; pendant le transport, c'est-à-dire entre le moment où le voyageur monte dans le train et le moment où il descend du train ; et après le transport, c'est-à-dire entre le moment où le voyageur descend du train et restitue son billet. Pour ce qui est de la deuxième phase, à savoir pendant le transport proprement dit, la Cour de cassation estimait que le transporteur était tenu d'une obligation de résultat³³⁸. Pendant la situation antérieure et postérieure au transport (phases 1 et 3), la Cour de cassation décidait que le transporteur était tenu d'une obligation de diligence et qu'il n'était donc pas responsable sauf si sa faute était démontrée³³⁹. Les critiques avancées à cette position de la jurisprudence ont amené la Cour de cassation à la changer dans un arrêt rendu en date du 7 mars 1989.

A partir de l'arrêt du 7 mars 1989, la Cour de cassation a donc décidé que « *vu l'article 1384, al. 1 du Code civil, en dehors de l'exécution du contrat de transport, la responsabilité du transporteur à l'égard du voyageur est soumise aux règles de la responsabilité délictuelle* »³⁴⁰. C'est ainsi que tout accident de transport survenu pendant l'exécution du contrat de transport est soumis à la responsabilité contractuelle sur le fondement d'une obligation contractuelle de résultat³⁴¹. Cependant, tout accident de transport survenu avant ou après l'exécution du contrat de transport est soumis à la responsabilité délictuelle.

³³⁸ Cass. civ., 1^{er} juill. 1969, *Bull. civ.*, I, n°260; *D.* 1969, 640, note G. C.-M., *JCP* 1969, II, 16091, concl. LINDON, notes M.B et A. R. ; *RTD* 1970, 184, note G. DURRY : « *Vu l'art. 1147 C. civ ; Attendu que l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination résultant de cet article n'existe à la charge du transporteur que pendant l'exécution du contrat de transport, c'est-à-dire à partie du moment où le voyageur commence à monter dans le véhicule et jusqu'au moment où il achève d'en descendre ; Attendu que, pour déclarer la S.N.C.F. responsable des conséquences de la chute qu'a faite Caramello, le 7 novembre 1962, dans la gare de Toulon, l'arrêt attaqué (Aix, 20 décembre 1966) se fonde sur ce que « l'exécution du contrat de transport avait déjà commencé », après avoir constaté cependant que la chute de Caramello s'était produite dans l'escalier du passage souterrain donnant accès au quai où il allait prendre le train ; qu'ainsi, la Cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé... ».*

³³⁹ Cass. civ., 21 juill. 1970, *Bull. civ.* I, n°246; *D.* 1970, 767, note R. ABADIR ; *JCP* 1970, II, 16488.

³⁴⁰ Cass. civ., 7 mars 1989, *D.* 1991, 1, note MALAURIE.

³⁴¹ Cass. civ., 5 avr. 2012, n°11-12000.

S'agissant des *autres contrats* : la jurisprudence applique une politique tendant à adapter l'obligation de sécurité à la diversité des situations présentes. Ainsi, tantôt cette obligation est reconnue sous la forme d'une obligation de résultat (telle celle qui pèse sur le transporteur des personnes, l'exploitant d'un toboggan ou d'un manège d'autos-tamponneuses tant que le client est dans le toboggan ou la voiture, etc.)³⁴² ; tantôt l'obligation est de moyens (telle celle qui pèse sur l'hôtelier, le coiffeur, l'exploitant d'un manège d'équitation ou d'un remonte-pente, etc.).

236. *Obligation principale ou accessoire ?* Il s'agit de déterminer si l'obligation de sécurité découle des deux obligations principales du contrat de vente (garantie des vices cachés et délivrance), ou si elle est une obligation autonome, la jurisprudence a changé de position. En effet, selon la position classique, l'obligation de sécurité est un aspect de garantie des vices cachés par le vendeur. C'est ainsi que les règles de la garantie des vices cachés y sont appliquées, tel le délai court pour agir, la nécessité d'établir l'existence au moment même de la conclusion du contrat, etc. Cependant, cette position classique a été abandonnée par un arrêt de la Cour de cassation rendu en date du 11 juin 1991 qui a affirmé le caractère autonome de l'obligation de sécurité en déclarant qu'existe à la charge du vendeur une « *obligation de sécurité laquelle consiste à ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens* » ; et elle a décidé que « *l'action en responsabilité contractuelle exercée contre le vendeur pour manquement à son obligation de sécurité n'est pas soumise au bref délai imparti par l'article 1648 du Code civil* »³⁴³.

L'affirmation de ce caractère autonome de l'obligation de sécurité suscite la question de savoir si cette obligation peut donner lieu à l'action résolutoire. Selon M. LEVENEUR, lorsque le vendeur manque gravement à son obligation de sécurité, l'acheteur conserve la possibilité d'agir. Par application à l'article 1184 du Code civil, en résolution pour cause d'inexécution de la part du vendeur à son obligation de sécurité, l'acheteur, s'il intente l'action rédhibitoire, en prenant le défaut dans sa qualification de vice caché, doit agir dans un bref délai. L'action en dommages-intérêts

³⁴² Cass. civ. 1, 12 févr. 1975, *D.* 1975, 512, note Ph. LE TOURNEAU ; Cass. civ. 1, 28 oct. 1991, *Bull. civ.*, I, n°289 ; *D.* 1992, somm. 271, obs. FORTIS.

³⁴³ Cass. civ., 11 juin 1991, *rev. cont. Conc. Cons.* 1991, n°219.

est certainement ouverte à l'acheteur sur le montant des dommages-intérêts ; on peut ainsi discuter si l'acheteur a droit seulement aux dommages-intérêts prévus au moment de la conclusion du contrat ou s'il a droit à une réparation intégrale.

237. *Nature des dommages-intérêts.* Il s'agit de savoir si les dommages-intérêts résultant de l'application de sécurité reposent véritablement sur les principes de la responsabilité contractuelle ou s'ils relèvent d'une pure application de la responsabilité délictuelle entre contractants ? Ainsi, si l'on rattache l'obligation de sécurité au contrat, cela veut dire que l'obligation de sécurité n'est due qu'au contractant et qu'elle peut être invoquée par un tiers. Par conséquent, les dommages-intérêts sont ceux prévus au moment de la conclusion du contrat. En revanche, si l'on abandonne l'obligation de sécurité contractuelle, sauf bien sûr dans le cas où l'obligation de sécurité est l'objet même du contrat, la solution sera commandée par les principes de la responsabilité délictuelle et on considère que l'obligation de sécurité est une obligation de réparer un dommage délictuel préexistant ; par conséquent, la réparation dans ce cas doit être intégrale. Le législateur ne prend guère sa part, ses interventions restant ponctuelles (sur les accidents du travail et maladies professionnelles ; sur les accidents de la circulation et sur la responsabilité du fait des produits défectueux).

Le cheminement de l'obligation de sécurité, à savoir sa raison d'être qui a poussé la jurisprudence à étendre son champ d'application sur une série de contrats, montre donc le labyrinthe de cette obligation au sein du régime de la responsabilité civile, et spécifiquement de la responsabilité contractuelle ; une caractéristique qui a accompagné sa mutation à la responsabilité médicale. Dans ce contexte, il convient de mentionner qu'exiger du praticien d'assurer la sécurité du patient, qui se livre totalement entre ses mains, est suffisant en tant que tel pour trouver l'argument qui a poussé la jurisprudence à transférer cette obligation à la responsabilité médicale. Ainsi, une exposition historique de l'évolution du régime de la responsabilité médicale montre, à son tour, les raisons de la mutation des trois notions susmentionnées au sein de cette responsabilité.

§2. Histoire de la responsabilité contractuelle médicale

238. *Arrêt Mercier.* La responsabilité médicale en général a connu un changement catégorique de régime juridique dont la ligne tranchante revenait à l'année 1936. En effet, durant la période antérieure à cette année, et plus précisément à la date du 20 mai

1936, la responsabilité du médecin n'était guère contractuelle ; elle avait pour fondement unique l'aspect délictuel évoqué par les anciens articles 1382 et 1383 du Code civil³⁴⁴. Le contrat médical n'étant alors pas synallagmatique, il n'engendrait que l'obligation de payer les honoraires à la charge du patient. Ainsi, et en cas de dommage subi par le patient, ce dernier était tenu de prouver la faute à l'encontre du médecin, de même que le lien de causalité entre le dommage et la faute.

Un célèbre arrêt allait marquer un trait bouleversant dans le cadre du régime de la responsabilité médicale ; il s'agit de l'arrêt *Mercier* rendu par la Cour de cassation le 20 mai 1936³⁴⁵. Le revirement réalisé par cet arrêt a non seulement abouti à déterminer systématiquement la nature de la relation qui lie le patient à son médecin, mais il a surtout défini clairement la nature de la responsabilité médicale. Un rappel des faits qui ont exigé une telle position de la jurisprudence paraît alors ici fondamental : au mois d'août 1925, Mme MERCIER, atteinte d'une affection nasale, décide, sur conseils de son médecin habituel, de s'adresser à un radiologue à Marseille. Ce dernier procède à deux applications de rayons X en vue de remédier à son affection. La thérapie échoue et aboutit en outre à une aggravation de la situation physique de Mme MERCIER qui est atteinte, suite aux opérations de radiodermite, de muqueuses de la face. Une action en justice est alors intentée par les époux MERCIER en 1929 réclamant des dommages-intérêts à l'encontre dudit praticien sur fondement des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil, à savoir de responsabilité délictuelle. Le praticien se défendant sur la base de la prescription de 3 ans édictée par l'article 638 du Code d'instruction criminelle, Mme MERCIER a procédé à modifier la base légale de son action en ayant recours aux anciens articles 1384 (concernant la responsabilité du gardien de la chose puisque l'appareil utilisé a mal fonctionné) et 1146 et suivants du Code civil (relatifs à la responsabilité contractuelle du débiteur qui n'a pas exécuté ses obligations). Le premier fondement fut réfuté par le Tribunal civil de Marseille qui a en revanche accepté le fondement de l'action sur la base de la responsabilité contractuelle. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et, ultérieurement, le 20 mai 1936, par la Cour de cassation qui a rendu l'arrêt *Mercier* en estimant qu'il existe « *un véritable contrat entre le médecin et son client comportant pour le praticien l'engagement, sinon, évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins* ».

³⁴⁴ Devenu aujourd'hui les articles 1240 et 1241 du Code civil (simple changement de numérotation).

³⁴⁵ Cass. Civ, 20 mai 1936, cité *supra* n°84.

non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la sciences ; la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle ».

Cet attendu qui a délimité clairement la nature de la responsabilité du praticien a été réaffirmé, même repris quasiment à la lettre, par les juridictions judiciaires. Cette position stablement conçue alors au sein de la jurisprudence française, a été affirmée par le Code de déontologie des médecins promulgué par le décret du 6 septembre 1995 ; il dispose dans son article 32³⁴⁶ que le médecin doit donner des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science.

239. Responsabilité délictuelle, pas totalement absente. Le concept du contrat médical « *de soins* » étant ainsi créé, il convient toutefois de préciser que ce dernier ne met pas totalement à l'écart la responsabilité délictuelle du médecin. Ainsi, celui-ci peut être tenu pour une responsabilité de nature délictuelle du fait que le contrat médical n'est pas été conclu, dans le cas où le patient était hors d'état de conscience et ainsi incapable de consentir par exemple, ou bien du fait que le médecin était en train de donner des soins en application d'une obligation légale, telle par exemple l'obligation de porter secours à une personne en danger, ou encore réglementaire, tel le cas de la médecine du travail, ou également du fait que l'action en réparation ait été intentée devant une juridiction répressive, ou enfin évidemment le cas où la victime est un tiers et non une partie du contrat.

240. L'existence d'un contrat médical. En dépit de ces hypothèses, la relation du patient avec son médecin est d'ores et déjà encadrée par un contrat médical synallagmatique qui donne lieu à des obligations incombant à chacune de ses parties³⁴⁷. En effet, les obligations du patient peuvent être définies par le paiement des honoraires, la collaboration avec le médecin pour le traitement et l'engagement de suivre le

³⁴⁶Article R.4127-32 du Code de la santé publique.

³⁴⁷ SAVATIER R. et J., AUBY J.-M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956, n°309 ; PENNEAU J., *La responsabilité médicale*, Sirey, 1977, p.18 ; MEMETEAU Gérard, *La responsabilité civile du médecin*, t.2, Maloine, 1982, p.13. Contre : MIGNON M., *Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et des chirurgiens*, D. 1950, p.121 ; GIRER Marion, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins, essai de remise en cause du contrat médical*, Thèse de droit, Lyon 3, 2005.

traitement indiqué ; le médecin, quant à lui, est tenu d'une obligation d'offrir des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. Ces dernières qualifications, sont-elles autres que celles exigées pour déterminer la nature « *de moyens* » de cette obligation ?

La réponse semble être affirmative puisque le médecin ne s'engage pas à guérir le malade, mais il s'engage à lui donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science ; en d'autres termes, utiliser tous les moyens acquis pour essayer de lui apporter la guérison. Pour plus d'exactitude, on précise que les soins « *consciencieux et attentifs* » sont des soins adaptés au moment où ils sont prodigués ; quant soins « *attentifs* », ils exigent un suivi de la part du médecin, non seulement le suivi du traitement et du patient, mais surtout son devoir de placer le patient dans les meilleures conditions du traitement. C'est dans ce cadre, et en se basant sur les données de l'arrêt *Mercier* qui a qualifié la responsabilité du médecin de « *contractuelle* », que la jurisprudence a trouvé le champ convenable pour une mutation de la notion de l'obligation de moyens à la responsabilité médicale en général. Le contrat médical engendre donc une obligation principale « *de soins* » qualifiée d'obligation de moyens.

Par application des règles générales régissant la notion de l'obligation de moyens, le médecin ne sera alors pas considéré responsable du seul fait qu'il n'a pas abouti au résultat escompté, à savoir la guérison ; il faut en revanche apporter la preuve qu'il a commis une faute. Le législateur a consacré ce principe en vertu de l'article L. 1142-1 du Code de la Santé Publique qui énonce que les professionnels de santé, les établissements, services ou organismes dans lesquels sont pratiqués des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, ne sont responsables des conséquences dommageables de leurs actes qu'en cas de faute. Ainsi, pour pouvoir engager la responsabilité d'un professionnel de santé, il faut prouver une faute de sa part³⁴⁸. Ces principes ont été contestés par le Conseil National de l'Ordre, et en particulier par son Président le Professeur Langlois et quelques jurisprudences³⁴⁹, mais la loi les a réaffirmés. Cette faute médicale est appréciée objectivement, et ce par voie de comparaison du comportement du médecin concerné avec un médecin

³⁴⁸ LACHAUD Y., *La mise en œuvre de l'action en responsabilité civile médicale après la loi du 4 mars 2002*, Droit et patrimoine, janv. 2003, p.95-104.

³⁴⁹ Trib. Gr. Inst. Paris, 7 nov. 1972, *Gaz.Pal.* 1972-II-301 ; Trib. Gr. Inst. Paris, 11 juin 1974, *Gaz. Pal.* 1974-II-384 ; Trib. Gr. Inst. Nice, 22 avr. 1981, *D.* 1986, somm. 313.

« *raisonnable* »³⁵⁰ de la même spécialité, placé dans les mêmes circonstances. Ainsi, une fois que le comportement « *apprécié* » aboutit à considérer que le médecin en cause n'a pas agi comme l'aurait fait un médecin « *normalement prudent et avisé* », le premier sera tenu pour responsable.

Le traitement suivant « *les règles admises par la Faculté* », selon les termes de MOLIERE dans son « *Malade imaginaire* », est donc la portée de l'obligation exigée du médecin en général ; une portée « *exportée* » quasi typiquement des principes régissant l'obligation de moyens et adaptée à la responsabilité médicale. Par ailleurs, la responsabilité médicale est variante en la matière ; il peut en effet s'agir d'une faute de diagnostic, d'une faute de surveillance, d'une faute de choix de la thérapeutique, etc., bref d'une faute se reliant aux soins rendus par le médecin.

Cet exposé historique qui a défini les raisons d'être de la nature de l'obligation « *de soins* », ainsi que de la faute médicale en résultant, est d'une application peu distincte en matière de chirurgie générale. En effet, même si l'obligation est, en principe, toujours définie « *de moyens* » dans ce domaine, elle est en revanche une obligation de moyens « *spécifiquement conçue* ».

Pour conclure, on peut donc affirmer que la jurisprudence a bien trouvé dans la portée des trois concepts mentionnés une certaine base susceptible de déterminer la nature des obligations du praticien ; c'est ainsi qu'une mutation de ces principes a été effectuée au sein de la responsabilité médicale. Cette mutation quasiment « *typique* » en matière de responsabilité médicale en général, comme précédemment examiné, est en revanche plus adaptée et spécifique en matière de chirurgie générale. Ceci a alors entraîné un élargissement de la portée « *communément admise* » et des conceptions stablement connues des règles mutées, sans pour autant atteindre la spécificité lourdement appliquée en chirurgie esthétique, comme il sera développé dans ce qui suit.

³⁵⁰ L'article 26 de la loi no 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (JO 5 août) abandonne la notion de « bon père de famille » (*bonus pater familias*). Ainsi, à la fin du de l'article 1197 du code civil, les mots : « *d'un bon père de famille* » sont remplacés par les mots : « *personne raisonnable* ».

SECTION III

TRANSPOSITION DES REGLES GENERALES AU CHAMP DE LA CHIRURGIE GENERALE

241. *Souci d'indemnisation.* Dans sa démarche de détermination de la nature de l'obligation du chirurgien, la jurisprudence, ainsi que la doctrine française, ont suivi une analyse si l'on peut dire « *ascendante* » entraînant une sorte d'élargissement du champ de la responsabilité du chirurgien. Un but essentiel a favorisé cette démarche : l'indemnisation du patient-victime d'un dommage quelconque. L'acte chirurgical portant atteinte directe à l'intégrité physique de la personne et pouvant lui causer des dommages, un souci guidait les décisions d'un grand nombre de juridictions françaises, celui de vouloir indemniser des patients ayant subi de graves séquelles physiques ou psychiques suite à un acte médical chirurgical, et ce en l'absence d'une faute de la part du chirurgien. Ce but renforcé par le progrès de la médecine a créé une sorte d'« *espoir excessif* » chez l'opinion publique. Celle-ci refuse alors d'admettre que l'acte médical, et surtout chirurgical, qui doit normalement apporter une guérison, aboutisse à l'inverse à un dommage supplémentaire, parfois plus grave que l'infection initiale. Les patients exigent donc de toute intervention thérapeutique un résultat positif, raison pour laquelle ils cherchaient toujours un fondement qui engage la responsabilité du praticien même en l'absence de toute faute commise par ce dernier. Cette tendance peut être expliquée par l'idéologie de « *philosophie d'indemnisation* » empruntée aux Etats-Unis, puis développée en Europe³⁵¹, poussant les patients à chercher une indemnisation quelle que soit la cause du dommage subi, même s'ils ont été victimes d'un « *aléa* » inhérent à l'acte médical et provenant de réactions soudaines du corps humain. Toutes ces raisons ont pu affecter le système jurisprudentiel pour déclencher des positions « *audacieuses* » dans la mise en cause de la responsabilité du chirurgien ; elles ont abouti à un bouleversement jurisprudentiel qui a accompagné le « *mouvement de victimisation* » ou

³⁵¹ Conseil d'Etat, *Rapport public, jurisprudence et avis de 1997, réflexions sur le droit de la santé*, 1998, la documentation française, p. 241.

de « *victimologie* »³⁵² et a donné lieu à une tendance au changement de la nature même de l'obligation du celui-ci vers une responsabilité « *objective* ». Ainsi, l'examen de la position jurisprudentielle et doctrinale exige de disséquer en premier lieu la célèbre dualité transposée ; il s'agit de l'obligation de moyens « *spécifiquement conçue* » en la matière d'une part (§1) et de l'obligation de résultat « *limitativement conçue* » d'autre part (§2). Cette analyse sera suivie par la délimitation de la mutation attirante de la notion de l'obligation de sécurité qui peut être nommé « *le labyrinthe de l'obligation de sécurité* » en matière de chirurgie générale, également appliquée en matière de chirurgie esthétique (§3).

§1. *Obligation de moyens « spécifiquement conçue »*

242. *Notion de la faute.* Le principe découlant de l'arrêt *Mercier*³⁵³ a consacré la qualification de l'obligation de soins incombant au médecin d'obligation de moyens conçue selon les mêmes principes régissant cette notion en droit commun. Elle est donc le principe qui s'applique à tous les membres de la profession médicale trouvant sa source dans l'exigence d'une défaillance de la part du médecin à son obligation d'apporter au patient des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science³⁵⁴. Cette obligation de moyens est une obligation de faire portant sur des prestations intellectuelles³⁵⁵. Pourtant, la spécificité de certains actes médicaux, ainsi que l'énorme progrès médical déplaçant la médecine, et notamment en matière de chirurgie, d'une médecine passive « *témoin compatissant de la souffrance humaine* »³⁵⁶ à une médecine active technique et offensive, était de nature à pousser la jurisprudence et la doctrine à concevoir la notion d'obligation de moyens d'une manière spécifique,

³⁵² Cette notion est définie comme étant la discipline médico-légale qui étudie la personnalité des victimes mais qui tend, de plus en plus, à devenir la recherche systématique d'un coupable à l'origine de tout fait dommageable.

³⁵³ V. *supra* n°238.

³⁵⁴ LALOU H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, Dalloz, 1955, p. 327 ; MALAURIE Ph., AYNES L. et GAUTIER P.-Y., *Droit civil, les contrats spéciaux*, LGDJ, 2014, n°741 ; BENABENT A., *Droit civil, les contrats spéciaux*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2015, n° 536.

³⁵⁵ BENABENT A., *Droit civil, les contrats spéciaux*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2015, n° 536.

³⁵⁶ LAMBERT-FAIVRE Y., *Droit du dommage corporel*, précis Dalloz, 4^{ème} éd., 2000, p. 680-681, n°580.

particulièrement en matière de chirurgie générale. En effet, et toujours présidée par l'objectif de l'intervention chirurgicale qu'est la nécessité thérapeutique d'une part, et par l'irréductible aléa thérapeutique accompagnant tout acte chirurgical d'autre part, la jurisprudence française exigeait tout d'abord la *faute* prouvée pour la mise en œuvre de la responsabilité du chirurgien en maintenant le principe de l'obligation médicale héritée de l'arrêt *Mercier*³⁵⁷. Cette faute, qui est de nature à engager la responsabilité du praticien, consistait en une faute dans l'exécution de ses actes opératoires. Ainsi, toute défaillance dans les « *actes de soins* » était généralement considérée comme fautive par la jurisprudence. Cependant, le progrès médical et l'avènement d'une véritable science médicale ont fait naître un médecin « *technicien* », simple prestataire de services médicaux, ce qui a eu pour effet d'altérer la relation de confiance entre ce dernier et son patient. Ces faits ont eu leur influence sur le régime de la responsabilité médicale, sans pour autant atteindre les règles strictes appliquées en chirurgie esthétique. En effet, les premières tentatives d'alourdissement ont été produites par la jurisprudence qui, tout en restant dans le cadre de l'obligation de moyens, a d'abord essayé de faire entrer des modifications, à savoir un certain assouplissement, au régime de l'obligation de moyens et aux notions qui y sont appliquées dans ce cadre ; il s'agit essentiellement de l'élément de la faute que la jurisprudence a exigée à côté du dommage et du lien de causalité pour pouvoir engager la responsabilité du praticien, nonobstant le caractère contractuel de la responsabilité du chirurgien. Un souci unique résidait en fait derrière toutes ces tentatives amenées par les juridictions françaises : faciliter la charge de preuve incombant au patient, et par la suite lui assurer une indemnisation des dommages subis. Elle a, d'une part, admis une certaine modération de la notion de faute (**A**) et, d'autre part, appliqué même indirectement la théorie de la faute virtuelle (**B**).

A. Assouplissement de la notion de faute

243. Abandon de la faute lourde. Une évolution particulière réalisée par le Conseil d'Etat en 1992 est à signaler dans ce contexte. En effet, le Conseil d'Etat qui exigeait la preuve d'une faute lourde pour engager la responsabilité du « *service médical* »³⁵⁸, a

³⁵⁷ V. *supra* n°238.

³⁵⁸ CE, 8 nov. 1935, Sirey 1936, 3, 127, note A. HEILBRONNER : « *La responsabilité de l'administration est engagée par une faute quelconque des agents du service administratif d'un hôpital [...] et seulement par la faute lourde du service médical.* »

abandonné cette exigence comme condition de condamnation du praticien par un arrêt rendu le 10 avril 1992³⁵⁹. Ainsi, cette dernière notion, tout en restant le principe en responsabilité médicale, est désormais assouplie ; une faute simple est alors suffisante pour engager la responsabilité du praticien, ainsi que celle de l'établissement hospitalier.

244. *Présomption de faute.* Cette évolution a par ailleurs été précédée, depuis l'année 1988, par un recours de la Haute juridiction administrative à la présomption de faute en cas de dommage anormal, ce dernier constituant pour elle « *une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service* »³⁶⁰. La position des juges administratifs se plaçant en faveur d'une facilitation de la tâche des patients a rencontré celle des juridictions judiciaires qui ont suivi une démarche quasi similaire à celle du Conseil d'Etat. En effet, la Cour de cassation a admis la théorie de la présomption de faute en présence d'un dommage anormal, inexplicable et inattendu. Ainsi, par application de l'ancien article 1349³⁶¹ du Code civil qui définit les présomptions comme étant des « *conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* », les juges considéraient que même si la faute n'est pas prouvée, elle peut-être en revanche déduite de la survenance d'un dommage anormal, ce dernier étant celui qui ne devrait pas survenir compte tenu de l'état du patient et des conséquences logiques du traitement³⁶². Ce système non appliqué, à l'origine, systématiquement par les juridictions judiciaires, a toutefois été progressivement affirmé. L'une des premières décisions confirmant cette théorie a été rendue en 1965 en estimant « *qu'il existait des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour admettre que l'invalidité était la conséquence directe de la faute du docteur* »³⁶³. Ainsi, l'anormalité du dommage fait présumer la faute, principe réaffirmé par l'arrêt *Bonicci* rendu le 21

³⁵⁹ CE, 10 avr. 1992, *D.* 1993, somm. P. 146, obs. P. BON et Ph. TERNEYRE.

³⁶⁰ CE, 9 déc. 1988, *Dalloz Sirey*, 1989, p. 347, obs. MODERNE et BON.

³⁶¹ Devenu aujourd'hui l'article 1354 selon lequel, « *La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.*

Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée ».

³⁶² TRUCHET D., « Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable à la réparer », *RDSS*, 29 janv. et mars 1993, p. 7.

³⁶³ Cass. civ, 14 déc. 1965, *Dalloz Sirey*, 1966, p. 453 ; *JCP* 1966, II, 14753, note SAVATIER.

mai 1996³⁶⁴ par la Cour de cassation et également confirmé par un autre arrêt rendu deux ans plus tard, le 16 juin 1998, par la Cour de cassation ; il s'agit de l'arrêt Belledonne qui a institué une présomption de faute en cas d'infection contractée lors d'une intervention chirurgicale en déduisant une présomption de faute en raison d'une infection nosocomiale contractée dans une salle d'opération³⁶⁵. Ces règles alourdissant le régime principal de l'obligation de moyens transposées au champ de la responsabilité médicale du chirurgien, ont été également appliquées par la jurisprudence en matière de chirurgie esthétique, avec par ailleurs un renforcement beaucoup plus sévère et une admission plus facile de la faute. Tout en restant dans la sphère, même peu dissimulée, de l'obligation de moyens, la jurisprudence française a toujours essayé de créer, sinon de déduire, des notions qui peuvent faciliter l'indemnisation de la victime. Elle s'est disposée d'un autre procédé, objet du paragraphe suivant, pour condamner le chirurgien, et ce à travers l'admission « à peine voilée » de la théorie de la faute virtuelle ou incluse.

B. Théorie de la faute virtuelle ou incluse

245. Délimitation. Opérant toujours son approche suivant un seul point de repère, à savoir celui de la dualité obligation de moyens / obligation de résultat, transposée au domaine médical, et posant ainsi la problématique du côté de la faute devant accompagner la responsabilité dans le cadre d'une obligation de moyens, la jurisprudence française a essayé de créer une notion déduite des principes transposés : il s'agit de la notion de la faute virtuelle ou incluse, ou bien la théorie des faits fautifs. Cette notion a pour but d'assurer une indemnisation du patient en raison du caractère aléatoire qui accompagne tout acte chirurgical, la preuve par celui-ci d'une faute imputable au chirurgien étant dans la majorité des cas impossible. Se rapprochant du système de la présomption de faute, la faute virtuelle est celle qui permet de démontrer la culpabilité du chirurgien en se fondant uniquement sur le résultat de son activité. La faute réside ainsi dans le mauvais résultat, puisque, selon ce système, on induit de l'existence d'un résultat certain, l'existence d'une faute qui ne l'est pas³⁶⁶. L'incertitude

³⁶⁴ Cass. civ., 21 mai 1996, *RTD civ.* 1996, p. 913, obs. JOURDAIN.

³⁶⁵ Cass. civ., 16 juin 1998, *JCP G.* 1998, I, 187, obs. G. VINEY; *D.* 1999, p. 653, note V. THOMAS.

³⁶⁶ HOCQUET-BERG S., *Obligations de moyens ou obligation de résultat. A propos de la responsabilité médicale*, thèse Paris XII, 1995, n°319 ; ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, Litec,

du lien causal entre le dommage et l'intervention ne prouve pas normalement la responsabilité du praticien. Ainsi, le juge va constater, en vertu de cette théorie, des circonstances, l'existence d'une faute, puisque si l'intervention avait été régulièrement dirigée, le dommage ne serait pas survenu. Donc, le seul constat du résultat dommageable suffit à établir la faute du praticien, sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'une faute.

246. Application jurisprudentielle. Ce système a connu une certaine application comme en témoigne nombre d'arrêts ; on cite, à titre d'exemple, un jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 11 juin 1977, qui concerne un jeune garçon âgé de 10 ans affligé d'oreilles fortement décollées. Suite à l'opération, une oreille retrouve un aspect normal, alors que l'autre oreille reste décollée de façon « *plus inesthétique qu'elle était dès lors asymétrique* ». Le résultat obtenu n'étant donc pas tout à fait celui souhaité par le patient, l'affaire fut portée devant le Tribunal qui, malgré le rapport qui avait conclu en l'absence de faute, a révélé à l'encontre du chirurgien un défaut d'habileté responsable de l'échec de l'opération en estimant que « *si une oreille est restée décollée plus que l'autre, c'est parce que le chirurgien n'a pas enlevé suffisamment de cartilage et n'a pas donné au pavillon, en le refixant à la paroi, l'orientation voulue* »³⁶⁷. Une théorie assez compliquée a donc été créée pour condamner une maladresse technique provenant de l'incompétence du chirurgien, d'autant qu'il s'agit dans cette affaire d'une opération simple dont la technique paraît définitivement acquise. Par la suite, le Tribunal, par application à la théorie de la faute virtuelle, constate que seule une faute du chirurgien est de nature à expliquer l'échec partiel de l'opération chirurgicale. Jusque-là donc, la jurisprudence française a admis l'obligation de moyens relative au contrat médical des soins comme principe général régissant la responsabilité du chirurgien. Pourtant, et compte tenu du caractère aléatoire de tout acte chirurgical, dont l'acte chirurgical esthétique fait partie, son admission de l'obligation classique de moyens a été spécifiquement conçue. Ainsi, et dans un souci d'assurer une indemnisation pour les patients, particulièrement lorsqu'une faute relative aux actes de soins ne pouvait pas être imputée au chirurgien, elle a essayé de créer des notions modifiant, sinon élargissant, le régime juridique stable de la notion classique de

1999 ; DORSNER-DOLIVET A., « Responsabilité du chirurgien : les dangers de la faute virtuelle », *P.M.*, 1984, 13, n°42, 2589-2590.

³⁶⁷ Trib. Gr. Inst. Paris, 11 juin 1977, *Gaz. Pal.* 1977-II-285.

l'obligation de moyens transposée au domaine médical. Cependant, le principe appliqué en responsabilité médicale ne paraît pas être un principe général de plein droit puisqu'il n'a pas apporté pleine satisfaction au but visé par la jurisprudence. Pour cela, cette dernière est restée en recherche d'une solution afin de pallier à une certaine injustice quant au patient, et par la suite étant aussi efficace que celle qui était admise. Elle a alors tenté de pencher vers l'obligation de résultat, mais celle-ci a toutefois été *limitativement conçue* dans le domaine médical.

§2. *Obligation de résultat « limitativement conçue »*

247. *L'insuffisance des « extensions » opérées à l'obligation de moyens.* N'essayant jamais de sortir de la sphère des obligations de moyens et de résultat, tous les essais de la jurisprudence, ainsi que de la doctrine française, de trouver une solution « *juste* » face à une « *injustice* » pouvant résulter de l'acte chirurgical, tournaient effectivement dans le cadre unique de cette sphère. Pour résoudre la problématique suivante : en l'absence d'une faute, comment pourra-t-on indemniser le patient qui a subi un dommage suite à un acte chirurgical ? Une approche unique a été effectuée par la jurisprudence et la doctrine, à savoir celle visant à chercher la réponse en partant d'un seul point de repère : la nature de l'obligation du chirurgien. Ainsi, et trouvant que les « *extensions* » opérées au régime de l'obligation de moyens étaient insuffisantes pour être une solution effective à la problématique posée, la jurisprudence a tenté de se tourner « *vers l'obligation de résultat* ». En effet, les juridictions françaises ont tenté d'opérer une évolution dans le système de la responsabilité du chirurgien tout en se fondant sur l'obligation de résultat. Cette tentative, n'atteignant pas le lancement d'un nouveau principe quant à la nature de l'obligation incombant au praticien (A), a toutefois consacré cette obligation dans un nombre précis d'actes médicaux et chirurgicaux (B).

A. Extension exceptionnelle vers une obligation de résultat

248. *Convention des parties.* A la suite de l'arrêt *Mercier*³⁶⁸, l'obligation de principe dans le cadre de la responsabilité médicale est de moyens. Pourtant, et à titre exceptionnel, une obligation de résultat peut être adoptée dans certains cas, comme par

³⁶⁸ V. *supra* n°238.

exemple dans les cas où les parties en sont convenues. Lorsque le chirurgien promet à son patient un résultat déterminé, dans ce cas, il est évident que la volonté des parties n'a pas mis en œuvre les moyens mais elle a plutôt recherché un résultat fixé. Ainsi, le résultat dans ce cas est commandé par la volonté des parties. Une autre évidence est de nature à engager la responsabilité du chirurgien tenu d'une obligation de résultat : il s'agit par exemple du cas du chirurgien qui s'engage à effectuer une intervention déterminée à une date précise, tout au moins en ce qui concerne le type générique de l'intervention (gastrectomie, hystérectomie, etc.).

Par application à cette donnée, la jurisprudence a estimé dans un arrêt rendu le 21 novembre 1986, que lorsqu'un obstétricien promet de procéder personnellement à un accouchement, il répond de plein droit, du dommage survenu du fait du remplaçant qu'il avait désigné, en dehors de toute cause étrangère³⁶⁹. Le résultat promis connaît une certaine spécificité quant à son application dans le domaine de chirurgie esthétique comme exposé ci-après, puisque l'intervention chirurgicale esthétique est un domaine caractérisé par l'absence de toute nécessité thérapeutique.

Outre la volonté des parties, la nature de certains actes est d'ordre à tenir le praticien d'une obligation de résultat, et ces actes spécifiques affirment également la nature toujours exceptionnelle de cette obligation.

249. *La nature de certains actes médicaux.* La jurisprudence, ainsi que la doctrine, ont réalisé une approche du côté de la nature de l'acte visé pour décider finalement qu'il y existe un nombre d'interventions ou d'actes qui exigent une certaine rigueur dans l'engagement de la responsabilité du praticien. C'est ainsi que l'obligation inhérente à ces actes est une obligation de résultat. Cette exigence provient essentiellement soit de la technique mise en œuvre dans des soins courants et qui est fiable et éprouvée, soit du matériel utilisé par le praticien et ce quant à la fourniture des produits³⁷⁰ et la

³⁶⁹ CA Paris, 21 nov. 1986, Dalloz Sirey, 1987, somm. Com, p. 421.

³⁷⁰ Cass. civ. 1, 4 févr. 1959, *D.* 1959, p. 153, note P. EISMEN ; Cass. civ. 2, 17 décembre 1954, *D.* 1955, p. 269, note R. ROSIERE ; *JCP G.* 1954, II, 8490, note R. SAVATIER ; Cass. civ. 1, 12 avr. 1995 (2 arrêts), *JCP G.*, 1995, II, 22467, note P. JOURDAIN ; V. aussi l'annexe 14 qui présente des extraits de ces arrêts.

défectuosité des appareils³⁷¹. En effet, dès 1960 la jurisprudence a exigé une obligation de résultat du fait de la chose utilisée en cas de brûlures par bistouri électrique³⁷², en cas de dérapage d'une meulette de dentiste³⁷³. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence n'a pas manqué également d'étendre cette obligation au matériel, produits ou instruments utilisés par le médecin à l'occasion de l'acte de soins proprement dit³⁷⁴.

Ces données s'appliquent à titre égal en matière de chirurgie générale et de chirurgie esthétique puisqu'elles sont distinctes de la pratique de l'art médical. Il s'agit d'une distinction à faire ici entre les dommages qui résultent des actes de soins, et ceux résultant directement du matériel utilisé. Ainsi, pour le premier cas, la responsabilité est fondée sur une défaillance du chirurgien à son obligation qui n'est que de moyens ; alors que, pour le second cas, sa responsabilité est engagée sur le fondement d'une obligation de résultat. Aussi faut-il préciser que l'obligation de résultat reste limitée au produit lui-même ; elle ne porte donc pas sur la performance de celui-ci, mais uniquement sur la qualité de sa fabrication et les dommages qu'il est éventuellement susceptible de causer. Cette règle trouve une excellente application en matière des implants de prothèses. C'est par exemple le cas de la responsabilité du chirurgien orthopédiste pour l'implant de prothèses de hanche, ou des cardiologues pour l'implant de valves, de sondes cardiaques, etc., ou encore des odontostomatologistes pour l'implant de prothèses dentaires, et éventuellement le cas des chirurgiens esthétiques pour l'implant de prothèses faciales, de plaques vissées, etc.

Nombreux sont les arrêts qui se sont prononcés sur cette question ; en citer ici quelques-uns n'est pas inutile.

³⁷¹ Cass. civ. 1, 19 oct. 1985 (Bismuth), *Bull. civ.*, I, n°273 ; Cass. civ. 1, 12 juin 1990, *D.* 1991, somm., p. 358, obs. J. PENNEAU ; Cass. civ. 1, 22 nov. 1994, *Bull. civ.* I, n°340 ; Cass. civ., 1^{er} juill. 2010, n° 09-15404 ; CA Nîmes, 25 nov. 2008, RG n° 06/05150 ; CA Riom, 15 sept. 2005, n°2233 ; V également l'annexe 14.

³⁷² Cass. civ.1, 28 juin 1960, *JCP* 1960-II-11787.

³⁷³ Cass. civ.1, 14 mars 1967, *D.* 1967-II-107.

³⁷⁴ SARGOS Pierre, « Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale », *D.* 1996, p. 368, n°10, *in fine* ; Cass. civ. 1, 17 janv. 1995, *D.* 1995, p. 350, note P. JOURDAIN ; *JCP* G 1995, I, 3853, n°9, chron. G. VINEY ; Cass. civ. 1, 9 nov. 1999, *D.* 2000, n°6, jur., p. 117 ; *JCP* 2000, II, 10251, note Ph. BRUN ; Dans le même sens : Cass. civ.1, 7 nov. 2000, *Bull. civ.* n°279, rapport 2000 Cass., note FERRARI ; v. également l'annexe 14 qui présente des extraits de ces arrêts.

Par un arrêt rendu le 23 novembre 2004, la Cour de cassation a posé une distinction essentielle quant à l'obligation de moyens et celle de résultat se rattachant à la nature de l'acte. Elle a considéré que les soins odontologiques, la préparation prothétique, la pose d'implants relèvent d'une obligation de moyens. En revanche, la fourniture des matériaux (responsabilité commerciale), les qualités intrinsèques de la prothèse, la réponse fonctionnelle de l'appareillage et les visées esthétiques (satisfaction du patient), l'obligation de sécurité de l'appareillage (scellements fiables et prothèses non traumatisantes) relèvent de l'obligation de résultat. Une distinction essentielle est alors faite quant aux actes relatifs aux soins dont l'obligation est de moyens et ceux relatifs à la qualité du chirurgien en tant que fournisseur du matériel et de l'instrument utilisés dont l'obligation est de résultat. Ainsi, l'obligation de résultat ne remplace pas ici l'obligation de moyens liée aux soins donnés ; elle est exigée au côté de cette dernière.

En outre, par un arrêt rendu le 29 octobre 1985, la Cour de cassation a jugé que le chirurgien-dentiste n'est tenu que d'une obligation de moyens quant aux soins qu'il prodigue à son patient ; mais en tant que fournisseur de la prothèse, il est tenu d'une obligation de résultat qui l'oblige à délivrer un appareil « *sans défaut* »³⁷⁵.

De même, par un arrêt datant du 22 novembre 1994, la Cour de cassation a précisé qu'un chirurgien-dentiste est tenu d'une obligation de résultat concernant les conditions d'utilisation de l'appareil et de l'obligation de donner des informations sur le caractère dangereux de ce dernier, s'il est sans défaut et si le caractère dangereux ne peut résulter d'un usage normal³⁷⁶. Une distinction essentielle est à faire dans ce cadre dans le domaine des implants ; elle concerne, d'une part, les prothèses en général et, d'autre part, les prothèses mammaires en matière de chirurgie esthétique.

Concernant la première catégorie, et comme précédemment exposé, il y a une unanimité des avis jurisprudentiels qui considèrent que la pose de la prothèse engendre une obligation de moyens et que la fourniture de celle-ci relève d'une obligation de

³⁷⁵ Cass. civ, 29 oct. 1985, Dalloz Sirey, 1986, p. 417, note PENNEAU ; Dans le même sens : Cass. civ., 15 nov. 1988, *Bull. civ.*, I, n°319 ; Cass. civ., 12 juin 1990, cité *supra* n°249.

³⁷⁶ Cass. Civ 1^{ère}, 22 nov., 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 340, p. 245. V. également : Cass. civ. 1, 15 nov. 1988, *Bull. civ.* I, n° 319, p. 217.

PANSIER J.-F. et SKORNICKI F., *La faute et l'accident en matière de responsabilité médicale*, *Gaz. Pal.* vendredi 23, samedi 24 oct. 1994, p. 11.

résultat. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que le « *chirurgien-dentiste est tenu à une simple obligation de moyens, non seulement quant aux soins proprement dits par lui prodigués à son patient, mais aussi en ce qui concerne les améliorations de son état que celui-ci peut espérer grâce à l'acquisition et à la pose d'un bridge sans défaut...* »³⁷⁷. Cette position a été précisée par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 17 octobre 1995 en vertu duquel, la Cour de cassation considère que « *les chirurgiens-dentistes sont astreints à une obligation de moyens en ce qui concerne les soins qu'ils dispensent, mais à une obligation de résultat pour les prothèses qu'ils posent. Toutefois, cette dernière n'implique pas une présomption de responsabilité irréfragable à la charge du praticien lorsque les bridges ont dû être restaurés moins de deux ans après leur pose. L'obligation de résultat ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'il résulte de l'expertise diligentée, en l'espèce, que les désordres constatés trouvaient leur source dans des caries dentaires postérieurement à la pose des prothèses en cause* »³⁷⁸. Pourtant, une décision rendue en 2003, réaffirme la distinction selon laquelle le médecin n'est tenu qu'à une obligation de moyens relative à la pose de la prothèse et à une obligation de résultat relative à la qualité intrinsèque de la prothèse fournie³⁷⁹. Cette obligation s'étend également, comme précédemment précisé, au cas où la prothèse n'est pas viciée, mais qu'elle présente en revanche un caractère dangereux dans son maniement.

Quant à la seconde catégorie, elle rentre dans le domaine de la chirurgie esthétique et concerne les prothèses mammaires. En effet, la majorité de la jurisprudence considère que les implants relatifs aux prothèses mammaires n'entraînent qu'une obligation de moyens vis-à-vis du chirurgien esthétique. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a décidé, dans un arrêt rendu le 22 janvier 1993, à propos du cas d'une patiente qui désirait augmenter le volume de sa poitrine à travers la pose de prothèses mammaires, lesquelles lui causent par la suite des coques douloureuses, que : « *l'intervention a été justifiée par l'état de la patiente, que sur le plan des soins ou de la technique de mise en place des prothèses mammaires, elle a été conduite selon les données de la science et les règles de l'art qu'aucune faute ne puisse être reprochée au*

³⁷⁷ Cass. civ.I, 27 janv. 1960, *Bull. civ.* n°59.

³⁷⁸ Cass. civ., 17 oct. 1995, *D.* 1995, somm. 242 ; *JCP* 1995 – II – 2582.

³⁷⁹ Cass. civ., 4 févr. 2003, *resp. civ. et ass.*, 2003, com. 143.

docteur »³⁸⁰. De même, la Cour de cassation a jugé en 1992 que : « *donne une base légale à sa décision la Cour d'appel qui, pour considérer qu'un chirurgien esthétique n'a commis aucune faute dans l'implantation de deux prothèses mammaires malgré un résultat inesthétique, relève que ce résultat n'est pas dû à une faute du chirurgien mais à la méthode elle-même* »³⁸¹ ; c'est ainsi que la pose des prothèses entraîne une obligation de moyens. Quant à la fourniture de ces dernières, un arrêt de la Cour de cassation datant du 29 octobre 1985, l'a considérée comme étant une obligation de résultat en estimant que « *si l'obligation de moyens révèle le caractère aléatoire de l'acte médical, le prothésiste, technicien professionnel, doit être tenu d'une obligation de résultat : il convient de dissocier la prescription et la pose d'un appareil dentaire* »³⁸².

Il est à noter à cet égard que les prothèses mammaires ont fait l'objet de plus d'une réglementation hésitant entre l'autorisation de leur utilisation sous certaines conditions à la prohibition de celles-ci. C'est ainsi que les prothèses mammaires internes ont été incluses en vertu de l'arrêté du 8 août 1994, modifié le 15 septembre 1994, dans la liste des « *produits et appareils à usage préventif diagnostique ou thérapeutique* » soumis à homologation.

Pourtant, et à la suite de l'arrêté datant du 10 mai 1995 qui a suspendu la fabrication, l'importation, la mise sur le marché, ainsi que l'implantation des prothèses mammaires préremplies de produit autre que du sérum physiologique, le Ministère de la santé avait publié un arrêté datant du 16 mai 1996 qui précisait strictement l'utilisation de ces prothèses. C'est ainsi que la commercialisation des prothèses mammaires remplies de gel de silicone ne pouvait être autorisée que si des tests supplémentaires étaient effectués sur les matériaux³⁸³ ; une décision confirmée par l'Agence Française de

³⁸⁰ CA Paris, 22 janv. 1993, *Gaz. Pal.* 1994-1, somm. 399 ; Dans le même sens : CA Aix-en-Provence, 5 nov. 2008, cité *supra* n°46.

³⁸¹ Cass. civ.I, 7 oct. 1992, cité *supra* n°121.

³⁸² Cass. civ.I, 29 oct. 1985, *Bull. civ.* n°273.

³⁸³ Certains chirurgiens suggéraient que la silicone soit considérée comme un médicament à part entière au sens des articles L.511 et L.512 du Code de la Santé Publique de l'époque comme c'est le cas pour le collagène injectable qui en 1983 était considéré comme un implant. Depuis trente ans cette substance est complètement ignorée de la pharmacopée française car la silicone médicale comme la silicone utilisée dans la grande industrie est une matière inerte qui ne peut être considérée comme un médicament. Pourtant le label « *silicone médicale* », s'il désigne aux Etats-Unis une silicone de qualité supérieure, pouvant être utilisée en médecine, ne correspond en France à aucune définition connue. En ce qui concerne

Sécurité Sanitaire des Produits de Santé en date du 26 mai 1999, avec une suspension de mise sur le marché et d'utilisation de dispositifs médicaux implantables à visée esthétique et ce, conformément à la directive européenne 98/79/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 1998. Toutefois, le Journal Officiel du 16 janvier 2001, en reprenant les arrêtés du 22 décembre 2000, énonçait que ces prothèses mammaires à base de gel de silicone pouvaient de nouveau être utilisées sur le marché français. A cet effet, l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé a autorisé en date du 20 février 2003, la toxine botulique dans l'indication du traitement des rides du front.

250. Diversité de règles jurisprudentielles. La volonté des parties d'une part, et la nature de quelques actes d'autre part, ont commandé une adoption exceptionnelle de l'obligation de résultat, limitée uniquement dans ce cadre étroit ; mais celle-ci n'a pas en revanche abouti aux solutions visées par la jurisprudence qui n'a pas sorti dans son approche du régime de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat ; ce qui a abouti à une diversité de règles, voire d'avis et de notions au sein de la jurisprudence. En effet, le principe découlant de l'arrêt *Mercier* qui a donc consacré la responsabilité contractuelle du praticien a connu, particulièrement en ce qui concerne les interventions chirurgicales, une conception « *modificatrice* » du régime essentiel de cette obligation comme examiné précédemment. La raison fondamentale d'une telle démarche est la part d'aléa qui existe dans toutes les interventions chirurgicales. Effectivement, cet aléa qui a principalement motivé une responsabilité pour faute du médecin, a été lui-même à l'origine d'une tendance d'alourdissement de la responsabilité du chirurgien. Il convient alors tout d'abord de préciser la nature de l'aléa désigné, spécialement en présence d'une multitude de notions « *aléatoires* » utilisées par la jurisprudence et la doctrine. En effet, l'aléa dont il est question est celui qui concerne le risque individuel relatif au dommage incertain qu'on a défini précédemment. Il est en fait l'aléa thérapeutique qui intervient lors d'un acte chirurgical entraînant pour un individu des conséquences dramatiques que son état de santé initial ne permettait pas de prévoir. Il n'est donc pas

l'autorisation de mise sur le marché qui est délivrée par l'AFSSaPS (Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé), elle est exclue pour la silicone à cause de son inertie. De plus le Ministère de la santé considère le produit comme une prothèse à part entière donc la silicone médicale seule ne peut faire l'objet d'une autorisation de mise sur le marché. Voir GASTINEL Eric, « Libres propos sur l'AMM et le CCP des médicaments », *Gaz. Pal.* 12 juill. 1995, 12-15.

le résultat de l'acte chirurgical et ne correspond pas à une évolution prévisible de la maladie du patient. L'aléa thérapeutique accompagne ainsi toute intervention chirurgicale, qu'elle soit curative ou esthétique. Ainsi, le patient qui subit un dommage résultant d'un tel aléa, et en l'absence de possibilité de prouver une faute quant aux actes de soins opérés par le chirurgien, va rester sans indemnisation.

Pour cette raison, la jurisprudence a tout d'abord essayé d'assouplir le système de responsabilité découlant de l'obligation de moyens ; elle a ensuite tenté de se diriger vers une responsabilité sans faute du chirurgien à travers la notion de l'obligation de résultat. Cependant, cette tentative de changer la nature de l'obligation du praticien est restée sans affirmation totale par la jurisprudence.

B. Absence d'affirmation générale d'une obligation de résultat

251. Position de la jurisprudence. La jurisprudence française a essayé d'élaborer une règle générale concernant la responsabilité du praticien en considérant l'obligation qui lui incombe, une obligation de résultat. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 janvier 1997 (arrêt *Franchot*)³⁸⁴ a provoqué une certaine croyance d'un changement de la nature de l'obligation du chirurgien vers une obligation de résultat. En effet, il s'agissait d'un patient qui souffrait d'une gêne au bras gauche et qui a subi une opération pour le débarrasser de cet inconvénient ; lors de l'intervention, le chirurgien, en raison de la section de la côte, a également sectionné avec un costotome l'artère sous-clavière gauche qui est au contact de cette côte, ce qui a alors entraîné une hémorragie provoquant le décès de l'opéré. À la suite d'une action en responsabilité, et contrairement au rapport présenté par les experts désignant la conformité de l'opération aux règles de l'art, le Tribunal de Grande Instance d'Evry a condamné le chirurgien à indemniser la victime estimant qu'il avait commis une maladresse fautive. Cependant, une décision infirmée par la Cour d'appel de Paris jugeait le 30 juin 1994 que le chirurgien n'avait pas commis de maladresse fautive ou inadmissible et que le décès s'était produit à la suite d'une complication exceptionnelle et imprévisible. Formant un pourvoi en cassation, la Cour de cassation a affirmé, pour fonder la cassation, qu'en

³⁸⁴ Cass. civ., 7 janv. 1997, *Bull. civ.* 1997 I, n° 6 p. 4, Dalloz Sirey, 1997, 16^{ème} cahier, JP, p. 189, note THOVENIN.

écartant la responsabilité, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la blessure de l'artère sous-clavière gauche avait été « *le fait du chirurgien* », la Cour d'appel a violé les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil³⁸⁵.

Etant ainsi donné, il apparaît qu'un « *simple fait* » suffit pour engager la responsabilité du chirurgien et qu'un accident chirurgical non fautif est donc de nature à rendre le chirurgien responsable : la faute disparaît au profit d'un « *simple fait* ». Les doutes qui ont suivi cet arrêt sur l'affirmation ou non d'un revirement de la jurisprudence envers une obligation « *générale* » de résultat à la base de la responsabilité du chirurgien provenaient surtout de l'ambiguïté de la terminologie utilisée par la Cour de cassation qui n'a pas osé affirmer clairement qu'un changement de la nature de l'obligation du chirurgien s'est produit. L'arrêt du 7 janvier 1997 a été suivi par un nombre précis de décisions suivant la même position et qui n'ont également pas déclaré de façon claire que l'obligation du chirurgien est désormais une obligation de résultat. On cite dans ce cadre à titre d'exemple, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 septembre 1997³⁸⁶ relatif à un chirurgien-dentiste qui, à l'occasion de soins dentaires, a laissé échapper un tire-nerf que son patient a avalé. La Cour a affirmé que la maladresse du médecin est nécessairement fautive. Pourtant, la maladresse n'est autre que le manque d'habileté et n'implique donc pas nécessairement une méconnaissance des règles de l'art. Ainsi, la Cour de cassation sous-entend ici une obligation de résultat en comparant le comportement du médecin avec celui d'un médecin infailible qui ne commet aucune erreur. Le chirurgien ne doit donc pas être bon et normalement avisé, mais un excellent médecin, proche de l'obligation de résultat.

Par un autre arrêt du 10 février 1999, la Cour d'appel de Paris a repris la même solution de l'arrêt du 7 janvier 1997. Elle a en effet jugé un chirurgien qui, en opérant un syndrome thoracobrachial, a blessé une artère sous-clavière et a tenté de réaliser une hémostase en profondeur entraînant un élargissement de la plaie et la mort du patient. Elle a estimé que « *si cette erreur d'appréciation est explicable par la précipitation due à l'urgence, elle n'en constitue pas moins une maladresse non admissible chez un chirurgien normalement compétent, il est donc responsable du décès du patient* »³⁸⁷.

³⁸⁵ Devenus aujourd'hui les articles 1197 et 1231-1 du Code civil.

³⁸⁶ Cass. civ. 1, 30 sept. 1997, Bulletin 1997 I, n° 259 p. 175.

³⁸⁷ CA Paris, 10 févr. 1999, *JurisData* n°020442, cité in *Médecine et Droit* 1999, n°36, p.28, brèves.

Ces décisions, quoiqu'elles aient apporté un certain alourdissement à la responsabilité du chirurgien, sont en revanche limitées et d'une portée ambiguë. Ce constat nous pousse à nous interroger sur les raisons qui ont empêché la jurisprudence, qui est soucieuse d'assurer une indemnisation au patient même pour les actes ne se liant pas aux soins, à affirmer clairement que le chirurgien est tenu d'une obligation de résultat ?

Cette interrogation peut trouver sa réponse dans les avis doctrinaux diversifiés qui ont interprété les décisions rendues par la jurisprudence et ont en outre avancé des critères pour concevoir une obligation de résultat incombant au chirurgien. Mais avant de traiter ce point dans le paragraphe qui suit, il convient ici de noter que cette obligation de résultat, limitativement conçue en matière de chirurgie générale, est d'une portée beaucoup plus sévère, voire plus large, en chirurgie esthétique, comme cela sera examiner dans une partie suivante.

252. Opinions doctrinales. Tous les avis doctrinaux sont également, à l'instar de la position jurisprudentielle, restés dans le cadre limité des notions transposées du droit commun, à savoir l'obligation de moyens et l'obligation de résultat. Ainsi, un premier avis avancé par M. SARGOS est à deux branches. D'un côté, il considère qu'il y a une possibilité « *d'introduire un coin dans l'obligation de moyens inhérente au contrat médical, et qui doit rester le principe. Ce coin implique le recours à la notion d'obligation de résultat* »³⁸⁸ ; cependant, il limite ce « *coin* » à la réunion de deux critères essentiels : le premier concerne l'absence d'autonomie du créancier de cette obligation, et le second est relatif à l'absence d'aléa trop important. Ainsi, « *il n'est pas déraisonnable de soutenir que l'une des charges de l'activité professionnelle médicale est d'indemniser le dommage causé par un acte médical indépendamment de l'état du patient et de son évolution* ». M. SARGOS a donc lié l'obligation de résultat à l'existence d'un aléa dont le pourcentage est minime, ce qui nie, selon ses critères, la possibilité d'indemniser les victimes d'un aléa important. En revanche, et d'un autre côté, dans son interprétation de l'arrêt rendu le 7 janvier 1997 précédemment cité, M. SARGOS souligne que cet arrêt reste sur le terrain de l'obligation de moyens et repose sur l'idée que le chirurgien est tenu d'une exactitude de son geste chirurgical exercé sur

³⁸⁸ SARGOS Pierre, *Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale*, préc., p. 369.

le corps humain ; ainsi il ne doit pas léser un organe, un tissu, un os, une artère, une veine, etc., autres que ceux visés par son intervention ou ceux qu'il est nécessaire de toucher pour réaliser l'opération. Si un tel fait se produit, sa responsabilité sera engagée, sauf s'il prouve une fragilité particulière du patient indécélable par un examen.

Cette interprétation laisse également croire à un certain « *coin* » à l'obligation de résultat se rattachant à l'engagement du chirurgien de ne pas blesser un organe qui ne devrait pas l'être, et qui concerne aussi l'obligation de sécurité comme développé ci-après. Pourtant, ce « *coin* » n'est pas de nature à apporter la solution au souci d'assurer une indemnisation totale pour les patients victimes de tout aléa ou de tout dommage ne se liant pas aux actes de soins.

Un second avis a essayé de présenter les arguments qui ont empêché la jurisprudence d'affirmer clairement un changement de la nature de l'obligation du chirurgien vers une obligation de résultat remplaçant l'obligation de moyens. Tout d'abord, une telle affirmation va conduire à l'augmentation du coût de l'acte médical qui serait consécutif à l'obligation ; ainsi, le chirurgien sera obligé de contracter une assurance beaucoup plus onéreuse. Ensuite, elle va faire subir au chirurgien un préjudice puisqu'il sera responsable en toute hypothèse, même s'il a exercé son art avec perfection. En outre, le chirurgien va renoncer, par crainte, à pratiquer des interventions chirurgicales à haut risque qui pourraient sauver le patient ; cette démarche va nuire, sans doute, à l'intérêt général des patients qui ne bénéficieront plus des progrès de la science. Enfin, le chirurgien est un être humain, non un Dieu, et on ne peut alors pas attendre de lui une guérison totalement sûre de façon permanente. Ainsi, le recours de la jurisprudence à une obligation de résultat n'a pas abouti à un changement de la nature de l'obligation du chirurgien et n'a alors pas été la solution parfaite pouvant résoudre la problématique posée par la jurisprudence, à savoir assurer une indemnisation aux patients, particulièrement lorsque le dommage provient d'un aléa sans relation avec les actes de soins.

Face à cette seconde mutation « *imparfaite* » et qui n'a pas pu franchir les frontières d'un principe général consacré en responsabilité médicale, la jurisprudence française a continué sa recherche basée sur une procédure de transposition des notions de droit commun en vue de trouver la solution « *parfaite* » pour la responsabilité médicale. Elle a alors opéré une troisième mutation, celle de la notion de l'obligation de sécurité.

§3. *Labyrinthe de l'obligation de sécurité*

253. Souci d'indemnisation. Les tentatives de la jurisprudence française se sont caractérisées par une insatisfaction de celle-ci qui n'y a pas trouvé la solution adéquate à la problématique essentielle, à savoir éviter une injustice aux patients qui subissent un dommage ne résultant pas de l'obligation principale de soins qui est de moyens. Se tournant toujours vers la sphère des notions de droit commun pour rechercher une solution qui soit de nature à répondre aux exigences posées par la jurisprudence, cette dernière a franchi le cadre du régime juridique de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat, pour mettre le pas cette fois-ci sur l'obligation de sécurité dans une tentative de l'étendre et l'adapter au domaine médical et chirurgical. En effet, l'obligation de sécurité qui a été appliquée sur un nombre précis de contrats, particulièrement sur le contrat de transport comme déjà examiné³⁸⁹, est conçue essentiellement dans l'intérêt des victimes et pour simplifier la mise en œuvre de l'indemnisation de leurs préjudices, et ce « à l'occasion de l'exécution défectueuse d'un contrat »³⁹⁰. C'est donc le caractère aléatoire de l'intervention chirurgicale qui a également justifié le recours de la jurisprudence à tenter de combler les lacunes de ses deux premières tentatives inabouties en vue d'assurer une indemnisation aux victimes des aléas thérapeutiques.

Il faut noter, tout d'abord, que les règles relatives à l'adoption d'une obligation de sécurité dans le domaine médical s'appliquent également et similairement en matière de chirurgie esthétique. L'obligation de sécurité a suscité à l'occasion de son application en matière de responsabilité médicale une diversité remarquable d'avis tant sur le plan jurisprudentiel que sur le plan doctrinal, et par ailleurs tant en ce qui concerne l'idée même de son adoption qu'en ce qui concerne sa nature et ses critères. Cette diversité était, en outre, controversée, ce qui a fait de la notion d'obligation de sécurité étendue au champ de la responsabilité médicale un labyrinthe au vrai sens du terme, surtout que la susdite diversité est apparue tant au niveau de l'admission de l'obligation de sécurité (A) qu'au niveau de sa nature et de ses critères (B).

³⁸⁹ V. *supra* n°230 et s.

³⁹⁰ MAZEAUD Denis, « Le régime de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 23 sept. 1997, p. 1201.

A. Diversité controversée quant à l'adoption de l'obligation de sécurité

254. *Obligation de sécurité, obligation accessoire.* Antérieurement à sa survenue au niveau jurisprudentiel, une partie très active de la doctrine a proposé de scinder la responsabilité médicale en deux, et ce en introduisant à côté de l'obligation principale de soins, une obligation accessoire de sécurité³⁹¹. Selon cet avis, l'obligation de soins sera réduite à mettre en œuvre les moyens pour parvenir au résultat, et l'obligation générale de sécurité concerne alors tout dommage imputable à l'acte médical lui-même. Ainsi, cet avis ne contredit pas la jurisprudence *Mercier* puisque l'obligation de sécurité ne vient que s'ajouter, à titre accessoire, à une obligation de soins qui continue d'être l'obligation principale.

Une série de circonstances a favorisé la transposition de cet avis doctrinal au champ jurisprudentiel et qui été opéré par les juridictions de fond (1°). Pourtant, cette position n'a pas été adoptée par la Cour de cassation (2°), ce qui a abouti à limiter le champ de l'obligation de sécurité dans le domaine médical en un nombre d'obligations circonstanciées de sécurité (3°).

1° Affirmation d'une obligation de sécurité par les juridictions de fond

255. *Une série de circonstances.* Plusieurs facteurs ont favorisé l'adoption par les juridictions de fond de la notion de l'obligation de sécurité : C'est tout d'abord la position du Conseil d'Etat qui a jugé dans l'arrêt *Bianchi* du 9 avril 1993³⁹² pour une responsabilité sans faute des hôpitaux en matière de risques médicaux ; c'est ensuite, les

³⁹¹ HOCQUET-BERG S., *Obligation de moyens ou obligation de résultat, à propos de la responsabilité médicale*, Thèse, Paris XII, 1995, 2^{ème} partie ; VINEY G. et JOURDAIN P., « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », *JCP G* 1997, I, 4016 ; JOURDAIN P., « L'évolution de la jurisprudence judiciaire et l'indemnisation des accidents médicaux », in *L'indemnisation des accidents médicaux*, LGDJ, Bib. Dr. priv., t. 289, 1997, p. 25 et s.

³⁹² CE, 9 avr. 1993, n°69336, www.legifrance.gouv.fr, mis à jour le 11/06/2012, consulté le 11/06/2012 : « Considérant, toutefois, que 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 ; considérant que le risque inhérent aux artériographies vertébrales et les conséquences de cet acte pratiqué sur M. X... répondent à ces conditions ; que, dès lors, M. X... est fondé à demander l'annulation du jugement attaqué, par lequel le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande tendant à la condamnation de l'assistance publique à Marseille... ».

interprétations de M. SARGOS précédemment cités³⁹³ qui ont réservé un « coin » à l'obligation de résultat ; c'est par ailleurs l'attitude de la Cour de cassation qui, comme on l'a vu, à force d'essayer de déformer la notion de la faute et de déduire des présomptions de faute en se souciant de l'injustice provenant du caractère aléatoire des interventions chirurgicales ; finalement, toutes ces circonstances avaient pour conséquence d'encourager les juridictions de fond à admettre l'obligation de sécurité à l'encontre du praticien. A cet effet, trois jugements rendus par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 5 mai, le 30 juin et le 20 octobre 1997, affirment que le chirurgien supporte une obligation de sécurité-résultat envers son client. Effectivement, dans des termes quasiment identiques, les décisions de 5 mai et 20 octobre ont estimé que si la nature du contrat qui se forme entre le chirurgien et son client ne met en principe à la charge du praticien qu'une simple obligation de moyens, il incombe à ce dernier de réparer le dommage causé à son patient à l'occasion d'un acte chirurgical nécessaire à son traitement, et ce sur le fondement d'une obligation de sécurité, chaque fois que ce dommage totalement imprévisible et non imputable à une faute de maladresse ou d'imprudence est en relation directe avec l'intervention pratiquée et sans rapport avec l'état antérieur de ce patient³⁹⁴. Une différence minime existait entre la formule employée par les deux jugements précédents et celle utilisée par le jugement du 30 juin 1997 : selon ce dernier, « *si la nature du contrat qui se forme entre le médecin et son client ne met en principe à la charge du praticien qu'une simple obligation de moyens, celui-ci est néanmoins tenu, sur le fondement d'une **obligation de résultat**, chaque fois que l'acte médical qu'il accomplit est nécessaire à son diagnostic et présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que son patient y soit particulièrement exposé, de réparer les dommages causés par cet acte dès lors que ces dommages sont sans rapport avec l'état initial du malade comme avec l'évolution prévisible de son état* »³⁹⁵. Ainsi, ce dernier jugement a utilisé le terme d'obligation de « *résultat* » non pas de « *sécurité-résultat* » ; une différence qui n'est pas cependant fondamentale du fait que la suite du motif a repris les termes des deux autres jugements du 5 mai et 20 octobre.

³⁹³ V. *supra* n°252.

³⁹⁴ Trib. Gr. Inst. Paris, 5 mai et 20 oct. 1997, *D.* 1998, 2, jur., p. 558, note L. BOY. V. aussi certaines tentatives anciennes : Trib. Gr. Inst. Seine, 3 mars 1965, *JCP G* 1966, II, 15582, note crit. SAVATIER ; CA Rouen, 4 juill. 1966, *JCP G* 1967, II, 15722, note R. SAVATIER.

³⁹⁵ Trib. Gr. Inst. Paris, 30 juin 1997, *Petites affiches*, 24 juin 1998, n°75, note S. PRIEUR.

Il convient de préciser dans ce contexte que le jugement du 20 octobre 1997 qui est porté en appel, fut affirmé par la Cour d'appel de Paris par une décision datant du 15 janvier 1999³⁹⁶ ; en revanche, celui du 5 mai 1997 fut infirmé par cette dernière qui a considéré que le médecin ne saurait être tenu, même sur le fondement d'une obligation de sécurité-résultat, à réparer le dommage dont l'origine reste hypothétique et qui n'est pas étranger à un état antérieur³⁹⁷.

256. Une évolution en contradiction avec la position de la Cour de cassation ? L'évolution jurisprudentielle opérée par le Tribunal de Grande Instance de Paris a été reprise par un nombre de juridictions de fond³⁹⁸, contredisant ainsi l'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1997 qui a repris l'obligation de moyens comme principe en matière chirurgicale. En effet, suivant cet arrêt, « *le chirurgien alors même qu'il procède à la pose d'un appareil sur la personne du patient, n'est tenu qu'à une obligation de moyens [...] la Cour d'appel a retenu, au vu des conclusions de l'expert, qu'eu égard à la pathologie présentée, la technique utilisée était non seulement justifiée, mais la meilleure en l'état des connaissances médicales. Elle [...] a relevé que le matériel était exempt de vice et que le praticien l'avait vérifié avant son utilisation et avait notamment testé le ballonnet prenant ainsi les précautions d'usage recommandées en pareil cas [...] la Cour d'appel, qui a ainsi écarté l'existence d'une faute dans la préparation, l'accomplissement et le suivi de l'acte médical, a légalement justifié sa décision* »³⁹⁹.

Pourtant, la jurisprudence initiée par le Tribunal de Grande Instance de Paris paraissait poursuivre les notions émises par l'arrêt du 7 janvier 1997 de la Cour de cassation et, plus précisément, l'une des interprétations qui a distingué la jurisprudence de l'arrêt du 7 janvier 1997 et celle du 25 février 1997. En effet, selon cette interprétation, chacune d'elles concerne un acte médical différent ; la première concerne un accident sans lien avec la pathologie initiale du patient et détachable de l'acte de

³⁹⁶ CA Paris, 15 janv. 1999, *JCP G* 1999, II, 10068, note L. BOY.

³⁹⁷ CA Paris, 2 avr. 1999, *Gaz. Pal.* 16-17 juin 1999, p. 80, note J. GUIGUE.

³⁹⁸ Trib. Gr. Inst. Metz, 12 août 1998, *Gaz. Pal.* 7-8 mai 1999, doct., p. 20, obs. S. HOCQUET-BERG ; CA Bordeaux, 14 décembre 1998, *Petites affiches*, 9 décembre 1999, n°245, p. 12, note S. PRIEUR ; CA Lyon, 13 avr. 2000, *JurisData* n°136768 – 18 oct. 2000, *JurisData* n°128542.

³⁹⁹ Cass. civ. 1, 25 févr. 1997, *JCP* 1997, 1, n°4025, obs. VINEY, *Gaz. Pal.* 1997, 1, 274, rapport SARGOS, *D.* 1997, somm. 319, obs. PENNEAU.

soins, alors que l'autre est relative à un échec pur et simple de l'acte de soins entrepris⁴⁰⁰. Dans toutes les décisions rendues, les juridictions de fond utilisent quasiment les mêmes expressions en réaffirmant tout d'abord le principe de l'obligation de moyens en précisant son domaine relatif à « *l'échec de l'acte de soins, compte tenu notamment de l'état initial de maladie et de l'aléa inhérent à toute thérapie* », avant d'estimer qu'à côté de cette obligation principale, il existe « *une obligation accessoire destinée à assurer la sécurité du patient* ». Elles procèdent par-là à la suite de délimiter le domaine en notant que « *le dommage devrait être sans rapport avec l'état antérieur du patient ni l'évolution prévisible de cet état* »⁴⁰¹.

Toutefois, les efforts déployés par le Tribunal de Grande Instance de Paris et la Cour d'appel de Paris qui ont initié cette évolution jurisprudentielle, n'ont pas réussi à consacrer une « *pleine mutation* » d'une obligation accessoire de sécurité à la responsabilité du chirurgien. En effet, la Cour de cassation s'est récemment opposée à une attente de consacrer ce revirement jurisprudentiel en admettant pleinement l'obligation générale de sécurité.

2° Maintien du fondement classique par la Cour de cassation

257. Une position jurisprudentielle controversée. Un ensemble jurisprudentiel s'est construit des juridictions de fond initiant une obligation accessoire de sécurité au côté de l'obligation principale de moyens se rattachant aux contrats de soins. Pourtant, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur ce point jusqu'au 27 mai 1998, suivie d'une décision plus ferme le 8 novembre 2000, où elle consacre le fondement classique de la responsabilité du chirurgien issue de l'arrêt *Mercier*. Cette position paraît fortement surprenante surtout qu'il semblait pour la doctrine que la Haute juridiction ne cessait de rechercher dans les notions classiques de droit commun pour tenter de trouver une solution à la problématique des victimes des aléas thérapeutiques. En effet, la Cour de cassation qui a fait son approche dans un cercle étroit de la conception d'obligation de moyens et d'obligation de résultat tout en modifiant, voire déformant leur régime

⁴⁰⁰ VINEY G. et JOURDAIN P., « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », préc., p. 182.

⁴⁰¹ Citations tirées de CA Paris, 15 janv. 1999, cité *supra* n°255.

classique, a refusé d'admettre une obligation générale de sécurité accessoirement à l'obligation principale de moyens relatives aux actes de soins.

Ainsi, par un arrêt rendu le 27 mai 1998, la Cour de cassation a condamné très fermement les tentatives des juges du fond « *d'éclipser* » l'exigence d'une faute pour engager la responsabilité du chirurgien. Elle a réaffirmé, en outre, le principe selon lequel, pour condamner les chirurgiens, les juges doivent rechercher si ceux-ci ont commis une faute dans l'exécution de l'acte médical, faute que la Cour d'appel a elle-même écartée en l'espèce⁴⁰². Cette position a été réaffirmée plus récemment par un arrêt rendu en date du 8 novembre 2000⁴⁰³, l'arrêt *Tourneur*, en vertu duquel elle estime effectivement que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient⁴⁰⁴. Cette position controversée constitue un aspect du labyrinthe de cette obligation de sécurité qui a suscité maints points de vue, maintes analyses et a fait beaucoup de bruit dans le cadre de la responsabilité médicale, particulièrement face à des avis catégoriquement controversés de la Cour de cassation d'une part, et des juridictions de fond d'autre part.

258. Une doctrine partagée. Un refus catégorique de la Cour de cassation fait donc face à l'adoption de la thèse de dualité de la responsabilité médicale, justifié du point de vue théorique par l'intensité assignée à l'obligation de sécurité qui dépasserait même l'intensité des conséquences d'une adoption de l'obligation de résultat. A ce refus répondent les partisans de l'obligation de sécurité que cette dernière n'est pas de nature à mettre en cause la jurisprudence *Mercier* puisque l'obligation de soins continue d'exister et d'être qualifiée de moyens⁴⁰⁵. Cet argument est contredit par les supporteurs de l'avis de la Cour de cassation qui ont estimé que l'obligation de soins est vidée de sa substance à cause de ladite obligation accessoire de sécurité qui a absorbé d'une façon quasi-totale la responsabilité médicale. En effet, poursuivent ces derniers, la

⁴⁰² Cass. civ., 27 mai 1998, *Bull. civ.*, 1998 I, n° 185, p. 125.

⁴⁰³ Cass. civ. 1, 8 nov. 2000, *Bull. civ.* 2000 I, n° 287 p. 186; *JCP G* 2000, II, 10493, n°9.

⁴⁰⁴ LAMBERT-FAIVRE Y., « La réparation de l'accident médical : obligation de sécurité : oui ; aléa thérapeutique : non », *D.* 2001, chr., p. 570. Solution réitérée par Cass. civ. 1, 27 mars 2001, *D.* 2001, IR, p. 1284 ; *Bull. civ.* I, n°87 (cassation de CA Paris, 15 janv. 1999, cité *supra* n°255).

⁴⁰⁵ LAMBERT-FAVIRE Y., « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p.9 ; L. BOY, *D.* 1998, 2, jur., p. 561, note sous Trib. Gr. Inst. Paris, 5 mai et 20 oct. 1997.

responsabilité des chirurgiens n'est engagée qu'exceptionnellement pour la réparation des dommages endogènes liés au simple échec de soins. Pourtant, dans la quasi-totalité des affaires judiciaires, les patients se plaignent d'un dommage iatrogène imputable à l'activité médicale. A cet effet, c'est la jurisprudence de l'arrêt Mercier qui doit s'appliquer pour ce dernier cas puisque le préjudice dont se plaignait Mme Mercier présentait les caractères d'un dommage iatrogène.

Dans le même contexte, Mme Dominique THOUVENIN demande si l'obligation de sécurité « *n'est pas une façon, sous couvert d'une obligation accessoire, de doubler une règle de responsabilité par une autre, faute d'avoir pu démontrer l'exécution fautive de l'obligation principale* »⁴⁰⁶. Le but selon les partisans de la position de la Cour de cassation n'était pas de combler un vide laissé par l'obligation principale mais de répondre à une attente d'indemnisation en intensifiant artificiellement une obligation préexistante. Ainsi, selon cet avis, l'obligation de sécurité de la façon dont elle a été conçue par les juridictions de fond est de nature, non pas à être accessoire à l'obligation principale de soins, mais à remplacer totalement cette dernière.

M. SARGOS quant à lui, relève que la position de la Cour de cassation s'est opérée en considération d'impératifs d'ordre pratique. En effet, face à la controverse doctrinale quant à cette position qu'on a brièvement citée, il considère « *qu'au plan de la technique juridique, il serait parfaitement possible, sur le fondement des articles 1135 et 1147 du Code civil*⁴⁰⁷, de mettre dans le contrat formé entre un patient et un médecin l'obligation pour ce dernier de réparer les conséquences de la survenance d'un aléa thérapeutique »⁴⁰⁸. Il énonce cependant les obstacles de l'adoption d'une telle obligation générale de sécurité. Un premier obstacle concerne l'inadaptation de cette obligation dans le contrat médical, puisque la Cour de cassation ne peut pas reprendre les critères restrictifs énoncés par l'arrêt *Bianchi* sans éviter « *une dérive incontrôlable* » qui pourrait mettre un terme à l'équilibre actuel de la responsabilité médicale. Un deuxième obstacle est relatif quant à lui à l'absurdité du régime attribué par ses partisans à l'obligation de sécurité. Une absurdité affirmée également par

⁴⁰⁶ D. 1999, jur., p. 560, note sous Cass. civ. 1, 29 juin 1999. Dans le même sens : GOUESSE E., *Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation*, Petites affiches, 25 janv. 2000, n°17, p. 16 *in fine*.

⁴⁰⁷ Devenus aujourd'hui les articles 1197 et 1231-1 du Code civil.

⁴⁰⁸ Rapport sous Cass. civ. 1, 8 nov. 2000, *JCP G.* 2000, II, 10493, n°9.

l'ambiguïté des décisions des juridictions de fond rendues en la matière, d'autant que l'aléa thérapeutique, selon lui, survient « *d'un cas fortuit qui est normalement exonératoire de responsabilité* ». Finalement, un argument « *non technique* » mais d'ordre financier concerne les risques connus d'inassurabilité de la responsabilité médicale et de l'abandon des spécialités à risques par les jeunes praticiens, ce qui pourrait avoir des répercussions abusives tant pour le domaine médical qui sera un domaine défensif mais aussi inefficace, que pour les patients. Cette « *sagesse* » de la Cour de cassation, selon les termes de M. SARGOS, doit être saluée, puisque « *si l'inégalité devant le malheur médical* »⁴⁰⁹ est parfois difficile à admettre, il convient de signaler que les juridictions administratives ne retiennent que la responsabilité de l'administration hospitalière, jamais celle des praticiens.

Face au refus de consacrer une obligation générale de sécurité, la Cour de cassation a en revanche eu recours à des obligations de sécurité circonstanciées qui sont spécifiques à certains domaines médicaux précis. Ainsi, une application circonstanciée de l'obligation de sécurité revêt le caractère strictement limitatif de la conception de cette obligation en matière de responsabilité médicale.

3° Adoption d'obligations de sécurité circonstanciées

259. Une position médiane. L'obligation de sécurité qui a essentiellement été étendue au domaine médical et admise par les juridictions de fond, par essai de parfaire une solution définitive à la problématique qui a longtemps occupé la jurisprudence, celle de l'indemnisation des victimes des aléas, s'est transformée en un véritable labyrinthe. Elle a en fait créé une diversité controversée pas uniquement au niveau doctrinal, mais essentiellement au niveau jurisprudentiel en opposant les juridictions de fond à la Cour de cassation. Les premières ont admis une obligation générale de sécurité qui est accessoire dans le contrat médical à côté de l'obligation principale de moyens ; elles ont donc opté pour la dualité en responsabilité médicale. Quant à la Cour de cassation, elle a préféré trouver la solution à la problématique posée en restant dans le cadre, lui aussi transposé du droit commun, d'obligation de moyens et d'obligation de

⁴⁰⁹ SARGOS Pierre, *Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale*, D. 1996, chron., p. 367, n°12.

résultat. Elle a, à cet effet, rejeté la proposition des cours de fond en consacrant le principe classique du fondement de la responsabilité médicale.

Pourtant, ce célèbre labyrinthe d'obligation de sécurité n'est pas resté sans aucun effet dans le domaine de responsabilité médicale. La Cour de cassation, tout en restant dans son refus « *de principe* » d'adoption d'une obligation générale de sécurité, a en revanche préféré appliquer ladite obligation « *selon les cas* ». De cette façon, elle a opté pour une position « *médiane* » entre les partisans d'obligation de sécurité générale et ceux qui la refuse, en adoptant l'application d'obligations de sécurité circonstanciées. En effet, elle n'a pas pu échapper totalement à l'application de cette obligation, puisque comment peut-on obliger un transporteur à garantir la sécurité de la personne transportée et ne pas obliger un praticien qui intervient directement sur le corps humain à garantir la sécurité de son patient ?

Cette démarche assez complexe a fini par adopter essentiellement deux catégories d'obligations de sécurité distinctes : l'obligation de sécurité en matière d'infection nosocomiale (**a**) et celle en matière de l'exactitude du geste médical (**b**).

a) Infection nosocomiale

260. Admission. Par trois arrêts rendus en date du 29 juin 1999, la Cour de cassation n'a pas hésité à déclarer que les médecins et les établissements de santé sont tenus d'une obligation de sécurité en raison d'infections nosocomiales contractées dans l'ensemble des locaux de l'établissement de santé. Elle a ainsi affirmé, dans ces arrêts dits « *des staphylocoques dorés* », que « *le médecin est tenu vis-à-vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité-résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère* » et, d'autre part, que « *le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre le patient et un établissement de santé, met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité-résultat dont il ne peut se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère* »⁴¹⁰.

⁴¹⁰ Cass. civ. 1, 29 juin 1999 (3 arrêts), *JCP* 1999, II, 10138, rapp. P. SARGOS, *D.* 1999 jur., p. 560, note D. THOUVENIN :

1^{ère} espèce :

« *Vu l'article 1147 du Code civil ; attendu que le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause*

Ces trois arrêts constituent une continuité d'un parcours débuté le 21 mai 1996, par l'arrêt *Bonizzi* qui a présumé une clinique fautive pour une infection nosocomiale contractée en salle d'opération⁴¹¹. Ainsi, l'infection nosocomiale antérieurement régie par une obligation de moyens renforcée, fut, depuis le 29 juin 1999, régie par une obligation de sécurité distincte de l'obligation de soins.

Une démarche « *extensive* » s'est opérée par la jurisprudence concernant ce sujet. En effet, l'obligation de moyens renforcée découlant de l'arrêt *Bouchard* ne couvrait que les infections contractées en salle d'opération ; un arrêt *Belledone* rendu le 16 juin 1998 a alors assimilé la salle d'accouchement à la salle d'opération quant aux conditions scrupuleuses d'hygiène qui doivent également y être assurées. Ainsi, il fallait attendre les trois arrêts dits « *des staphylocoques dorés* » pour étendre cette obligation à toutes les infections nosocomiales contractées dans l'enceinte d'un établissement de santé.

Quant aux cliniques des médecins, la Cour de cassation a consacré l'étendue extensive de cette obligation de sécurité aux cabinets médicaux par un arrêt rendu en date du 13 février 2001⁴¹². Toujours dans le champ de l'étendue de cette obligation « *circonstanciée* » de sécurité, les arrêts du 29 juin 1999, se contentent d'affirmer que le médecin et la clinique sont tenus « *en matière d'infections nosocomiale d'une*

étrangère ; attendu que pour débouter M. Y... de sa demande formée contre la Clinique Ambroise-Paré à raison de la survenance de l'infection nosocomiale, la Cour d'appel a énoncé qu'aucune négligence ou défaillance fautive ne pouvait être reprochée à cet établissement de santé pendant la phase pré et postopératoire ; attendu qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé le texte susvisé... ».

2^{ème} espèce :

« Un médecin est tenu, vis-à-vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère... ».

3^{ème} espèce :

« Attendu qu'un médecin est tenu, vis-à-vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat, dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère ».

⁴¹¹ Cass. civ. 1, 21 mai 1996, cité *supra* n° 245. Dans le même sens : Cass. civ. 1, 16 juin 1998, cité *supra* n° 245.

⁴¹² Cass. civ. 1, 13 févr. 2001, *JurisData* n°008059 : « Attendu que le moyen est sans fondement dès lors qu'un médecin est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale, consécutive à un acte médical réalisé dans un établissement de santé ou dans son cabinet, et qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué (*Colmar*, 19 juin 1998) que l'arthrite septique dont souffrait M. Y... trouvait son origine dans l'arthrographie d'un genou pratiquée le 5 novembre 1993 par M. X..., médecin... »

obligation de sécurité résultat ». Pourtant, par un arrêt du 13 février 2000, la Cour de cassation semble exiger un lien de causalité entre le dommage et l'activité médicale, en déclarant que le médecin n'est tenu d'une obligation de sécurité que dans la mesure où l'infection nosocomiale est « *consécutive à un acte médical* »⁴¹³.

Quant aux établissements de santé, l'obligation de sécurité y reste incombée durant toute la durée de séjour et s'étend à toute infection qui apparaît au-delà d'un délai de 48 heures après l'admission, puisque celle-ci est considérée nosocomiale dans ce cas. Le critère de la qualification de l'infraction se fait par une opération de comparaison entre l'état initial de santé du patient à son admission avec celui de sa sortie⁴¹⁴.

Le régime de cette obligation est donc posé au fur et à mesure par la jurisprudence française. Ainsi, concernant l'origine de l'infection, peu importe si les circonstances de contamination étaient virales ou bactériennes. A cet effet, la jurisprudence admet donc une responsabilité objective en offrant aux patients un nouveau fondement pour obtenir réparation des dommages subis. Il leur suffit d'établir que la contamination s'est réalisée lors de leur séjour dans l'établissement de santé. C'est le cas par exemple d'une contamination par VHC (hépatite C) dont l'origine n'avait pas pu être établie et qui a abouti à engager la responsabilité d'une clinique⁴¹⁵. Il reste à dégager les causes d'exonération qui se résument par la preuve d'une cause étrangère résidant dans l'établissement de l'origine transfusionnelle de la contamination. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a affirmé dans un arrêt rendu le 27 mars 2001 « *qu'en matière de transfusion virale par apport transfusionnel, l'obligation de l'établissement de soins est contrairement aux contaminations nosocomiales une simple obligation de moyens* »⁴¹⁶. L'obligation de sécurité liée à l'infection nosocomiale ainsi adoptée par la Cour de cassation a largement ouvert une fenêtre aux patients pour

⁴¹³ CA Toulouse, 26 juin 2000, *JurisData* n°121031 : « *En matière d'infection nosocomiale, un médecin est tenu, vis à vis de son patient, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère. De même, le contrat d'hospitalisation conclu entre un patient et l'établissement de santé met à la charge de ce dernier une obligation de même nature* ». V aussi dans le même sens : CA Toulouse, 4 sept. 2000, *JurisData* n°130384.

⁴¹⁴ CA Besançon, 28 mars 2000, *JurisData* n°117608 ; CA Aix-en-Provence, 4 oct. 2000, *JurisData* n°135804 ; CA Aix-en-Provence, 18 oct. 2000, *JurisData* n°12854.

⁴¹⁵ CA Aix-en-Provence, 7 nov. 2000, *JurisData* n°131409.

⁴¹⁶ CA Aix-en-Provence, 16 janv. 2001, *JurisData* n°134472.

obtenir une indemnisation là où ils ne pouvaient pas le faire auparavant, comme par exemple pour la contamination non-transfusionnelle.

261. Critiques. Pourtant, cette solution n'a pas échappé à des critiques affirmant encore une fois la perturbation qu'a créée cette mutation, non pas générale mais « *circonstanciée* », au domaine médical. La diversité controversée caractérise toujours le régime adopté pour l'obligation de sécurité transposée à la responsabilité médicale. C'est ainsi qu'un avis doctrinal considère que la Cour de cassation a incontestablement tordu le critère de l'aléa adopté par la Cour de cassation pour trancher la question du régime de cette obligation⁴¹⁷. Ainsi, cette partie de la doctrine, et en se basant sur des avis d'experts, affirme que l'asepsie même parfaite des locaux et du matériel utilisé ne suffirait pas à évincer le risque d'infection nosocomiale. En effet, la documentation de la Direction générale de la santé du Ministère de l'emploi et de la solidarité enseigne que « *les infections d'origine endogène ne sont, pour la plupart, pas accessibles aux méthodes de prévention classiques* »⁴¹⁸, et que les infections d'origine exogène peuvent tout juste être réduites par un strict aspect des précautions d'hygiène lors des soins. Cette doctrine a exposé une telle distinction pour conclure et dire que les infections nosocomiales ne sont pas maîtrisables par l'établissement de santé et encore moins par le médecin. Le malaise d'une partie de la doctrine se traduit à titre d'exemple par le commentaire de H. Mazeaud des arrêts rendus le 29 juin 1999 quand il énonce que faute d'intervention législative, « *le grand pas réalisé en 1999 pour la responsabilité aura été un faux pas pour le droit* »⁴¹⁹.

Toutefois, et en dépit de toutes ces critiques, le législateur est intervenu en 2002 pour légiférer le droit d'indemnisation du patient victime d'une infection nosocomiale au nom de la solidarité nationale, et ce à travers la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 (l'article L. 1142-1-1 au Code de Santé Publique). C'est ainsi que l'obligation circonstanciée de sécurité est légiférée et appliquée par la suite par les tribunaux sur

⁴¹⁷ LE TOURNEAU Ph. et CADIET L., *Droit de la responsabilité*, coll. Dalloz Action, Paris, Dalloz 1996, p. 763, n°3461.

⁴¹⁸ www.sante.gouv.fr/html/pointsur/nosoco/index.htm, rubrique : comment les prévenir ?

⁴¹⁹ Defrénois 1999, art. 377041, p. 997.

base de ladite loi⁴²⁰. Une autre circonstance permet l'admission d'une obligation de sécurité ; celle de l'exactitude du geste médical.

b) Exactitude du geste médical

262. Circonstances favorisant l'adoption de l'obligation de sécurité. Toujours rattachée par la jurisprudence à une faute de maladresse, l'exactitude du geste médical essentiellement liée à l'obligation de soins et de moyens, revêt en revanche un autre visage juridique, celui de l'obligation de sécurité. En effet, Implicitement admise par la jurisprudence, la faute virtuelle ou incluse, à savoir la faute voilée de maladresse, peut être déduite, comme précédemment examiné⁴²¹, des décisions jurisprudentielles qui ont laissé une certaine « *coin* » à l'obligation de résultat. C'est le cas par exemple de l'arrêt rendu le 7 janvier 1997 qui a créé un grand bouleversement et était l'un des arguments ayant encouragé les juridictions de fond à admettre la notion d'obligation générale de sécurité comme déjà vu. Cet arrêt a condamné un chirurgien en considérant que le dommage « *résultait de ses propres constatations que la blessure avait été le fait du chirurgien* »⁴²². Un autre arrêt, celui du 30 septembre 1997, a affirmé que « *toute maladresse d'un praticien engage sa responsabilité* »⁴²³. Ce « *fait* » du chirurgien a trouvé sa pleine explication plus tard par deux arrêts rendus le 23 mai 2000 en vertu desquels la Cour de cassation est venue renforcer le mécanisme en estimant que le chirurgien est responsable dès lors que « *la réalisation de l'opération n'impliquait pas l'atteinte* » de l'organe⁴²⁴. C'est ainsi que la Cour de cassation a exigé une

⁴²⁰ Cass. civ., 7 févr. 2006, n° 04-17097.

⁴²¹ V. *supra* n°252.

⁴²² Cass. civ. 1, 7 janv. 1997, cité *supra* n°251.

⁴²³ Cass. civ. 1, 30 sept. 1997, cité *supra* n°251. V. également, dans le même sens : CA Nîmes, 25 nov. 2008, cité *infra* : « *Le Tribunal a, par des motifs précis et pertinents, caractérisé la responsabilité du docteur Y... tenu de répondre de tout acte de maladresse pendant l'intervention chirurgicale qu'il a réalisée et d'une obligation de sécurité quant aux instruments qu'il a utilisés. C'est donc à bon droit que ce médecin, seul mis en cause avec son assureur devant le tribunal par M. X..., a été condamné à réparer le préjudice subi par ce dernier à la suite de l'intervention chirurgicale du 4 juillet 2003...* ».

⁴²⁴ Cass. civ. 1, 23 mai 2000, *Bull. civ.*, I, n°153 :

1^{ère} espèce :

« *Dès lors que la réalisation de l'extraction n'impliquait pas l'atteinte du nerf sublingual et qu'il n'était pas établi que le trajet de ce nerf aurait présenté chez Mlle Y... une anomalie rendant son atteinte*

« *exactitude* » du geste médical opéré par le chirurgien. La faute de « *maladresse* » connaissant un long bouleversement dans sa portée est alors constituée par la seule constatation de l'anormalité du résultat, de la réalisation du dommage. Et à cet effet, la Cour de cassation a consacré une obligation de sécurité incombant au praticien et relative à l'exactitude du geste médical.

263. *Appréciation.* La solution avancée par la Cour de cassation vient s'ajouter à une longue série de notions empruntées au droit commun. Elle n'apporte cependant aucune stabilité au régime juridique de la responsabilité médicale ; tout au contraire, l'ambiguïté augmente, la diversité controversée persiste, l'instabilité règne dans le domaine de la responsabilité médicale. Un exemple très significatif de ce que l'on avance ici est la démarche accumulée d'une grande variété de notions relative au « *fait* » du chirurgien et à sa « *maladresse* » qui suscite une base loin d'être suffisamment solide des solutions avancées sur ce point par la jurisprudence. Raison pour laquelle, une partie de la doctrine a contredit la Cour de cassation dans cette adoption en estimant que le geste chirurgical présente un fort caractère aléatoire. Et il avance un exemple typique du neurochirurgien qui, chargé d'extraire une tumeur cérébrale du crâne d'un patient, porte atteinte à des tissus cellulaires périphériques. Ce dommage constitue une illustration typique de la réalisation d'un aléa, la jurisprudence le considère pourtant comme une faute de « *maladresse* ». Cette partie de la doctrine constate donc que la jurisprudence a affaibli les fondements du régime de l'obligation de sécurité en optant pour des obligations « *circonstanciées* » de sécurité. Cette position comporte une disparité de traitement de situations pourtant comparables parfois, un rejet des critères de distinction, une absurdité du régime, voire une inégalité dans le règlement des

inévitabile, la Cour d'appel a pu décider que M. X... avait commis une faute dans l'exécution du contrat le liant à sa patiente... ».

2^{ème} espèce :

« Vu l'article 1147 du Code civil ; attendu qu'à l'occasion d'une ligamentoplastie du ligament croisé antéro-externe du genou droit réalisée le 23 août 1989, le docteur Y... a sectionné l'artère poplitée moyenne de sa patiente, Mme X. ; que l'arrêt attaqué a débouté celle-ci de son action en responsabilité dirigée contre le praticien, au motif qu'il avait mis en œuvre tous les moyens nécessaires et que la complication dont Mme X... a été victime est exceptionnelle et résulte d'un acte chirurgical non fautif ; attendu, cependant, que la réalisation de la ligamentoplastie n'impliquait pas le sectionnement de l'artère poplitée, de sorte que la Cour d'appel ne pouvait exclure la faute du chirurgien, sans constater que cette artère présentait chez Mme X... une anomalie rendant son atteinte inévitable ; que l'arrêt est dès lors dépourvu de base légale... ».

situations, une instabilité pouvant conduire à une injustice et surtout un péril d'une médecine défensive. Brièvement, toutes les raisons que la Cour de cassation a avancées pour rejeter l'admission d'une obligation générale de sécurité sont déclenchées, même de façon plus critique, puisqu'on n'est pas devant une règle « générale » appliquée stablement, mais devant des règles « circonstanciées » appliquées à des cas, que leur effet est aussi important que celui que pourrait produire une adoption d'une obligation générale de sécurité en responsabilité médicale.

Ainsi, une étude de la nature de l'obligation de sécurité appliquée transposée au domaine de la responsabilité médicale et des critères d'une telle obligation tirés des décisions des juridictions de fond paraît nécessaire. Ce point fait lui aussi l'objet d'une diversité controversée dans la jurisprudence et la doctrine.

B. Diversité controversée quant à la nature de l'obligation de sécurité et ses critères

264. L'obligation de sécurité ne peut être que rattachée à l'un des termes de la célèbre dualité, obligation de moyens ou obligation de résultat, ce qui a abouti à une diversité controversée dans la détermination de sa nature (1°) ainsi que ses critères (2°).

1° Quant à la nature de l'obligation de sécurité

265. Question. L'obligation de sécurité, qui est généralement celle qui exige qu'une personne soit prise en charge et restituée dans son intégrité sans qu'aucun dommage ne lui soit survenu, est considérée par les juridictions de fond, comme déjà vu⁴²⁵, telle une obligation générale accessoire à une obligation principale de soins. En outre, et puisque la sécurité peut-être rationnellement attendue de tous et être due par tous en dehors de tout contrat, elle est en quelque sorte « hors-contrat ». Pourtant, cette dernière, puise sa source dans le contrat médical ; sa nature peut être alors considérée comme contractuelle. C'est cette nature qui a alors exigé l'application de la division obligation de moyens ou de résultat, à celle de sécurité.

⁴²⁵ V. *supra* n°255.

Ainsi, la question de sa nature concerne essentiellement le fait de savoir si elle est une obligation de moyens ou de résultat. Considérer l'obligation de sécurité comme une obligation de moyens, conclut à dire que les moyens exigés sont ceux d'une conduite prudente et diligente dont le non-respect implique corrélativement une responsabilité subjective relative à la conduite du sujet responsable et fondée sur la faute, même si celle-ci est légère. En revanche, la considérer comme une obligation de résultat entraîne une certaine ambiguïté sur la portée de ce résultat ; la sécurité exigée est celle de l'acte ou bien de la garantie absolue de non-accident.

266. Réponse. Une série d'arguments est de nature à apporter la réponse à cette question et par là à la suite de déterminer la nature de l'obligation de sécurité dans le domaine médical. Pour ce faire, partons tout d'abord de l'expression employée dans la plupart des décisions rendues par les juridictions, à savoir celle d'obligation « *sécurité-résultat* ». Nombreux sont les arrêts qui témoignent de cette nature et dont une partie importante est déjà citée précédemment ; dans l'un de ces arrêts, les magistrats marseillais estiment que « *compte tenu des circonstances qui entourent une opération chirurgicale du fait seul que le malade endormi est privé de tout contrôle et que la nécessité ou l'usage constant écarte de lui ses proches, le chirurgien est tenu à l'égard de son client non seulement de lui donner des soins attentifs et consciencieux, conformes aux données acquises de la science, mais encore d'assurer, d'une façon généralement sa sécurité ; et même en dehors de toute faite établie précise, le chirurgien doit réparer le dommage que subit le malade si ce dommage, étranger à la maladie traitée, trouve sa source dans un événement survenu au cours de l'opération mais sur l'éventualité duquel le malade n'a pas été averti* »⁴²⁶. Pourtant, et comme déjà mentionné⁴²⁷, les juges du fond n'ont pas rattaché l'exigence d'une obligation de sécurité au seul cas où le patient était privé de tout contrôle ; ils ont adopté une obligation générale de sécurité-résultat. Si cet argument de « *formulation* » n'est pas suffisant à lui seul pour trancher quant à la nature « *de résultat* » de l'obligation de sécurité, le but résidant derrière cette position, et qui est celui de l'intérêt des patients en vue de simplifier la mise en œuvre de l'indemnisation de leurs préjudices, en constitue un argument supplémentaire.

⁴²⁶ CA Marseille, 3 mars 1959, *JCP* 1959-II-11118, note SAVATIER.

⁴²⁷ V. *supra* n°255.

Un troisième argument s'ajoute pour trancher sur la nature « *de résultat* » de l'obligation de sécurité ; il s'agit du fondement de cette obligation qui est une obligation accessoire venant s'ajouter à une obligation principale de soins et qui est de moyens. Cette obligation de sécurité signifie que le chirurgien doit assurer la sécurité corporelle de ses patients face aux risques de dommages inhérents à toute intervention médicale. Ainsi, l'acte médical ne doit pas être lui-même le fait générateur du dommage corporel pour qu'il n'aboutisse pas par-là à la suite d'une aggravation de l'état initial du patient. L'obligation de sécurité est alors rattachée à l'acte médical en tant que tel et vise surtout l'indemnisation des victimes d'aléa thérapeutique qui n'est pas lié à une faute dans les actes de soins du praticien.

En conclusion, les raisons d'être de l'obligation de sécurité en matière de responsabilité médicale exigent que la nature de celle-ci soit « *de résultat* », ce qui peut être déduit facilement de toutes les décisions rendues par les juridictions de fond à l'occasion de leur adoption d'une obligation générale de sécurité, ou bien par la Cour de cassation à l'occasion de son adoption des obligations circonstanciées de sécurité. Ainsi, l'obligation de sécurité est une obligation de résultat en responsabilité médicale qui entraîne une responsabilité objective du chirurgien dans ce cas. Il suffit alors que le résultat (= la sécurité) attendu n'ait pas été atteint pour mettre en cause la responsabilité du chirurgien. Comme raisons d'exonération, ce dernier doit démontrer que le dommage a pour origine une cause étrangère.

Eventuellement, cette responsabilité objective pour les aléas thérapeutiques, et qui existe parallèlement à la responsabilité du chirurgien pour faute, exige la réunion des trois éléments habituels : un fait générateur, un dommage et un lien de causalité. L'adoption d'une obligation de sécurité-résultat dans le domaine médical a suscité un nombre de critiques, restant dans le même concept du labyrinthe et de perturbation créés par une telle adoption. Dans ce sens, M. LARROUMET s'est demandé si on peut raisonnablement mettre à la charge du médecin une obligation de sécurité, considérée comme étant de résultat, pour des risques qu'il ne peut pas maîtriser et qui doivent-être aussi assumés par le patient lorsque le médecin a correctement exécuté son obligation d'information ?⁴²⁸

⁴²⁸ LARROUMET Christian, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, Dalloz Sirey, 1999, p.33.

Cette responsabilité pour les aléas thérapeutiques n'est pas également soutenable par une grande partie de la doctrine puisque celle-ci va absorber la responsabilité pour faute, du fait que le chirurgien sera responsable sans que nécessairement il ait commis une faute. A cet effet, M. le Président GUIGUE incite le législateur à intervenir pour résoudre le problème de la responsabilité dans le cas d'aléa thérapeutique en estimant qu'il s'agit « *d'un problème de santé publique qui doit-être abordé globalement et qui doit-être envisagé dans toute sa dimension* »⁴²⁹.

En définitive, que ce soit l'obligation générale de sécurité proposée par les juges de fond, ou celle circonstanciée adoptée par la Cour de cassation, celle-ci est dans tous les cas une obligation de résultat. La nature de l'obligation de sécurité ainsi définie, il convient de préciser dans ce qui suit les critères de cette dernière.

2° Quant aux critères de l'obligation de sécurité-résultat⁴³⁰

267. Une « foule d'expression ». Elaborée dans un souci d'indemniser essentiellement les victimes d'aléa thérapeutique, l'obligation de sécurité est conçue d'une façon accessoire à l'obligation principale de soins qui est de moyens. La portée de cette obligation a cependant suscité une multitude d'avis contradictoires dans la doctrine, même au niveau de ses critères. En revenant au contenu des décisions rendues par les juges de fond en la matière, précédemment évoquées⁴³¹, on conclut à une diversité de formules aboutissant finalement à un seul sens. En fait, les premiers jugements qui ont initié cette obligation, à savoir ceux rendus en dates des 5 mai 1997, 30 juin 1997 et 20 octobre 1997, exigeaient qu'il y ait une absence totale de détermination de la cause réelle du dommage et une relation directe entre l'intervention et ce dommage, celui-ci étant sans rapport avec l'état antérieur du patient⁴³². Les juges de la Cour d'appel de Paris, exigent pour condamner le chirurgien pour avoir méconnu son obligation de sécurité que « *le dommage devait être sans rapport avec l'état*

⁴²⁹ GUIGUE J., GOMBAULT N., note sous, CA Paris, 15 janv. 1999, *Gaz. Pal.* 16-17 juin 1999, p. 80.

⁴³⁰ Les critères dégagés dans cette partie concernent la proposition des juges de fond dans leur application d'une obligation générale de sécurité, proposition rejetée par la Cour de cassation comme précisé précédemment (V. *supra* n°257). En outre, les obligations de sécurité « *circonstanciées* » adoptées par la Cour de cassation furent déterminées dans une partie précédente (V. *supra* n°259).

⁴³¹ V. *supra* n°255.

⁴³² Trib. Gr. Inst. Paris, 5 mai, 30 juin, 20 oct. 1997, cités *supra* n°255.

antérieur du patient ni avec l'évolution prévisible de cet état »⁴³³. Les juges bordelais, quant à eux, estiment que le dommage « découle d'un fait détachable de l'acte médical convenu mais sans l'exécution duquel il ne serait pas produit », et ce par un arrêt rendu en date du 14 décembre 1998⁴³⁴. D'autres tribunaux ajoutent que le dommage doit résulter des « suites inadéquates de l'acte médical », ou même ils ont essayé d'utiliser une formule plus générale en définissant le dommage rentrant dans le cadre de l'obligation de sécurité comme étant celui qui a un lien direct avec l'intervention chirurgicale.

Entre une formulation négative et une autre positive, une formulation précise et autre plus générale, le dommage provenant d'une défaillance à l'obligation générale de sécurité ne manque pas d'ambiguïté. Ce qu'on peut retenir de cette « foule d'expressions » déterminant les critères du dommage qui entraîne une responsabilité fondée sur l'obligation de sécurité-résultat, c'est qu'en premier lieu, le dommage n'a pas de rapport avec les actes de soins opérés par le chirurgien. Il sort donc du champ des règles de l'art appliquées par ce dernier et qui suscitent en cas de défaillance une obligation pour faute. Le dommage qui entre ainsi dans le champ de cette obligation est celui qui a pour origine l'acte médical lui-même. En second lieu, il doit y avoir une absence de rapport entre le dommage et l'état antérieur du patient. Ce qui exige alors que l'état initial ne doit pas jouer un rôle dans le processus dommageable, le dommage doit donc être « nouveau ».

268. Portée du dommage. La portée de ce dommage a varié chez les juges de fond entre une application extensive et une autre restrictive. Ainsi, les uns renforçaient la condition de la nouveauté du dommage en exigeant que celui-ci fut « sans rapport de causalité avec le mal initial sur le terrain qualitatif »⁴³⁵, tandis que les autres ajoutaient une condition supplémentaire, à savoir que l'acte dommageable doit être « détachable, matériellement ou intellectuellement, de l'acte proprement médical »⁴³⁶. Pourtant, une

⁴³³ CA Paris, 15 janv. 1999, cité *supra* n°255.

⁴³⁴ L'arrêt du 14 décembre 1998 a été cassé par l'arrêt rendu par la cour de cassation en date du 8 novembre 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n°287, p.186 ; *JCP G.* 2000, II, 10493, n°9.

⁴³⁵ HOCQUET-BERG S., « Les médecins sont tenus d'une obligation de sécurité-résultat », *Gaz. Pal.* 7-8 mai 1999, doct. P. 22, n°8.

⁴³⁶ VINEY G. et JOURDAIN P., « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », *préc.*, p. 184, n°17.

interprétation latérale de cette dernière expression nous conduit à nous demander comment un dommage peut-être à la fois imputable à l'activité médicale et séparable de celle-ci ?

Une autre approche critique est avancée au critère de la séparation totale entre l'état initial du patient et le dommage survenu ; il s'agit de celui de la détermination de l'état initial du patient. Est-ce à dire, comme le remarque M. le Conseiller GUIGUE que les juges retiennent une conception extensible de la notion de l'état antérieur et dans ce cas le domaine de l'obligation sécurité-résultat sera réduit ? Ou bien au contraire, ils isolent le préjudice de l'état antérieur, ce qui aboutit à une obligation de sécurité de moyens⁴³⁷.

269. Bilan. En définitive, on peut déduire que la nature de l'obligation du chirurgien varie selon que la cause du dommage ait pu être ou non déterminé : soit la cause est déterminée, à savoir se rattachant aux actes de soins délivrés par le chirurgien, ce dernier est alors tenu d'une obligation de moyens ; soit au contraire la détermination de la cause du dommage est impossible, à savoir elle est aléatoire et n'a aucune relation avec l'état initial du patient, et la responsabilité du chirurgien est retenue sur la base d'obligation de sécurité-résultat. En tout état de cause, la proposition des juridictions de fond de consacrer une obligation générale de sécurité-résultat a été rejetée laissant la place à des obligations « *circonstanciées* » de sécurité-résultat, mais qui ont produit les mêmes effets que l'obligation générale de résultat. En outre elles n'ont pas présenté les solutions définitives à l'instabilité jurisprudentielle en la matière, tout au contraire, elles ont contribué à faire augmenter cette instabilité en secrétant une complication, voire une confusion, supplémentaire sur le champ « *transpositif* » caractérisant la responsabilité médicale, comme en témoignent les diversités controversées déjà avancées.

Une transposition diversifiée a donc caractérisé la détermination de la nature de l'obligation du chirurgien général ce qui a déclenché une persistance de l'ambiguïté et une intensité de notions transposées, et dont une modification « *déformatrice* » parfois de leur régime et de leur portée a été opérée par la jurisprudence dans sa tentative de les adapter à la responsabilité médicale et de faire consacrer une solution stable. Or, ce n'était pas réellement le cas.

⁴³⁷ CA Paris, 2 avr. 1999, cité *supra* n° 255.

Ces règles générales transposées sont de même applicables en matière de chirurgie esthétique, mais elles connaissent en revanche des spécificités adaptées à la nature de l'intervention chirurgicale esthétique.

SECTION IV

TRANSPOSITION ADAPTEE A LA SPECIFICITE DE LA CHIRURGIE ESTHETIQUE

270. *Transposition inadaptée au domaine esthétique.* L'approche effectuée par la jurisprudence française dans sa détermination de la nature de l'obligation du médecin n'a jamais franchi le cercle précis des notions de la dualité – obligation de moyens et obligation de résultat – laissant également une place à l'obligation de sécurité. Pourtant, la transposition opérée a abouti à une sorte de perturbation et de confusion qui a déclenché une diversité contradictoire d'avis tant sur le plan jurisprudentiel que doctrinal. Cette perturbation a en outre accompagné la démarche de transposition opérée par la jurisprudence qui a essayé de répondre aux spécificités de l'intervention en matière de chirurgie esthétique en partant du même côté dans son approche, et en essayant, en même temps, d'adapter les notions transposées à la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique. En effet, outre l'obligation de sécurité « *circonstanciée* » qui est adoptée par la jurisprudence française et qui trouve pleine application en matière de chirurgie esthétique, les exigences accordées à l'obligation du chirurgien général sont conçues beaucoup plus sévèrement en matière de chirurgie esthétique.

Nombreuses sont les raisons qui ont imposé une telle sévérité sur le plan de la chirurgie esthétique. En effet, cette dernière revêtant un caractère facultatif est dépourvue de toute nécessité thérapeutique et elle est justifiée par une finalité unique, celle de réaliser un confort ou un réconfort aussi bien physique que psychique. Ainsi, d'un premier côté, de nature, la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique provient de sa nature non thérapeutique ; et d'un second côté, de but, la spécificité de ladite intervention réside dans sa finalité qui relève de la recherche d'une amélioration de morphologie. La sévérité, voire la rigueur, exigée du chirurgien esthétique se

trouvant ainsi justifiée, la jurisprudence, de même que la doctrine, ne s'est pas unifiée dans la détermination de la nature de l'obligation du plasticien qui est susceptible de traduire clairement et stablement la rigueur assez lourde imposée au chirurgien esthétique. C'est ainsi que le champ tant jurisprudentiel que doctrinal s'avère plein d'avis diversifiés, de distinctions variées, de décisions différées, ce qui implique non seulement l'inadaptation de notions transposées qui caractérise l'approche effectuée par la jurisprudence, mais également la complexité, l'ambiguïté et la perturbation que crée une telle approche.

A cet effet, la jurisprudence, ainsi que la doctrine, s'est largement divisée dans sa détermination de la nature de l'obligation exigée du chirurgien esthétique et adaptée à la rigueur imposée à ce dernier. Une partie de la jurisprudence a alors pris en considération la part aléatoire qui accompagne toute intervention chirurgicale, qu'elle soit esthétique ou non, pour qualifier l'obligation du plasticien « *de moyens* » mais avec une conception plus sévère (§1). Une autre partie de la jurisprudence a tenté de procéder à une répartition de l'obligation du chirurgien esthétique prenant en compte, d'une part, la nature esthétique de l'intervention qui exige une obligation de résultat, tout en réservant, d'autre part, une place à l'obligation de soins qui est de moyens (§2).

§1. Obligation de moyen renforcée

271. Raisons et circonstances d'adoption. Essayant de concilier entre le défaut de la nécessité thérapeutique et l'aléa thérapeutique qui se révèle comme la caractéristique commune à toutes les interventions portant sur l'organisme vivant⁴³⁸, une partie de la jurisprudence, ainsi que de la doctrine, a traduit la rigueur exigée du plasticien par un renforcement de l'obligation de moyens vis-à-vis de ce dernier. Cette obligation oblige le chirurgien esthétique à une diligence particulière, et ainsi les juges se basent sur l'absence de cette diligence pour condamner le plasticien, soit parce qu'il n'a pas suffisamment informé le patient, soit parce que l'intervention ne revêt pas le caractère urgent et vital, soit parce que les risques sont hors de proportion par rapport au but à atteindre.

⁴³⁸ Cass. civ. 1, 28 oct. 1969, *JCP* 1969, IV, 290.

Une raison double réside derrière l'adoption d'une obligation de moyens renforcée : En premier lieu, l'intervention chirurgicale esthétique ne s'impose pas puisqu'elle n'est pas commandée par un état maladif du patient et il n'est nullement question de sauver la vie de celui-ci d'un quelconque danger puisqu'il est jugé bien portant. En second lieu, l'intervention chirurgicale esthétique est marquée par la recherche de confort ou du réconfort physique et psychique. C'est ainsi que la compétence du plasticien doit être à la mesure de l'objectif poursuivi pour qu'il prenne toutes les dispositions nécessaires pour éviter au patient des suites désagréables⁴³⁹.

Enoncer le principe d'obligation de moyens renforcée exige en fait de déterminer ses méthodes d'application par la jurisprudence. En effet, cette application ne s'est traduite que par des modifications, voire une déformation, du régime transposé de l'obligation de moyens et des notions qui y sont liées, dans une tentative d'adapter ces principes généraux à la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique. Cette déformation provient du fait que la jurisprudence n'a jamais essayé, dans sa démarche pour déterminer la nature de l'obligation du chirurgien esthétique, de sortir du cadre étroit de l'obligation de moyens ou de résultat. Cette démarche a causé la perturbation et la diversité d'avis, des notions et des classifications, sans pour autant pouvoir aboutir à une définition stable de la nature de l'obligation du chirurgien esthétique, et ce à l'instar de celle du chirurgien général.

Outre la théorie de la faute virtuelle, et sans pour autant pouvoir délimiter ponctuellement le « régime » de l'obligation de moyens renforcée non clairement défini par la jurisprudence, le renforcement se traduit, en général, par une appréciation particulièrement sévère des éléments de la responsabilité. Cette appréciation se fait en ayant recours à un système de présomption qui se trouve plus accentué en la matière, et par là à la suite de l'extension de la notion de faute (A). Il se traduit également par une extension du lien de causalité (B).

A. Extension de la notion de faute

272. *Présomption de faute.* Puisqu'en chirurgie esthétique il n'est pas concevable d'exposer une personne saine à des risques qui peuvent provenir de l'intervention chirurgicale à seule visée esthétique, l'obligation de prudence et de diligence exigée du

⁴³⁹ CA Lyon, 3 nov. 2005, www.legifrance.gouv.fr, mis à jour le 03/04/2012, consulté le 03/04/2012.

plasticien est appréciée bien plus sévèrement. A l'instar de la chirurgie générale, la jurisprudence a eu recours au système de présomption de faute et, par la suite, elle a facilement admis la provenance d'une faute, et ce en vue de faciliter la charge de preuve vis-à-vis au patient. Pourtant son procédé est conçu bien plus sévèrement en matière de chirurgie esthétique, et ce à travers la démarche extensive du régime de l'obligation de moyens qu'elle a poursuivie.

La première illustration du renforcement de l'obligation de moyens, et par la suite de la sévérité de la jurisprudence dans son engagement de la responsabilité du chirurgien esthétique, provient du caractère facultatif de l'intervention chirurgicale esthétique ; ce dernier doit en fait conduire le plasticien à refuser sa réalisation lorsqu'il trouve que celle-ci n'est pas d'atteindre la finalité qui l'a rendu utile, ou bien lorsqu'une disproportion provenant d'une importante probabilité de survenance de dommages la qualifie d'illégitime.

A cet effet, si le praticien, en général, engage sa responsabilité normalement lorsqu'il commet une faute dans l'exécution de ses actes opératoires, et nonobstant l'admission d'une simple erreur sans une exigence d'une faute lourde, la jurisprudence considère, en plus, qu'en matière de chirurgie esthétique, l'obligation de moyens s'étend également à l'examen de l'opportunité de l'intervention⁴⁴⁰. Ainsi, le comportement du plasticien sera qualifié de fautif à chaque fois qu'il réalise une opération qualifiée d'inutile ou bien d'illégitime.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris avait estimé que la disproportion entre les risques manifestement graves et prévisibles de l'opération et les avantages infimes escomptés conduit à retenir la responsabilité du praticien. La jurisprudence tire alors de l'échec de l'opération une présomption de la commission du plasticien d'une faute puisqu'il n'a pas bien évalué l'opportunité de l'opération, et ainsi il a manqué à son obligation rigoureuse de prudence et de diligence dans un domaine loin de tout but thérapeutique.

273. *Manquement à une obligation renforcée de prudence et de diligence.* Lorsque le patient n'est pas atteint d'une affection dans sa santé, et si l'intervention chirurgicale esthétique est suivie de conséquences dommageables, la faute apparaît plus que probable puisque le plasticien est jugé avoir manqué à l'obligation de dispenser des

⁴⁴⁰ CA Paris, 5 juin 1962, cité *supra* n°92.

soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science⁴⁴¹. Le chirurgien esthétique manque à son obligation de prudence et de diligence s'il intervient alors qu'il aurait dû s'en abstenir. La jurisprudence a donc réalisé son approche, comme déjà examiné⁴⁴², pour décider de la légitimité ou de l'illégitimité de l'opération, du côté de la notion de proportionnalité, ce qui a entraîné une confusion, voire une ambiguïté, tel qu'expliqué dans la partie précédente. Cette première ambiguïté a déclenché une ambiguïté parallèle provenant de l'approche opérée par une partie de la jurisprudence dans son admission de l'obligation de moyens renforcée pour condamner le chirurgien esthétique, sans pour autant avoir réalisé une détermination claire des critères d'un tel « *renforcement* » mais en faisant des modifications, voire des élargissements, des éléments constitutifs de cette obligation dont fait partie la notion de faute que nous sommes en train d'examiner.

274. *L'intervention ou l'abstention.* L'une des applications les plus répandues et relatives à l'extension de la notion de faute est celle de la présomption d'une faute et d'un manquement à l'obligation de prudence « *renforcée* » à chaque fois que le chirurgien esthétique intervient alors qu'il aurait dû s'en abstenir, ou bien lorsqu'il conseille une opération alors qu'il aurait dû la déconseiller.

Cette abstention s'impose, selon cet avis jurisprudentiel, à chaque fois que les risques à courir sont plus importants que les bienfaits de l'intervention. D'autre part, il n'est pas seulement demandé du plasticien de bien évaluer l'opportunité de l'opération en prenant en compte les motivations de son patient, l'analyse de son état de santé, son environnement, son but professionnel, etc., pour avoir bien rempli son obligation de prudence, il doit également bien maîtriser la technique employée. Ainsi, la décision d'intervenir constitue une mesure qui se situe au cœur de l'activité du plasticien puisqu'elle est une mesure pratique adoptée par les partisans de l'obligation de moyens renforcée pour considérer le comportement du chirurgien esthétique fautif au cas où les risques encourus par le patient sont plus importants que les avantages escomptés. Ceci constitue une suite de la démarche de « *transposition* » qui a commencé avec la notion de « *proportionnalité* » muté de la chirurgie générale, et a continué avec la mutation multipliée d'un « *renforcement* » de l'obligation de moyens ; un trait commun réunit

⁴⁴¹ D. 1995, somm. comm. 100, obs. PENNEAU.

⁴⁴² V. *supra* n°120.

cette double mutation, il s'agit du caractère vague, ambiguë entraînant une confusion, voire une perturbation et une diversité d'avis loin de toute stabilité jurisprudentielle.

275. *Maîtrise de la technique.* Outre l'évaluation de l'opportunité de l'intervention, et donc de la décision d'intervenir ou de s'abstenir, l'obligation de moyens renforcée exige également du plasticien une maîtrise de la technique utilisée.

En effet, et en vertu de l'article 70 du Code de déontologie médicale⁴⁴³, tout médecin est habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Cependant, 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. Ainsi, si un praticien intervient dans un domaine qui ne relève pas de sa compétence, et hors de la sphère de sa spécialisation, son comportement est presque toujours qualifié de fautif. C'est dans ce contexte que la jurisprudence a condamné une esthéticienne pour avoir effectué des injections de silicone qui avaient défiguré le patient⁴⁴⁴. Dans le même sens, un chirurgien gynécologue a été condamné pour avoir pratiqué une réduction d'hypertrophie mammaire⁴⁴⁵. Suivant une démarche similaire, la Cour d'appel de Versailles a considéré comme fautif le comportement d'un chirurgien qualifié dans le domaine de la maxillo-faciale pour avoir pratiqué une plastie abdominale sans maîtriser parfaitement la technique abdominale⁴⁴⁶.

276. *Appréciation sévère.* Le chirurgien esthétique doit, non seulement ne pas avoir recours à une technique professionnelle insuffisante⁴⁴⁷, mais également avoir la qualification et l'expérience nécessaires, et ainsi donner au patient des soins appropriés au traitement esthétique escompté, puisqu'en chirurgie esthétique il n'est pas admis d'avoir des praticiens non spécialisés⁴⁴⁸. En effet, cet argument est pleinement justifié du fait que la chirurgie esthétique est non seulement dépourvue de toute nature curative

⁴⁴³ Article R.4127-70 CSP.

⁴⁴⁴ Trib. Gr. Inst. Paris, 31 oct. 1989, INC, n°1940.

⁴⁴⁵ CA Besançon, 27 avr. 1990, *JurisData* n°044417.

⁴⁴⁶ CA Versailles, 21 févr. 1991, cité *supra* n°38.

⁴⁴⁷ CA Paris, 31 oct. 1991, *JurisData* n°025086.

⁴⁴⁸ CA Paris, 8 juin 1990, *JurisData* n°023141.

et qu'elle intervient sur une personne saine, mais surtout du fait que le champ chirurgical esthétique est, plus que tout autre domaine chirurgical, susceptible de comporter des personnes non spécialisées, voire non qualifiées, pour réaliser des interventions aboutissant à un changement de l'apparence de la personne humaine. Etant ainsi donné, la Cour de cassation a considéré fautif le comportement du chirurgien qui a réalisé une rhinoplastie sous anesthésie locale et en l'absence d'un anesthésiste réanimateur⁴⁴⁹. Un défaut de maîtrise technique est condamné de même par la Cour d'appel de Paris à la suite d'une nécrose survenue après une exérèse du muscle frontal pour lifting⁴⁵⁰.

L'appréciation du comportement fautif du chirurgien esthétique est alors d'une portée sévère par la jurisprudence ; cette dernière n'affirmant pas l'existence d'une obligation de résultat, condamne en revanche pour défaillance à son obligation de prudence, le chirurgien esthétique intervenant en dehors de toute urgence, pour échec de l'opération. Un jugement inédit du Tribunal de Grande Instance de Paris a ainsi déduit le comportement fautif du plasticien du fait de l'échec de l'intervention, puisque ce dernier aurait dû s'abstenir en l'absence d'un résultat certain, puisque l'opération se réalise dans un contexte où le praticien n'est pas pressé par la nécessité⁴⁵¹.

Nous pouvons donc conclure que la notion de faute du chirurgien esthétique dans le système de l'obligation de moyens renforcée adopté par une partie de la jurisprudence, n'est pas seulement liée à une faute technique dans les actes de soins ; elle est en outre retenue pour imprudence⁴⁵², ou bien pour une fausse évaluation de l'opportunité de l'intervention. Ainsi, cette notion est non seulement imprécise, voire vague, du fait que ces critères ne sont pas déterminés, mais elle comporte également une sorte de déformation de la notion de faute conçue dans le régime d'obligation de moyens. Cette faute du chirurgien esthétique, facilement retenue par la jurisprudence,

⁴⁴⁹ Cass. crim., 9 nov. 1977, *Gaz. Pal.* 2, 233, note P.J. DOLL. Dans le même sens : CA Paris, 10 décembre 1982, *JurisData*, n°024023 ; CA Pau, 8 décembre 1953, *JCP* 1954-II-8127 ; Trib. Seine, 27 juin 1901, *Gaz. Pal.* 1901-2-267 ; CA Lyon, 13 févr. 1961, *D.* 1961-364.

⁴⁵⁰ CA Paris, 21 décembre 1968, cité *supra* n°172.

⁴⁵¹ Trib. Gr. Inst. Paris, 11 janv. 1974, décision citée par CHABAS F. dans « Le particularisme de la responsabilité en matière de chirurgie esthétique », *La nouvelle presse médicale*, 25 février 1978, p. 675.

⁴⁵² HARICHAUX M., « L'obligation du médecin de respecter les données de la science », *JCP* 1987-I-3306.

sans pour autant être suffisamment clairement délimitée, est déduite des circonstances qui sont à l'origine de la survenance du dommage.

Outre la notion de faute, le renforcement de l'obligation de moyens peut se traduire par une extension de la notion du lien de causalité.

B. Extension de la notion du lien de causalité

277. « *Déformation* » de la notion de causalité. Suivant la jurisprudence française, la responsabilité du praticien quoiqu'elle soit une responsabilité contractuelle, doit réunir trois éléments : un dommage, une faute et un lien de causalité ; la faute doit alors être la cause certaine et directe du dommage pour lequel le patient demande réparation. Pourtant, et particulièrement dans le domaine de la chirurgie esthétique qui est caractérisé par l'absence d'une urgence vitale et d'une nécessité thérapeutique, il existe des situations où le lien de causalité entre la faute et le dommage n'apparaît pas de façon certaine, mais en même temps, on ne peut pas écarter la participation de la faute dans la survenance du dommage. C'est ainsi, et en vue de faciliter la tâche des patients, la jurisprudence admet, tout en restant dans le cadre de l'obligation de moyens renforcée, une extension de l'élément du lien causal, en admettant que la faute du praticien est la cause du dommage, bien que ce dernier puisse résulter de sources diverses inconnues. Cette règle, bien qu'elle soit loin d'être précisément définie, et qu'elle engendre une déformation de la portée originelle du lien de causalité selon les règles générales de la responsabilité civile, peut se produire dans le cas de deux hypothèses : l'admission de la théorie de la perte d'une chance d'une part (1°), et de celle des obligations morales d'autre part (2°).

1° La perte d'une chance

278. *Principe.* La transposition opérée par la jurisprudence française s'étend à des notions adoptées dans le cadre de la responsabilité civile suivant des cas précis. Leur adaptation au domaine de la chirurgie esthétique, tout en étant inadéquat avec les spécificités de cette dernière, entraîne une multitude de notions transposées diversifiées et parfois ambiguës, sans pour autant arriver à déclencher un principe général pouvant apporter une solution définitive, stable et unanime à la problématique posée. C'est ainsi que la jurisprudence a transposé le système de la notion de la perte de chance, pour

adopter cette « *fiction juridique* » qui constitue, selon les termes de M. PENNEAU, « *une position extrêmement libérale qui la conduit à l'indemnisation des préjudices qui ne sont que des suites – parfois lointaines– de l'événement initial directement causé par les fautes de l'agent* »⁴⁵³. Par application au régime de cette notion, le patient n'aura plus à prouver le lien causal entre la faute et le dommage, mais seulement à prouver que la faute est la cause certaine et directe de la perte de chance dont il demande la réparation⁴⁵⁴. Cette chance « *perdue* » se présente beaucoup plus clairement lorsque le patient n'est pas atteint d'une maladie déterminée et qu'il subit une intervention à visée uniquement esthétique. Ainsi, la faute du chirurgien esthétique sera considérée comme la cause qui a empêché le patient d'échapper au dommage qu'il a subi⁴⁵⁵.

279. Applications. Par un arrêt rendu en date du 23 avril 1968, la Cour d'appel de Paris a condamné, un chirurgien esthétique qui a réalisé sous anesthésie locale une reprise opératoire de cicatrices de plasties mammaires ayant entraîné le décès de la patiente. La Cour d'appel a engagé la responsabilité du plasticien pour n'avoir pas sollicité le concours d'un anesthésiste réanimateur ; pourtant, il n'est pas attesté que la présence de ce dernier aurait pu empêcher le décès de la patiente⁴⁵⁶. Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt datant du 27 janvier 1970⁴⁵⁷. Ainsi, suivant cette théorie, un lien de causalité « *hypothétique* » ou « *virtuelle* » se présente entre la faute et le dommage, ce qui implique l'existence d'une faute d'une part, et d'une chance perdue d'autre part. La perte d'une chance ne se confond donc pas avec le préjudice résultant des dommages corporels, elle peut résulter de l'impossibilité pour le patient d'accéder à des chances réelles en raison d'une faute du chirurgien esthétique⁴⁵⁸. C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré dans un arrêt datant du 17 novembre 1982 que « *la perte de chance implique l'existence préalable d'un risque susceptible d'être augmenté par l'action incriminée, de sorte qu'en y recourant, le professionnel*

⁴⁵³ PENNEAU J., note sous Cass. civ. 1, 9 mai 1983, *D.* 1984, 121.

⁴⁵⁴ FORCEVILLE X., LELOUP E., OXEDA C., « La faute en droit médical », *Cahiers d'anesthésiologie*, t.39, n°7, 1991, 499-502.

⁴⁵⁵ Cass. civ. 1, 25 mai 1971, *JCP* 1971, II,16859.

⁴⁵⁶ CA Paris, 23 avr. 1968, *JCP* 1968, 15625.

⁴⁵⁷ Cass. civ. 1, 27 janv. 1970, *Bull. civ.*, I, n°37.

⁴⁵⁸ CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2008, RG n° 07/00359 ; CA Aix-en-Provence, 5 nov. 2008, cité *supra* n°46.

commet une imprudence et augmente les chances de son malade d'être exposé à la complication survenue »⁴⁵⁹. Pourtant, une instabilité, voire une diversité, caractérise la jurisprudence dans la détermination de l'évaluation de la perte d'une chance. Ainsi, elle est évaluée par la Cour de cassation en fonction de la gravité de l'état du patient⁴⁶⁰. Elle est en outre parfois évaluée, par la même cour, à 97% ou à 20% de chances de réussite correspondant à 97% ou à 20% du montant du préjudice final⁴⁶¹.

Ces règles ont cependant été critiquées par une partie de la doctrine car la notion de perte de chance est ambiguë et traduit les incertitudes des juges sur la causalité. Le juge condamne sur le fondement du doute et les chirurgiens esthétiques, pour se dégager de leur responsabilité, doivent apporter la preuve certaine et difficile qu'une autre cause se trouve à l'origine du dommage⁴⁶² ; cet assouplissement est en fait conçu pour faciliter la preuve dans un domaine où celle-ci est particulièrement difficile⁴⁶³.

2° Le manquement aux obligations morales

280. Faute « humaniste ». Dans le même contexte de l'extension de la causalité juridique, la jurisprudence retient la responsabilité du chirurgien esthétique du fait que celui-ci manque à ses obligations « morales », à savoir « humaines ». Le chirurgien esthétique est effectivement, à la différence de tous les autres praticiens, un conseiller ayant un rôle humaniste avant d'être un spécialiste, c'est-à-dire un technicien ayant un rôle chirurgical esthétique. A cet effet, la jurisprudence a recours à la défaillance de ce rôle humaniste pour sanctionner le dommage ou l'échec survenu à la suite de l'acte esthétique non thérapeutique. Ainsi, et en l'absence de toute faute technique, les fautes « humanistes » sont rattachées aux dommages corporels ; la jurisprudence ne manque pas de condamner le plasticien à réparer l'entier dommage lorsqu'il lui est reproché

⁴⁵⁹ Cass. civ. 1, 17 nov. 1982, *Bull. civ.*, I, n°133 ; *D.* 1983, IR, 380 ; *JCP* 1983, II, 20056.

⁴⁶⁰ Cass. civ. 1, 7 juin 1989, *Bull. civ.*, I, n°230. Dans le même sens : Cass. civ. 1, 18 juill. 2000, n° 98-20430.

⁴⁶¹ Cass. civ. 1, 3 févr. 1993, n°91-12391. Dans le même sens : Cass. civ., 9 juill. 2009, cité *supra* n°46.

⁴⁶² « Si l'on élargit ce raisonnement, toute incertitude du juge sur le point de savoir si le dommage subi par le demandeur est, ou non, en relation sûre avec la faute établie à la charge du défendeur devrait dans n'importe quel théâtre de responsabilité civile se traduire par une responsabilité partielle » : SAVATIER R., « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *D.* 1970, 123.

⁴⁶³ GROMB S., « L'expert, consentement aux actes médicaux », *Gaz. Pal.* numéro spécial, 1999-1.

d'avoir manqué à son obligation d'information ou à l'obligation d'avoir recueilli le consentement clair du patient, ou bien encore à l'obligation de prudence⁴⁶⁴. Ce « *devoir moral* » qui apparaît comme une cause lointaine et incertaine des dommages subis, se trouve retenu par la jurisprudence comme cause de condamnation du plasticien, alors que le dommage pourrait être survenu en raison d'un aléa thérapeutique ou d'une faute technique. Rappelons à cet égard, la rigueur, l'intensité et la sévérité de la jurisprudence dans sa conception de l'obligation d'information imposée au chirurgien esthétique et qui se distingue du régime général de cette obligation exigée de tout praticien, sujet examiné dans une partie précédente⁴⁶⁵ et qui constitue une source d'engagement de la responsabilité du plasticien.

281. Distinction. Dans le cadre de la réparation pour défaut d'information, la jurisprudence distingue selon que l'intervention est ou non inéluctable. Dans l'hypothèse où elle n'est pas inéluctable, le défaut d'information sera considéré la cause exclusive du dommage survenu, ce qui aboutit à la condamnation du chirurgien esthétique à une réparation totale du préjudice⁴⁶⁶. Cette solution trouve sa justification selon la jurisprudence dans le fait que le patient aurait dû refuser l'intervention s'il avait été mieux informé sur les risques⁴⁶⁷. En revanche, dans le cas où l'intervention est inéluctable, la responsabilité du chirurgien esthétique sera engagée uniquement en partie, puisqu'en raison des risques d'évolution de l'affection, le patient n'aurait pas dû refuser l'intervention même s'il a été bien informé.

⁴⁶⁴ Cass. civ. 1, 17 févr. 1998, cité *supra* n°38.

⁴⁶⁵ V. *supra* n°26 et s.

⁴⁶⁶ Cass. civ. 1, 11 févr. 1986, *JCP* 1987, II, 20775, note DORSNER-DOLIVET ; *D.* 1987, somm. comm. 25, obs, PENNEAU.

⁴⁶⁷ CA Paris, 23 nov. 1989, *D.* 1991, somm. comm. 182. Obs. PENNEAU : « *Manque à ses obligations contractuelles le médecin qui n'informe pas exactement sa patiente, atteinte de la maladie de Hailey-Haiely, des modalités et des zones de prélèvement de lambeaux, destinés à remplacer la peau ulcérée des plis génito-cruraux, dès lors que, si les indications fournies à cette dernière (deux schémas d'intervention au niveau des aines et de la région périnéale) n'impliquaient pas que les deux sillons génitaux-cruraux devaient être traités au cours de la même intervention, elles ne pouvaient pas non plus laisser supposer que les lambeaux seraient prélevés sur la face interne de la cuisse ; alors que si chaque praticien, dans un cas semblable, est libre d'agir « selon sa conscience », la patiente, qui pouvait être réveillée et opérée plus tard, n'a pas bénéficié de la totale information qu'elle était en droit d'exiger ; ainsi, le consentement de la patiente n'a pas été éclairé puisqu'elle n'a pu prévoir ni la longue cicatrice sur la face interne de la totalité de la cuisse, ni la déformation en creux de la partie médiane de la cuisse, consécutive au prélèvement de masse musculaire.* ». V également : Cass. civ. 1, 14 janv. 1992, cité *supra* n° 33 ; CA Versailles, 20 décembre 1991, *D.* 1991, somm. comm. 30, obs. PENNEAU.

Cette distinction paraît cependant critiquable puisque l'intervention esthétique n'est pas inéluctable, mais elle est la conséquence d'un choix, d'un consentement et d'une volonté du patient, qui a le droit de la refuser en dépit de sa nécessité⁴⁶⁸. C'est ainsi que la jurisprudence tend à ne condamner que rarement le praticien à réparer l'entier dommage pour défaut d'information, ceci provenant de sa prise en considération de la volonté et du libre arbitre du patient. Dans ce sens, la Cour de cassation a estimé dans un arrêt rendu en date du 7 février 1990, qu'en manquant à son obligation d'éclairer le patient sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter une opération comportant des risques connus, un médecin prive seulement ce malade d'une chance d'échapper par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles⁴⁶⁹.

On peut donc conclure que, pour assurer une réparation au patient victime d'un dommage corporel, une faute « *d'humanisme* », à savoir une faute « *morale* » du chirurgien esthétique, est rattachée à ce dommage, alors que celui-ci peut trouver sa cause dans un élément extérieur tel par exemple l'aléa thérapeutique, ou bien la mauvaise appréciation de l'opportunité de l'opération.

Une extension, voire une déformation de la conception générale du lien de causalité, aboutit également à rendre le préjudice corporel possible par une intervention non fautive du plasticien ; c'est le dommage, suivant cette théorie, qui commande le lien de causalité. Ceci représente une contradiction remarquable, puisque logiquement une atteinte à un droit de la personnalité cause un dommage moral ; pourtant comment peut-on rattacher un dommage moral à une lésion physique qui ne peut résulter que d'un fait technique, même si parfois, le préjudice corporel peut révéler l'existence d'un dommage moral⁴⁷⁰. Ainsi, une telle règle ne vise qu'à trouver une certaine justification pour sanctionner la survenance de dommage, ou bien l'absence de résultat, sans pour autant franchir le domaine de l'obligation de moyens.

⁴⁶⁸ Cass. civ. 1, 11 oct. 1988, *Gaz. Pal.* 1988, 2, panor. p. 268 ; *JCP* 1989, II, 21358, note DORSNER DOLIVET.

⁴⁶⁹ Cass. civ. 1, 7 févr. 1990, *Bull. civ.*, 1990 I, n° 39 p. 30.

⁴⁷⁰ HOCQUET-BERG S., *Obligations de moyens ou obligations de résultat : à propos de la responsabilité civile du médecin*, thèse, Paris XII, 1995, n°413.

282. Fondement juridique. Prenant part de l'existence de l'aléa thérapeutique qui accompagne toute intervention chirurgicale, qu'elle soit esthétique ou non esthétique, une première partie de la jurisprudence s'est donc référée à la notion de l'obligation de moyens comme base juridique de la responsabilité du chirurgien esthétique. Pourtant, cette base n'a pas franchi le cadre d'une solution casuistique pour élaborer un principe général applicable en la matière d'une part, et elle a comporté d'autre part une « *déformation* » du régime général de la notion de l'obligation de moyens d'un côté, et de celui des éléments constitutifs de la responsabilité d'un autre côté.

Ainsi, le régime de l'obligation de moyens « *renforcée* » n'a abouti qu'à une confusion et n'a fait que remplir le champ de la responsabilité médicale par une « *foule* » de notions ayant créé une perturbation, voire une ambiguïté, sans pour autant apporter une solution « *solidement basée* » et « *parfaitement adaptée* » à la problématique essentielle, à savoir concilier l'intérêt des patients et la nature spécifique de l'intervention chirurgicale esthétique qui exige une sévérité vis-à-vis du plasticien dans la détermination de ses obligations et l'engagement de sa responsabilité. Le système de renforcement de l'obligation provoquant une sorte de « *distorsion* » dans le fonctionnement des règles juridiques n'est pas unanime, ni sur le plan jurisprudentiel, ni sur le plan doctrinal. Ainsi, une autre partie de la jurisprudence et de la doctrine s'est orientée vers l'obligation de résultat, tout en réservant cependant une place à l'obligation de moyens ; elle a réalisé une sorte de « *répartition* » de l'obligation du chirurgien esthétique.

§2. Répartition de l'obligation du chirurgien esthétique

283. Une procédure de « *répartition* ». L'acte à visée esthétique n'est pas commandé par une urgence vitale ou une nécessité thérapeutique ; tout au contraire, il ne vise qu'une finalité unique, celle de réaliser une amélioration de la morphologie susceptible d'assurer une satisfaction psychologique. Le chirurgien esthétique s'engage donc à une obligation qui relève « *non pas de rétablir la santé mais d'apporter une amélioration, un réconfort esthétique à une situation jugée insupportable par le patient* »⁴⁷¹. Ainsi, il

⁴⁷¹ CA Lyon, 8 janv. 1981, cité *supra* n°27.

promet de réaliser un « *certain résultat* », celui d'apporter une amélioration de la disgrâce physique, ou de réaliser le changement esthétique désiré susceptible d'apporter la satisfaction psychologique voulue ; dès lors que le chirurgien esthétique décide d'intervenir, il s'agit pour lui que l'intervention favorise la réalisation du résultat esthétique attendu et souhaité par le patient. A cet effet, une partie de la jurisprudence et de la doctrine, sans franchir la sphère de la dualité obligation de moyens et obligation de résultat, a essayé de dégager de la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique les éléments qui exigent une sévérité à l'encontre du plasticien pour les placer sous le cadre de l'obligation de résultat, en réservant en revanche la place à l'obligation de moyens pour tout ce qui a trait aux actes de soins compte tenu que l'intervention, même si elle est à visée esthétique, est un acte chirurgical qui se réalise sur le corps humain. Il s'agit donc d'une procédure de « *répartition* » de l'obligation du chirurgien esthétique qui a été suivie par cette partie de la jurisprudence, procédure déduite de la nature de l'intervention à visée esthétique qui comporte d'une part le pan esthétique exigeant un certain résultat « *géométrique* », et d'autre part, le pan chirurgical, médical, qui exige du plasticien l'utilisation de toutes les règles de son art pour donner les meilleurs soins au patient compte tenu que l'acte esthétique est également un acte chirurgical⁴⁷².

Avant d'examiner les différents critères de distinction (B) proposés par la jurisprudence, ainsi que par la doctrine, dans le contexte de la répartition des obligations du chirurgien esthétique, il convient de préciser les éléments ayant favorisé le recours à la théorie de répartition (A).

A. Eléments justificatifs de la théorie de répartition des obligations

284. Deux éléments essentiels. Outre la nature et la finalité de l'intervention chirurgicale esthétique, il ne serait pas concevable, selon l'avis d'une partie de la jurisprudence, d'exclure la possibilité d'exiger du plasticien de parvenir à un certain résultat, compte tenu du caractère aléatoire de l'acte chirurgical. Pourtant, et puisque

⁴⁷² Cette position jurisprudentielle n'a pas manqué à son tour de faire l'objet d'une diversité de propositions, voire d'avis dans la procédure de réparation des obligations du plasticien, et par la suite de définition du résultat « *esthétique* » concerné. Ainsi, elle est restée dans le domaine de l'ambiguïté, dans l'absence d'une délimitation précise et claire des critères, et ainsi elle n'a pas abouti, à son tour, à une solution suffisamment claire, précise et parfaitement adaptée à la nature de l'intervention chirurgicale esthétique ; elle se situe également dans le cadre « *limité* » de la démarche de transposition suivie par la jurisprudence.

l'intervention à visée esthétique se caractérise par l'absence d'une urgence vitale, elle revêt un caractère facultatif qui favorise sa réalisation dans les cas où des risques sont « *proportionnés* » avec les avantages, mais en revanche exige du plasticien une obligation d'abstention en cas de disproportion ; de même la nature du « *contrat esthétique* » a aussi été un élément favorisant du recours de l'exigence d'une certaine obligation de résultat vis-à-vis du chirurgien esthétique.

285. L'obligation d'abstention. La théorie de proportionnalité transposée par la jurisprudence française pour être appliquée en matière de chirurgie esthétique comme précédemment exposée⁴⁷³ entraîne, selon la jurisprudence française, une obligation d'abstention incombant au plasticien à chaque fois qu'une disproportion se présente. En effet, si l'article 40⁴⁷⁴ du Code de déontologie médicale pose la règle du respect de la proportionnalité qui doit guider le médecin dans toute prescription médicale en l'obligeant de s'interdire de faire courir des risques injustifiés au patient. Ce risque « *injustifié* » constitue en chirurgie esthétique non seulement un résultat dommageable, mais également la non-obtention de l'amélioration esthétique qui a justifié l'avènement de l'intervention, puisqu'il est inutile, voir injustifiable, de procéder à une intervention à visée esthétique qui n'entraîne pas de dommages mais aussi qui n'atteint par le but recherché par le patient. Etant ainsi donné, la jurisprudence française arrive dans son analyse à conclure que devant l'absence de nécessité, la décision d'intervenir emporte l'engagement du plasticien de faire face aux risques exposés et sa prise de toutes les précautions nécessaires pour que le résultat attendu soit garanti. L'obligation de s'abstenir imposée au chirurgien esthétique donne à cette analyse son argument effectif et renforce ainsi cette exigence. La décision d'intervenir en chirurgie esthétique est alors liée au résultat attendu contrairement au chirurgien général qui doit fournir ses efforts pour parvenir au meilleur résultat puisque face à un patient menacé de mort, toute intervention ne se terminant pas par une « *catastrophe* » est une réussite.

Une partie de la doctrine lie sévèrement, dans ce contexte, l'échec de l'opération à la compétence du plasticien en estimant que les justifications selon lesquelles « *le résultat insatisfaisant est quand même quelque fois expliqué par un problème de cicatrisation, une mauvaise peau ou une intervention difficile où l'on n'a pas pu faire ce*

⁴⁷³ V. *supra* n°270.

⁴⁷⁴ Art. R.4127-40 CSP.

que l'on voulait, sont le plus souvent fausses. Le résultat insatisfaisant est presque toujours une erreur du chirurgien. Il correspond à des fautes techniques, à une mauvaise analyse ou à une conception grossière de toute l'idée de la chirurgie esthétique ; en acceptant d'intervenir, le médecin engage sa responsabilité et ne peut se rétracter secondairement derrière les exigences du patient. Il doit lui fournir non seulement le résultat promis mais aussi le résultat le plus esthétique possible en accord avec les progrès de la spécialité. »⁴⁷⁵. Une telle sévérité trouvant une justification dans l'application du principe de proportionnalité adopté par la jurisprudence française, se redouble par une certaine relation, toujours selon les partisans de cette position, entre le résultat « prévisible » et la qualification, voire la compétence du chirurgien esthétique. Cette dernière constitue une nécessité dans la mesure d'obliger le plasticien à intervenir uniquement lorsqu'il est certain d'atteindre le résultat négocié avec le patient, ce qui assure ainsi une protection des patients qui ne réclament qu'un changement d'image pour une finalité de satisfaction psychologique.

286. La nature du contrat esthétique. Le contrat esthétique, à la différence du contrat médical ordinaire, a pour objet essentiel non pas de guérir une maladie déterminée, mais de réaliser une finalité d'amélioration de morphologie. Etant ainsi donné, ce contrat comporte une promesse implicite de résultat d'autant que l'état du patient ne suppose en aucun cas une nécessité rendant l'intervention urgente, justifiant alors la sévérité envers le chirurgien esthétique dans la réalisation de ses obligations. La promesse de résultat peut également être une promesse explicite d'un résultat « géométrique » déterminé parfois par des photographies ou des croquis qui favorisent chez le patient la réalisation de ses attentes esthétiques. Implicitement ou explicitement, le chirurgien esthétique se trouve obligé de fournir au patient non seulement « le résultat promis mais aussi le résultat le plus esthétique en accord avec le progrès de la spécialité »⁴⁷⁶.

La justification d'une telle démarche provient en outre de l'aspect commercial de l'intervention en chirurgie esthétique qui peut pousser le plasticien à réclamer de hauts montants et à agir suivant son intérêt au lieu de celui du patient qui s'engage à payer de tels coûts, non couverts par la sécurité sociale, en contrepartie d'un résultat attendu.

⁴⁷⁵ NAHON Pierre, *Vaincre la chirurgie inesthétique*, Editions du Rocher, 1996, p. 13.

⁴⁷⁶ NAHON Pierre, *Vaincre la chirurgie inesthétique*, préc., p. 40.

Ainsi, les honoraires sont libres et ils sont déterminés en fonction de la compétence du plasticien. Cette dernière joue un rôle décisif dans le choix du plasticien par le patient qui se décide par ailleurs en fonction de la promesse de résultat précis, de sorte que le plasticien engage sa responsabilité en cas d'échec. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a condamné un chirurgien esthétique pour manquement à sa promesse du fait qu'il avait certifié de réaliser une prothèse du sein droit afin d'obtenir un aspect asymétrique de l'ensemble ; pourtant, l'échec de l'opération a conduit à retenir sa responsabilité⁴⁷⁷.

La promesse de résultat incluse dans le contrat esthétique aboutit également à une interrogation sur les promesses faites par voie de la publicité et qui sont parfois, voire la plupart des fois, de fausses « *promesses* ». Dans ce cadre, le contrat de l'opération esthétique doit comporter également les documents relatifs à cette publicité qui seront pris en considération dans l'appréciation de l'obligation contractée. C'est l'obligation de loyauté imposée au chirurgien esthétique dans sa relation avec son patient qui commande une telle démarche. Ainsi, tous les documents remis au patient doivent être intégrés dans le contrat, tel par exemple, les catalogues, les brochures, les dépliants, les photos retouchées, etc.

Des éléments divers ont favorisé l'admission par une partie de la jurisprudence et de la doctrine d'une obligation de résultat en essayant de trouver les données pratiques de l'exigence d'une sévérité à l'encontre du chirurgien esthétique dans l'application de ses obligations ; une telle sévérité provient de la nature même de l'intervention chirurgicale esthétique.

Pourtant la mutation de la notion de l'obligation de résultat pour procéder à une répartition des obligations du chirurgien esthétique, n'a pas manqué de confusion qui s'est traduite par une application vague de cette conception ; ceci a abouti à une diversité de propositions des distinctions doctrinales et jurisprudentielles, sans pour autant avoir un critère précis de distinction.

B. Diversité des critères de distinction

287. La particularité de l'intervention chirurgicale esthétique a motivé la jurisprudence et la doctrine à rechercher une règle qui soit adaptée à une telle spécificité dans la réalisation des obligations du chirurgien esthétique. Sans sortir du cadre de

⁴⁷⁷ CA Paris, 28 sept. 1990, *D.* 1991, somm. 359.

l'obligation de moyens ou de résultat dans sa tentative de répondre à cette problématique, une partie de la jurisprudence a procédé à une répartition des obligations du chirurgien esthétique prenant en compte, d'une part, le caractère chirurgical de l'intervention se situant dans le cadre de l'obligation de moyens (1°) et, d'autre part, son caractère esthétique exigeant une obligation de résultat esthétique (2°), ce qui a abouti à une diversité dans la détermination des critères d'une telle répartition et dans la définition du résultat esthétique.

1° Distinction selon la nature de l'intervention

288. *Résultat esthétique, résultat géométrique promis.* Proposée par M. PENNEAU, et partant de la théorie de proportionnalité entre les risques et les avantages de l'intervention adoptée par la jurisprudence française, et étant en outre la contrepartie de l'absence de nécessité thérapeutique, cette théorie consiste à considérer que le chirurgien esthétique est tenu à un résultat, celui de remettre son patient sain et sauf : tout d'abord il s'engage à ne pas défigurer le patient, sous peine de voir sa responsabilité engagée. Ensuite, il s'engage à fournir un résultat esthétique défini sous un angle purement géométrique. C'est ainsi que lorsqu'il promet d'effacer la bosse d'un nez, le résultat n'est pas atteint si le nez est plus brusqué qu'avant ; ou bien lorsqu'il s'engage à restaurer la courbe d'une oreille, ce résultat fait défaut si l'oreille reste décollée.

Ainsi, selon cette première distinction, le chirurgien esthétique contracte, de ce point de vue purement géométrique, une obligation de résultat. Le résultat esthétique n'est autre que le résultat géométrique promis, suivant ce qu'affirme M. PENNEAU en estimant qu'« *en ce qui concerne l'esthétique proprement dite, la géométrie de l'intervention, le chirurgien esthétique est tenu de procurer le résultat promis. Il y aurait donc en ce domaine à distinguer l'aspect médical pour lequel l'obligation serait comme ailleurs de moyens et l'aspect esthétique où l'obligation serait de résultat* »⁴⁷⁸. Cette obligation de résultat géométrique, pourrait impliquer la possibilité de reprises opératoires ou de « *retouches* » justifiées, assurant une gestion des suites de l'opération telles que les infections, les hématomes, les petites asymétries, etc.

⁴⁷⁸ PENNEAU J., in *Panorama du médecin*, n°3042, 20, 10, 1989.

289. Application par la jurisprudence. Cette théorie a fait l'objet d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 28 septembre 1990 qui a considéré que le résultat esthétique n'est pas atteint si à la suite d'une opération il ressort une asymétrie des seins⁴⁷⁹. Le fait donc que la forme géométrique promise n'a pas été réalisée suffit pour déclencher la responsabilité du chirurgien esthétique. Cependant, en ce qui concerne la cicatrisation, l'obligation ne peut être que de moyens puisque « *la qualité de la cicatrisation reste en grande partie incontrôlable. Le chirurgien esthétique a le devoir d'informer sa patiente de l'éventualité d'une cicatrisation défectueuse et d'employer les moyens techniques les plus propres à aboutir à une cicatrisation de bonne qualité ainsi qu'à dissimiler les cicatrices. Mais ce n'est là qu'une obligation technique de moyens et la responsabilité du chirurgien esthétique ne saurait être retenue que si l'on prouvait sa faute* »⁴⁸⁰.

Ainsi, selon M. PENNEAU, le chirurgien esthétique est tenu à une obligation de résultat quant à la correction esthétique souhaitée et il est tenu à une obligation de moyens quant à l'évolution des cicatrices.

2° Distinction selon les aspects de l'intervention

290. Obligation négative de résultat. Proposée par MM. CASEY et DARSONVAL, une seconde proposition de distinction est opérée suivant un critère d'aspect de l'intervention chirurgicale esthétique, puisque cette dernière revêt un double aspect : un aspect opérationnel, les moyens ; et un aspect esthétique, le résultat⁴⁸¹. Ainsi, pour le premier aspect opérationnel, ce sont les principes généraux de la responsabilité qui sont appliqués, et l'obligation dont le chirurgien esthétique est tenu est de moyens. Quant au second aspect esthétique, et puisque le plasticien ne traite pas une affection pathologique, ce dernier est tenu à un résultat, celui de ne pas aggraver l'état antérieur de son patient⁴⁸². Ces auteurs prennent le cas de la fille trop joufflue pour dire que le chirurgien esthétique s'engage à ne pas défigurer cette dernière et à ne pas lui apporter de gêne fonctionnelle. Il s'agit selon eux « *d'une obligation négative de résultat [...]*

⁴⁷⁹ CA Paris, 28 sept. 1990, cité *supra* n°286.

⁴⁸⁰ PENNEAU J., obs. sur Lyon, 8 janv. 1981, *D.* 1982, somm. 274.

⁴⁸¹ CASEY R. et DARSONVAL V., *Le droit et la chirurgie esthétique*, p. 76.

⁴⁸² DORSNER-DOLIVERT A., note sous Cass. civ., 7 oct. 1992, *D.* 1993, 93-589.

Les tribunaux ont souvent admis des degrés de rigueur avec laquelle ils ont apprécié la qualité, la valeur et la pertinence des moyens mis en œuvre au point que l'on sent affleurer sous certains motifs de leurs décisions, l'idée d'obligation négative de résultat qui, sans la nommer expressément, caractérise le devoir de ne pas aggraver une situation existante non dangereuse au départ »⁴⁸³. Le chirurgien esthétique doit s'engager, toujours selon cette théorie, à ne pas créer aucun trouble là où il n'en existait pas.

M. BAUNARD a étendu le champ de l'application de cette théorie pour considérer que le chirurgien esthétique « *est tenu à une obligation de résultat quand il accepte de pratiquer une opération de luxe* » du fait que cette dernière « *est minimisée par cette circonstance que le médecin ne doit absolument pas opérer si un risque se dessine dès la mise en train de l'opération* »⁴⁸⁴. Ainsi, le résultat esthétique conçu par cette théorie résulte de l'aspect esthétique de l'intervention ; l'obligation du plasticien sera considérée de moyens quant à l'aspect technique et de résultat quant à l'aspect esthétique.

291. Distinction inverse selon les aspects. M. KORNPROBST a fondé cette théorie en inversant le contenu. En d'autres termes, selon lui la sévérité qui doit être exercée face au plasticien exige de lui imposer une obligation de résultat quant à l'aspect chirurgical de l'intervention, et une obligation de moyens quant à son aspect esthétique⁴⁸⁵. Une justification de cette théorie considère que « *l'obligation de résultat esthétique rendrait impossible la pratique de la chirurgie esthétique* »⁴⁸⁶. Par ailleurs, M. NIOCOLETIS prévoit une seule exception à ce principe posé, à savoir celle de la publicité qui constitue une fausse promesse qui « *abandonnerait le terrain du contrat médical n'ayant habituellement qu'une seule obligation de moyens pour se placer sur le plan du droit commun des contrats comportant une véritable obligation de résultat, celui-ci ayant été promis voire même garanti. Le problème paraît trop crucial en matière de chirurgie esthétique que ce domaine particulier de la médecine appartient à une chirurgie facultative que certains même vont jusqu'à qualifier de chirurgie de*

⁴⁸³ FAURE P., *Le consentement du malade à l'acte médical*, Thèse médecine, Bordeaux, 1975, p. 75.

⁴⁸⁴ SAVATIER R., *Traité de responsabilité civile*, t.2, 2^{ème} édition, LGDJ 1951, p. 376.

⁴⁸⁵ KORNPROBST L., *La chirurgie esthétique en justice*, P.M. 1964, 72, n°5, 297-300.

⁴⁸⁶ ROUGE D., ARBUS L., COSTAGLIOLA M., *Responsabilité médicale, de la chirurgie à l'esthétique*, Arnette 1992, p. 106-107.

confort. [...] Il y en quelque sorte ici publicité mensongère (péché par omission) qui indirectement devient incitative et implique l'obligation de résultat »⁴⁸⁷.

Cette contradiction provient de l'approche essentielle opérée par la jurisprudence qui n'est pas sortie du domaine des obligations de moyens et de résultat, en essayant de prendre ici et là des notions et des règles pour y trouver des éléments adaptés à la nature de l'intervention esthétique, et ainsi qui pourront définir clairement la nature de l'obligation du plasticien.

292. Distinction selon les risques thérapeutiques et liés à la compétence.

Une partie de la doctrine distingue les risques thérapeutiques qui sont soumis à une obligation de moyens, et les risques liés à la compétence du chirurgien esthétique qui devient une quasi-obligation de résultat avec l'écrit. Pour la première catégorie de risques, l'information complète et les soins attentifs conformes aux connaissances médicales impliquent l'absence d'une faute du plasticien. Quant à la seconde catégorie, c'est l'information écrite préalable qui la transforme d'une obligation de moyens renforcée à une quasi-obligation de résultat, puisque, comme déjà précisé, l'information en matière esthétique est liée à un devis obligatoire présenté par le plasticien préalablement à l'opération. Ainsi, la réalisation technique qui est le reflet de la compétence du chirurgien esthétique implique une obligation de résultat du fait que celui-ci n'est pas conforme à l'écrit ; l'erreur technique, ou le geste technique maladroit, est donc dans le champ d'une obligation de résultat. Cependant, les complications infectieuses, résultant d'un aléa thérapeutique par exemple, relèvent d'une obligation de moyens puisqu'elles constituent des risques thérapeutiques.

293. Distinction quant au but de l'intervention.

Un certain nombre de tribunaux a parfois pris le but de l'intervention esthétique comme critère afin de considérer que le plasticien est uniquement tenu à une obligation de résultat. C'est ainsi qu'ils précisent que l'obligation de résultat serait déduite du but recherché par l'opération. En effet, puisque l'intervention chirurgicale esthétique ne s'impose pas pour rétablir la santé ou sauver la vie mais s'exerce dans un but purement esthétique, quelques décisions jurisprudentielles perçoivent la sévérité à l'encontre du plasticien du côté du but de l'intervention pour mettre à la charge de celui-ci une obligation de

⁴⁸⁷ NICOLETIS C. et L., « Publicité et responsabilité médicale en chirurgie esthétique », *Ann. Chir. Plast. Esth.*, 1990, 35, 1, 79-82.

résultat. C'est le cas par exemple du jugement rendu en date du 7 novembre 1972 par le Tribunal de Grande Instance de Paris qui a décidé qu'en matière de chirurgie esthétique « *et réserve faite de considérations purement juridiques, le résultat seul justifie l'intervention chirurgicale, celle-ci n'étant pas en principe commandée par l'état de santé du patient ; qu'un praticien doit s'abstenir d'intervenir, s'il y a des risques d'échec sérieux dont la patiente n'est pas avertie* »⁴⁸⁸.

294. Bilan. En conclusion, on peut affirmer que les principes déterminés par l'arrêt *Mercier*⁴⁸⁹, qui a fait de l'obligation du médecin en général une obligation de moyens, se trouvent fortement déstabilisés dans l'essai de la jurisprudence de les adapter à la nature des interventions chirurgicales, qu'elles soient esthétiques ou non esthétiques. Ceci a évidemment eu de multiples répercussions sur le régime de la responsabilité directe du chirurgien esthétique qui fut l'objet de nombreuses critiques, d'où l'importance du chapitre suivant.

⁴⁸⁸ CA Aix-en-Provence, 7 juill. 1988, cité par DORSNER-DOLIVET Annick, « Les aspects juridiques de la chirurgie esthétique », *La revue de chirurgie esthétique de langue française*, sept. 1994, n°76, p. 43 et s.

⁴⁸⁹ V. *supra* n°238.

CHAPITRE II

CRITIQUE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DIRECTE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE

295. Présentation. En dépit de la tentative d'une partie de la doctrine d'énoncer un système adapté à la spécificité de la chirurgie esthétique (n'ayant cependant pas conduit à une solution qui soit complètement adaptée), la démarche de la jurisprudence a produit une importante confusion dans le cadre de la responsabilité du chirurgien esthétique. Cette partie de la doctrine qui a pris en considération la nature spécifique du contrat de chirurgie esthétique, qui se distingue totalement du contrat de soins en médecine générale, l'objet du contrat de chirurgie esthétique ne visant que l'amélioration de la morphologie, et par la suite du résultat esthétique visé qui est susceptible de donner à l'obligation du plasticien la nature d'obligation de résultat, est néanmoins tombée dans la confusion dans son essai de répartir les obligations du chirurgien esthétique. Cette confusion a abouti, d'une part, à une diversité, parfois même controversée, des critères de distinction dans le cadre de la répartition des obligations du plasticien entre obligation de moyens et obligation de résultat, et même dans la définition du résultat esthétique et, d'autre part, n'a pas occasionné une solution définitive et complète applicable unanimement en la matière. En effet, nombreuses sont les notions et les règles comprises dans cette position qui permettent de traduire clairement la confusion, l'instabilité et même la complication, qui ont résulté à une multitude de notions empruntées au droit commun et dénaturées dans une tentative de les adapter à la nature de la chirurgie esthétique. Etant ainsi donné, une discussion de la démarche adoptée par la jurisprudence (**section I**) fera l'objet de notre première section. Dans la seconde, sera exposée une série de propositions (**section II**).

SECTION I DISCUSSION

296. La position de la jurisprudence française quant à la responsabilité du chirurgien esthétique a comporté, comme précédemment exposé, une multitude de notions qui ont contribué à produire une confusion au sein de cette dernière (§1) ; ainsi, ladite position

est critiquable d'autant que les raisons qui ont favorisé la survenance de cette confusion sont nombreuses (§2).

§1. Explication de la position « confuse » de la jurisprudence

297. *Transposition inadéquate des règles de la responsabilité extracontractuelle.* La position jurisprudentielle et doctrinale, caractérisée par une démarche de transposition, revêt la qualification « *d'inadéquation* » se déterminant par une procédure de transposition des règles de droit commun pour les adapter, même dénaturées, à la spécificité de la chirurgie esthétique. Cette démarche visait la détermination de la nature de l'obligation du chirurgien esthétique comme élément fondamental pour engager la responsabilité du plasticien et, par la suite, pour assurer une indemnisation de la victime. C'est dans le cadre des règles de la responsabilité civile que la jurisprudence a donc fondé toute sa position. Pourtant, dans un cadre chirurgical, et plus spécifiquement, esthétique les notions du droit général ne sont pas nécessairement adaptées à la spécificité d'un tel domaine pour pouvoir apporter la solution à la problématique posée. Et ce d'autant plus que la jurisprudence dans sa tentative de chercher une solution adéquate pour une responsabilité de nature contractuelle a procédé à une transposition des règles générales appliquées à la responsabilité extracontractuelle. C'est ainsi qu'elle s'est basée sur les éléments constitutifs de cette dernière responsabilité, à savoir la faute, le dommage et le lien de causalité, et les a transposés à une responsabilité purement contractuelle, ce qui a conduit à une confusion particulièrement flagrante et à une multitude de règles à base strictement fautive dans le cadre de la relation contractuelle qui lie le patient au chirurgien esthétique.

298. *Raisonnement à partir de cas spéciaux.* Un autre point est également remarquable dans la totalité de la position jurisprudentielle et doctrinale : la jurisprudence et la doctrine n'ont pas uniquement essayé de chercher la solution dans l'unique approche des notions de droit commun transposées, mais elles se sont en outre basées sur des cas d'espèces pour essayer de déclencher une règle adaptée. Cette démarche « *inductive* » a abouti à un grand nombre de théories, voire d'avis et d'analyses, qui sont le résultat de circonstances précises et qui par la suite, et généralement, ne trouvent pas une application à d'autres cas d'espèces. Cette conséquence provient essentiellement de l'absence d'une base solide et bien adaptée à la nature de la responsabilité médicale, et surtout chirurgicale esthétique, ce qui a

occasionné des théories distinctes même pour des cas similaires. Ceci conduit alors à justifier l'absence de l'élaboration d'un principe général capable de régler toute la problématique et d'être, en même temps, adapté à la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique qui exige plus de sévérité vis-à-vis du plasticien dans l'application de ses obligations.

Pour entrer plus dans les détails des points particulièrement critiquables que la position adoptée par la jurisprudence comporte, les notions suivantes vont être développées dans ce qui suit : tout d'abord la notion d'obligation de moyens transposée et largement « déformée » (A), puis la notion de l'obligation de résultat qui a déclenché une contradiction remarquable (B), et enfin la célèbre obligation de sécurité qui a constitué un véritable labyrinthe dans sa transposition et dans la tentative de son adaptation à la responsabilité médicale (C).

A. « Déformation » de l'obligation de moyens mutée

299. *Transposition confuse, régime instable.* L'obligation de moyens transposée a été « spécifiquement conçue » pour essayer de trouver une solution quant à l'indemnisation des victimes de dommages survenant d'aléas, et elle a été renforcée pour retenir la responsabilité du chirurgien esthétique en réponse aux exigences de sévérité conditionnée par la nature et la finalité de ladite intervention. Pourtant, cette mutation à double visée a comporté une forte « dénaturation ». En effet, la jurisprudence n'a pas voulu franchir les critères posés par la jurisprudence *Mercier*⁴⁹⁰. Toutefois, les « extensions » qu'elle a fait subir au régime des règles générales et stables régissant l'obligation de moyens, ont pratiquement dépassé, voire même contrarié, les principes de l'arrêt *Mercier*. Il s'agissait d'une démarche « confusionnelle » qui, tout en voulant rester dans le cadre précis qui fait de l'obligation du médecin une obligation de moyens, a pratiquement dépassé les frontières de la jurisprudence *Mercier*. Par ailleurs elle n'a pas abouti, en même temps, à une réponse définitive, stable et adaptée à la problématique posée. Ceci prouve vigoureusement que la base de l'approche de la jurisprudence est en inadéquation complète avec la nature du domaine qu'elle voulait traiter. En effet, en limitant tous ses efforts dans la recherche d'une solution adaptée à la nature de l'intervention chirurgicale, qu'elle soit esthétique ou non, dans un cadre strict

⁴⁹⁰ V. *supra* n°238.

et unique d'obligation de moyens (ou même de résultat), sans jamais essayer de chercher une solution plus adaptée, la jurisprudence a déclenché cette déformation flagrante des notions du droit général de la responsabilité civile. Etant ainsi donné, le régime de l'obligation de moyens « *renforcée* » n'a jamais été déterminé de façon claire et précise par la jurisprudence ; tout au contraire, une notion à portée vague, instable, à des théories d'une complexité injustifiée n'a jamais été admise unanimement ou ponctuellement. La déformation produite par la démarche de transposition concerne également les notions transférées dans le cadre de l'obligation de moyens renforcées, comme par exemple le cas de la mutation des notions fortement dénaturées telle la théorie de la perte d'une chance qui a facilement été conçue ce qui permet de dire que la jurisprudence pour appliquer cette notion a admis une causalité « *hypothétique* ».

300. Déformation de la notion de « *faute* ». La notion de « *faute* » empruntée à la responsabilité « *extracontractuelle* » et appliquée à une obligation née d'un contrat, a fortement été déformée et très facilement admise, et ce en raison d'un système de présomption appliqué par une partie de la jurisprudence. Ceci a entraîné une multitude injustifiable, voire même inutile, de notions créées et très complexes, telle la notion de faute virtuelle ou incluse qui comporte une déformation claire de la notion générale de faute. L'extension de la notion du lien de causalité précédemment mentionnée se situe dans le même cadre ; elle a également été mutée d'un domaine extracontractuel pour être appliquée à un domaine contractuel et spécifique qu'est la chirurgie esthétique. Ceci a créé une inadaptation et a causé une dénaturation du régime général de cette notion. Cette dénaturation s'est produite essentiellement par l'admission d'un lien de causalité hypothétique qui contredit les conditions générales requises pour l'admission de ce dernier.

B. « *Ambiguïté et instabilité* » dans la transposition de l'obligation de résultat

301. Admission pure et simple d'une obligation de résultat. Une partie de la jurisprudence a tenté d'exiger une obligation de résultat⁴⁹¹, même pour des actes de soins, en essayant de changer la nature de l'obligation du chirurgien, et ce pour assurer l'indemnisation des victimes de tout dommage survenant de gestes chirurgicaux. Pourtant, cette solution, outre son ambiguïté et son inadaptation à la nature de l'acte

⁴⁹¹ V. *supra* n°247 et s.

chirurgical, a créé une sorte d'insécurité juridique et un mécontentement général chez les chirurgiens et chez les patients. Cette insécurité proviendrait essentiellement du fait qu'une telle solution est susceptible de pousser les chirurgiens à ne plus pratiquer des interventions délicates par crainte de voir leur responsabilité engagée, ce qui affecte également négativement les patients qui doivent être bénéficiaires du progrès de la science.

302. Répartition des obligations du chirurgien esthétique. En outre, une partie de la jurisprudence a eu recours à la notion d'obligation de résultat « *esthétique* » en répartissant les obligations du chirurgien esthétique⁴⁹². Cependant, cette position, quoiqu'elle ait comporté un essai « *adapté* » à la nature spécifique de la chirurgie esthétique, se place au même niveau d'ambiguïté et d'instabilité caractérisant la totalité de la position jurisprudentielle. Ceci a abouti à une absence de détermination précise des critères de cette notion et a déclenché une série de distinctions et une multitude de critères qui sont parfois totalement contradictoires. Ainsi, cette position a été vivement abondante de notions, de contradictions, de critères qui ont été déduits de cas précis, mais qui n'ont pas pu constituer par la suite un principe général.

C. Le « labyrinthe » de la mutation de l'obligation de sécurité

303. Opposition entre la Cour suprême et les juges de fonds. Appliquée à titre équivalent pour tous les actes médicaux et chirurgicaux, et notamment en chirurgie esthétique, l'obligation de sécurité a traduit clairement la grande fluctuation de la jurisprudence française en cette matière. Une perturbation supplémentaire provenant de la transposition de cette obligation appliquée à des contrats précis en droit commun, est apparue un débat entre la Cour de cassation et les juges de fonds⁴⁹³.

Ces derniers ont énoncé une obligation générale de sécurité que comporte le contrat médical d'une façon accessoire à l'obligation initiale de soins qui est de moyens. De cette manière, une fois que le dommage survenu se trouve détacher de l'état initial du patient, le praticien est responsable sur la base de cette obligation accessoire de sécurité. En revanche, la Cour de cassation, qui cherchait toujours une base, voire une solution susceptible d'assurer l'indemnisation des victimes d'aléas thérapeutiques, a

⁴⁹² V. *supra* n°283 et s.

⁴⁹³ V. *supra* n°255 et s.

fortement rejeté cette proposition des juges de fonds en se rattachant à la règle consacrée par l'arrêt *Mercie*⁴⁹⁴ r.

Cette position surprenante de la Cour de cassation ne l'a pas empêchée de consacrer une obligation de sécurité, mais d'une façon indirecte, en adoptant cette notion « *selon les circonstances* ». Cette position suscite une remarque qui montre encore plus la perturbation de la jurisprudence en la matière : elle concerne l'aléa thérapeutique qui a été considéré comme l'élément essentiel exigeant une obligation de moyens dans le domaine de la responsabilité médicale ; ce même élément a par la suite poussé la jurisprudence à chercher à muter des notions, et même les déformer, et ce dans un but, celui d'engager la responsabilité du chirurgien dans ce cas également en vue d'assurer une indemnisation à la victime d'un tel aléa. Puis, la Cour de cassation refuse de consacrer une obligation générale de sécurité, préférant avoir recours à des obligations de sécurité « *circonstanciées* », en dépit du fait que la première notion aurait pu apporter une satisfaction de son but d'indemnisation des patients en cas d'aléas thérapeutiques. Ainsi la Cour de cassation a consacré des obligations de sécurité circonstanciées qui ont cependant produit des effets similaires à l'obligation générale de sécurité.

304. Une transposition circonstanciée. La transposition de l'obligation de sécurité dans des circonstances précises s'est caractérisée par une absence de délimitation claire de critères et de règles la régissant. Se situant dans la même sphère « *confuse* » que l'approche effectuée par la jurisprudence, elle n'a alors pas contribué à déclencher une solution stable et précise, puisqu'elle n'est que le résultat de circonstances précises.

Une confusion principale se situe à la base de la position adoptée par la jurisprudence : la transposition de règles générales inadaptées tant au domaine spécifique de la chirurgie esthétique qu'à la nature contractuelle de la responsabilité du plasticien. Cette confusion provient d'un courant général qui a affecté tout le champ de la responsabilité civile en le bouleversant profondément, et la responsabilité en matière de chirurgie esthétique se place également au milieu de ce courant de fluctuation du régime de la responsabilité civile.

⁴⁹⁴ V. *supra* n°238.

§2. Raisons favorisant la position confuse de la jurisprudence

305. Rappel de la démarche suivie. Notre exposé sur la position actuelle de la jurisprudence française concernant la responsabilité du chirurgien esthétique montre très clairement la fluctuation du système français dans le domaine de la responsabilité médicale. En effet, la jurisprudence durant toute sa démarche de transposition, d'invention de nouvelles notions et de déformation des régimes stables dans le droit commun, ne visait qu'un but unique, celui de trouver un fondement pour la responsabilité du plasticien qui pourrait assurer une indemnisation aux patients subissant des dommages à la suite de des interventions chirurgicales esthétiques. Dans ce but, elle a suivi une triple démarche de « *transposition* » : en premier lieu, elle s'est basée sur le régime de la responsabilité civile comme condition d'indemnisation. En second lieu, pour déterminer cette responsabilité, elle a transposé la célèbre dualité obligation de moyens et obligation de résultat, en donnant également une place à l'obligation de sécurité. En troisième lieu, et tout en affirmant que la responsabilité du chirurgien esthétique est une responsabilité contractuelle, elle a procédé dans sa détermination des conditions d'engagement de cette responsabilité à une confusion énorme, en appliquant les notions régissant la responsabilité extracontractuelle sur ce domaine purement contractuel.

Un but d'indemnisation des victimes des dommages résultant d'un cas spécifique qu'est l'intervention chirurgicale esthétique, a produit tout ce bouleversement, voire la confusion des principes communément admis et stables régissant la responsabilité civile, ce qui est fortement critiquable. Etant ainsi donné, pour comprendre davantage les raisons qui ont favorisé une telle démarche très vague et bouleversée de la jurisprudence, une exposition de la situation générale de la jurisprudence dans le domaine de la responsabilité civile permet de clarifier les raisons de la confusion en matière de la responsabilité du chirurgien esthétique.

306. Tendances à l'abstraction. Effectivement, la recherche permanente du système français à « généraliser » et à élaborer des principes abstraits a clairement produit un effet énorme au sein du régime de la responsabilité civile. En reprenant les termes de l'article 1240 qui est la base de la responsabilité extracontractuelle qui statue une « obligation de réparation » et qui dispose que : « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »,

on constate très clairement que le régime originel de cette responsabilité est fondé sur la notion de « *faute* ». C'est ainsi, que la logique commande que les cas spécifiques exigeant un traitement particulier, et qui soit adapté à leur nature, doivent être conçus en tant qu'exceptions au principe général susmentionné. Pourtant, le système français, qui recherche « *constamment à ramener la casuistique naturelle des faits générateurs de responsabilité délictuelle à un principe abstrait* »⁴⁹⁵, a inventé, à côté du régime principal fondé sur la faute, un régime parallèle de responsabilité objective fondé sur le risque. Cette tendance à l'abstraction et à la qualification de systèmes « *à principes* » provient essentiellement du texte « *DOMAT* »⁴⁹⁶. Il s'agit d'un texte à formules générales, mais celui-ci, et malgré cette généralisation, reste très près de la construction romaine⁴⁹⁷.

L'idée de cette élaboration parallèle de responsabilité objective dans un système « *à principes* » a commencé essentiellement avec les accidents de travail qui ont poussé la jurisprudence à introduire au sein de la responsabilité contractuelle « *l'obligation contractuelle de sécurité* » en vue de « *garantir* » les ouvriers victimes d'accidents de travail. Avec cette nouvelle obligation, a commencé la perturbation du régime juridique de la responsabilité contractuelle en introduisant la réparation des dommages corporels au sein de cette dernière. Pourtant, une responsabilité contractuelle implique une obligation contractuelle qui doit être exécutée ; en cas d'inexécution, et si une exécution en nature n'était pas possible, le débiteur exécute son obligation mais sous la forme d'une somme d'argent qui constitue la contrepartie de l'inexécution de l'obligation visée par le contrat.

Une première finalité d'assurer une indemnisation aux victimes des accidents de travail a entraîné un premier bouleversement du régime de la responsabilité contractuelle en y insérant cette « *obligation contractuelle de sécurité* » additionnée à une nouvelle notion, celle de « *garantie* » de l'ouvrier victime dans le contrat qui le lie à son employeur. Avec les accidents d'automobiles, l'objectivisation a pris sa pleine

⁴⁹⁵ REMY Ph., « Critique du système français de responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK*, V, 1997, p. 51.

⁴⁹⁶ REMY Ph., préc., p. 53; ZWEIGERT K., et KOTZ H., *An introduction to comparative law*, trad WEIR Tony, Oxford university press, 2^e ed., 1992, 656.

⁴⁹⁷ *Traité des lois*, éd. J. REMY, Paris 1935, L.II, T. VIII, t.1, p. 470 et s.

ampleur. En effet, ce cas « *particulier* » a déclenché un principe général de la responsabilité du fait des choses énoncé à l'article 1242, alinéa 1^{er} du Code civil.

Une seconde finalité d'indemnisation a causé le grand bouleversement au sein du système de la responsabilité civile en élargissant le champ de la responsabilité objective, et ainsi en faisant de certains cas spéciaux, la base d'une élaboration d'un principe général fondé sur l'idée de « *risque* » parallèlement au fondement principal de la responsabilité extracontractuelle qui est basée essentiellement sur l'idée de la « *faute* ».

Etant ainsi donné, des distinctions concrètes spéciales, s'énoncent toujours sous la forme abstraite de « *théories* » et de « *définitions* » générales ; c'est la démarche « *fluctuante* » presque toujours suivie par la jurisprudence française. Pour cette dernière, « *il faut changer de théorie quand on passe d'un cas à l'autre* »⁴⁹⁸ ; cette généralisation constitue alors le grand inconvénient de la jurisprudence qui rend le système de la responsabilité tellement complexe, incertain et fluctuant.

Cette même généralisation, qui a perturbé toute « *l'architecture* » de la responsabilité extracontractuelle, a également bouleversé la structure fondamentale stable de la responsabilité contractuelle qui se caractérise par une « *construction* » très clairement délimitée. En d'autres termes, la responsabilité contractuelle se rattache essentiellement et exclusivement à une obligation contractuelle qui doit être exécutée par le cocontractant qui s'engage, à travers le contrat, à le faire. Ainsi, et en cas d'inexécution, une exécution en nature sera demandée si possible. A défaut, le créancier aura droit à des dommages-intérêts qui ne constituent qu'une sorte d'exécution de l'obligation contractuelle mais par une contrepartie monétaire ; c'est une exécution qui se résout en dommages-intérêts.

Ces dommages-intérêts ne constituent donc pas une dette de réparation d'un dommage causé à autrui ; cette dernière relève exclusivement du régime de la responsabilité extracontractuelle.

Pourtant, et comme mentionné précédemment, l'insertion de « *l'obligation contractuelle de sécurité* » dans le domaine de la responsabilité contractuelle n'a fait que « *changer* » et « *bouleverser* » toute l'architecture stablement conçue de la responsabilité contractuelle, ainsi que la fonction des dommages-intérêts dus dans le cadre de cette responsabilité. En effet, l'obligation de sécurité donne lieu à une

⁴⁹⁸ REMY Ph., préc., p. 56.

réparation d'un dommage corporel causé à la personne de l'un des contractants ; ceci est alors fortement contradictoire avec la portée même de la responsabilité contractuelle et la nature des dommages-intérêts qui en résultent.

Toutes ces données ont produit un grand désordre au sein du droit de la responsabilité civile, avec des conceptions vagues, beaucoup d'incohérences et d'incertitudes, une multitude de notions et de principes « *généraux* » qui ont entraîné la fluctuation d'une architecture bien fondue, laquelle constitue la base solide qui devrait exclusivement rester le principe régissant la responsabilité civile.

Indemniser les victimes des accidents dans certains cas spéciaux qui nécessitent la recherche d'une solution qui soit adaptée à leur spécificité, ne justifie jamais l'invention de cette multitude de notions vagues et de principes généraux ayant produit ce grand désordre au sein du régime de la responsabilité civile.

307. Questions. Le régime général de la responsabilité extracontractuelle est essentiellement basé sur la notion de faute ; comment alors peut-on concevoir que pour arriver à indemniser des victimes exigeant une protection « *sociale* », on procède à l'invention d'un principe général totalement contraire au principe général régissant la responsabilité extracontractuelle ?

Comment, d'un autre côté, bouleverser un régime stable de la responsabilité contractuelle dont le cadre est bien délimité par la loi, pour créer une sorte « *d'alignement* » des principes régissant la responsabilité extracontractuelle et les insérer dans un domaine extrêmement « *incompatible* » avec les règles et les éléments gouvernant ladite responsabilité ?

Indemniser une victime exigeant une protection sociale, telles les victimes des accidents de travail, d'automobiles ou des aléas thérapeutiques, justifie-t-il la « *déconstruction* » d'un système juridique pour trouver une base au sein de ce système même, qu'est la responsabilité, qui puisse assurer ladite indemnisation ?

Ne serait-il pas préférable de procéder à la recherche d'une solution autre, voire à la création d'un système nouveau qui soit adapté à ces cas de victimes qu'il faut protéger et assurer l'indemnisation en dehors du système de la responsabilité civile ?

Est-il concevable que le traitement des cas de responsabilité « *sans faute* » nécessitant une réparation en dépit des conditions exigées, à savoir le dommage, le fait dommageable, le lien de causalité, ait permis d'inventer une responsabilité générale objective et laissé le droit de la responsabilité envahir le droit des contrats en donnant à la responsabilité contractuelle une fonction de réparation identique à celle de la

responsabilité extracontractuelle ? En effet, face à la majorité de la jurisprudence qui a opté pour l'objectivisation de la responsabilité, un nombre de juristes⁴⁹⁹ a persisté dans son refus d'un tel désordre qui est vain et qui n'a fait que produire la confusion ayant affecté tout le régime de la responsabilité civile.

La responsabilité du chirurgien esthétique, ayant une nature spécifique et nécessitant ainsi une solution adaptée à cette nature, se plaçait au milieu de cette démarche confuse de la jurisprudence. Celle-ci, et en vue d'assurer l'indemnisation des victimes des actes chirurgicaux esthétiques, s'est fondée sur la détermination de la nature de l'obligation du chirurgien esthétique, à savoir est-elle de moyens ou de résultat, en laissant par ailleurs une place pour l'obligation de sécurité, tantôt générale, tantôt « *circonstanciée* ». Elle a alors cherché dans les règles générales de ces notions une base pour pouvoir condamner le plasticien et indemniser les victimes.

La recherche de cette base a abouti à une vraie dénaturation des principes du droit commun transposés au domaine de la chirurgie esthétique ; un véritable « *labyrinthe* » qui est catégoriquement inadéquat avec la spécificité de la chirurgie esthétique et qui a entraîné un bouleversement, voire une vraie dénaturation des notions de droit commun.

Un tel système vaguement présenté et énormément instable a rendu la tâche de la victime également difficile, même avec les « *facilités* » résultant de l'extension « *déformatrice* » du régime de la faute par exemple ou du lien de causalité, et ce en raison de cette ambiguïté accompagnée d'une multitude de notions inadaptées avec la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique, ce qui a conduit à compliquer cette tâche au lieu de la faciliter.

Les règles étendues par la jurisprudence dans le cadre de la responsabilité du chirurgien esthétique, et en raison de leur inadaptation avec la nature spécifique de ce domaine, ont fait de sa position actuelle un véritable champ d'instabilité et de confusion.

308. A la recherche d'une réponse. Répondre à la problématique d'un angle adéquat avec la nature du domaine spécifique que nous sommes en train de traiter et avec la nature contractuelle de la relation qui lie le patient au chirurgien esthétique, sera

⁴⁹⁹ REMY P., « Critique du système français de responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK*, 1997, p. 49-68 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations*, t.1, n°190 et s ; MALAURIE Ph., AYNES L. et et STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit civil, les obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd. 2016, n°26 ; TUNC A., « La responsabilité civile », *Economia* 1990, n°154 et post-face, n°16.

le sujet des propositions personnelles présentées dans la partie suivante qui aboutiront au déclenchement d'un régime de responsabilité adapté à la spécificité de la chirurgie esthétique, et respectif des règles générales de la responsabilité civile.

SECTION II

PROPOSITIONS

309. La position de la jurisprudence, qui n'est que la traduction d'une longue « *déformation* » du particularisme du régime de la responsabilité contractuelle, exige de notre part une étude des éléments essentiels qui caractérisent cette dernière responsabilité et qui la distingue de la responsabilité délictuelle (§1). Par la suite, notre proposition relative au régime spécifique et adapté de responsabilité qui reflète la spécificité de l'intervention chirurgicale tout en respectant la structure fondamentale de la responsabilité civile sera exposée en détail (§2).

§1. Particularisme de la responsabilité contractuelle

310. *Différence de régime.* La généralité du régime de la responsabilité des délits et des quasi-délits, additionnée à une adoption d'une responsabilité générale du fait des choses et une multitude d'évolutions récentes, ont constitué des facteurs favorisant la mesure de la responsabilité contractuelle d'une façon identique à la responsabilité délictuelle. La majorité de la jurisprudence et de la doctrine a ainsi non seulement procédé à un changement de la fonction essentielle de la réparation dans le cadre de responsabilité contractuelle, mais également à traiter l'inexécution du contrat comme un vrai cas de responsabilité.

Pourtant, une différence primordiale de régime distingue ces deux responsabilités. En effet, si la responsabilité délictuelle vise la réparation d'un dommage commis à autrui à la suite d'un délit ou à un quasi-délict, une conception totalement différente régit la responsabilité contractuelle. Celle-ci se trouve aujourd'hui régie par les nouveaux articles 1231 à 1231-7 du Code civil. Outre cette construction très claire de la part du législateur qui montre l'indépendance, voire le particularisme, du régime de la

responsabilité contractuelle, les éléments de cette dernière lui donnent à leur tour son cadre spécial et totalement différent de celui de la responsabilité extracontractuelle⁵⁰⁰.

Etant ainsi donné, le droit du créancier à des dommages-intérêts résultent uniquement dans ce cas soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, d'une obligation contractuelle. Les dommages-intérêts ne visent donc pas une réparation d'un dommage causé à la *personne* du contractant.

La responsabilité contractuelle est donc un mode d'exécution forcée par équivalent de l'obligation contractuelle qui est visée au contrat liant les contractants. Ainsi, cette obligation se résout en dommages et intérêts dans le cas où le débiteur ne procède pas à son exécution.

Ainsi, on ne peut concevoir, comme le fait actuellement la jurisprudence et surtout après l'inclusion d'une obligation de sécurité dans le contrat, comment un débiteur qui n'a pas exécuté son obligation contractuelle peut être tenu de réparer un dommage causé au créancier. Puisque le concept du dommage et celui de la réparation en responsabilité contractuelle proviennent du fait que le débiteur doit des dommages-intérêts, non parce qu'il a causé injustement un dommage à son cocontractant, mais tout simplement parce qu'il n'exécute pas le contrat. Le droit aux dommages-intérêts provient alors uniquement de la force obligatoire du contrat⁵⁰¹. La « *nature* » de la réparation se distingue de façon catégorique entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Cette dernière constitue « *une dette de réparation* » puisque l'obligation de réparer le dommage causé à autrui résulte d'un délit ou d'un quasi-délit qui constitue des engagements « *formés sans convention* ». Ceci nous pousse à nous demander avec M. REMY : « *Comment confondrait-on l'exécution d'une prestation précise promise à un contractant déterminé avec la réparation d'un dommage quelconque causé à n'importe quel tiers ?* »⁵⁰². Cet auteur fut d'ailleurs le premier en France à soulever le problème de la confusion entre les deux responsabilités en droit commun. Selon lui, « *L'invention d'une « responsabilité contractuelle » taillée sur le modèle de la responsabilité délictuelle est récente : le code envisage en effet les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat comme un mode de paiement forcé de l'obligation*

⁵⁰⁰ Art. 1240 et s. du Code civil (renumérotation des anciens articles 1382 et s. du Code civil).

⁵⁰¹ Art. 1103 du Code civil.

⁵⁰² REMY Ph., REMY P., « Critique du système français de responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK*, 1997, p. 59.

(l'effet de l'engagement contracté), non comme la réparation d'un dommage injustement causé (la sanction d'un délit). Le glissement d'un concept à l'autre ne s'opère qu'à la fin du XIXe siècle. (Larombière, II, 1857). Ses conséquences sont considérables : d'un côté, les schémas de la responsabilité délictuelle ont envahi et déformé le régime du contrat ; de l'autre, l'utilisation de la « responsabilité contractuelle » pour réparer des dommages extracontractuels (comme les dommages causés à la personne d'un cocontractant) perturbe et complique notre système de responsabilité civile. Une doctrine importante propose d'unifier les responsabilités contractuelle et délictuelle, ou de multiplier les cas de « responsabilités légales » qui « transcenderaient » la distinction des deux ordres de responsabilité, ou d'abolir le principe de non-cumul. Toutes ces propositions, qui achèveraient d'effacer la distinction du contrat et du délit civil, me semblent contestables. Plutôt que cette fuite en avant, je suggère simplement de revenir au concept originel d'une « responsabilité contractuelle » ayant une pure fonction d'exécution forcée du contrat. Cette brève histoire d'un faux concept a pour ambition, sans doute excessive, de contribuer à ce retour (à ce retournement) »⁵⁰³.

311. Fait générateur. En premier lieu, la conception de la faute ne concerne sur le plan de la responsabilité contractuelle que le fait d'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat. Pourtant, la confusion produite par une partie de la doctrine sur ce point vient du fait qu'elle exige, comme le concept de la faute appliqué dans le domaine délictuel, la nécessité de prouver une faute dans l'inexécution du contrat. Dans ce cadre, cette partie de la doctrine a introduit la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat, en exigeant dans certains cas la preuve d'une faute, alors que dans d'autres cas elle s'engage sans preuve de faute dans l'inexécution.

En second lieu, le fait générateur trouve son fondement uniquement dans le contenu même du contrat ; c'est en fait « l'étendue » de l'obligation telle qu'elle est précisée au sein du contrat qui détermine ce dernier. Et il ne s'agit jamais de savoir si « l'obligation de réparer » suppose ou non une faute de la part du débiteur.

312. Capacité : Pour contracter, il faut être capable. Rien de tel pour la responsabilité extracontractuelle où même l'aliéné doit réparer le dommage. C'est par la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapacités qu'a été posé le principe de la responsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux à l'article 489-

⁵⁰³ Ph. Remy, «La “responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept», *RTD civ.* 1997, p.323.

2 du code civil. Selon ce texte, (devenu l'art. 414-3 dans la numérotation issue L. no 2007-308 du 5 mars 2007), « *Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* ».

313. La durée de la prescription. La prescription de l'action en responsabilité n'est pas la même dans les deux ordres de responsabilités. Pour la responsabilité délictuelle, on a recours au délai de droit commun (depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, l'ancien article 2262 du Code civil est abrogé et le délai de prescription est désormais fixé par l'article 2224, selon lequel : « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* »). Pour la responsabilité contractuelle, cela dépend du contrat inexécuté.

314. Les intérêts moratoires. Les intérêts moratoires, dus du seul fait d'un retard dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent⁵⁰⁴, ne courent dans la responsabilité délictuelle que du jour du jugement ; lorsqu'il s'agit d'une obligation contractuelle de sommes d'argent, ils courent du jour où la loi ou la convention les fait courir : mise en demeure⁵⁰⁵ ou date antérieure.

315. L'indemnité due. Une distinction supplémentaire entre les deux responsabilités concerne l'évaluation des dommages-intérêts. S'agissant, tout d'abord, de la responsabilité contractuelle, l'article 1231-3 du Code civil précise que le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat. C'est une règle logique qui découle de la nature des dommages-intérêts qui ne sont qu'un mode d'exécution forcée par équivalent, celle-ci ne pouvant pas dépasser ce qui a été promis. S'agissant, ensuite, de la responsabilité extracontractuelle, celle-ci prévoit une réparation intégrale du dommage causé à autrui. Pourtant, les partisans au sein de la jurisprudence du principe d'un système de dérives de responsabilité contractuelle considèrent que cette règle est une dérogation au principe de la réparation intégrale.

⁵⁰⁴ On les oppose aux dommages-intérêts compensatoires qui ont pour objet de compenser un préjudice et aux dommages-intérêts punitifs qui infligent une peine indépendante de tout préjudice et de tout retard dans l'exécution.

⁵⁰⁵ Art. 1231-6, al. 1^{er} du Code civil.

La position en faveur d'un système de cumul aboutit ainsi à une contamination des règles et du régime de la responsabilité extracontractuelle de tout le système du contrat, surtout en donnant à la responsabilité contractuelle, ayant essentiellement un champ particulier et délimité clairement, une fonction de réparation. Une telle règle s'est renforcée avec l'adoption dans certains contrats d'une obligation de sécurité vis-à-vis de la personne du contractant, ce qui a réellement bouleversé le principe de non cumul des responsabilités, et supprimé par la suite le particularisme de la responsabilité contractuelle qui constitue un système indépendant de celui de la responsabilité délictuelle.

316. Bilan. Pour conclure, on peut donc affirmer que la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle constituent deux conceptions extrêmement distinctes ayant deux régimes totalement différents. Ceci exige alors par la suite la nécessité de mettre effectivement les lignes limitatives qui encadrent la relation contractuelle et les dommages qui en résultent et la conditionner par le seul fait d'inexécution des obligations prévues dans le contrat. Tout autre genre de dommage subi par la personne ne dérive pas de la responsabilité contractuelle ; il faut ainsi chercher sa réparation en se fondant sur le régime de la responsabilité extracontractuelle.

Le régime de la responsabilité contractuelle trouve donc une application dans le cadre de la relation contractuelle qui lie le chirurgien esthétique au patient ; pourtant son cadre est strictement lié à la portée de l'obligation contractuelle. Etant ainsi donné, un régime spécifique de responsabilité doit être appliqué, à notre avis, qui déterminerait la responsabilité du chirurgien esthétique d'une façon adaptée et respectueuse des règles de droit commun.

§2. Régime spécifique de la responsabilité du chirurgien esthétique

317. Trois hypothèses envisagées. Le point de vue que nous allons proposer et développer constitue une délimitation particulière de la totalité des éléments qui caractérisent l'intervention chirurgicale esthétique, suivie d'une solution adaptée à chacun d'eux, pour finalement aboutir à déterminer le régime de la responsabilité du chirurgien esthétique. Notre approche est essentiellement constituée d'une triple

hypothèse englobant tous les aspects spécifiques de la chirurgie esthétique qui affectent directement le régime de la responsabilité du chirurgien esthétique. Cette approche conduit par-là à la suite d'apporter une solution adaptée à chacune de ces hypothèses.

La première hypothèse révélant la spécificité initiale de la chirurgie esthétique, et de la responsabilité qui en découle, est liée à la relation qui lie le chirurgien esthétique à son patient qui est évidemment de nature contractuelle. Ce contrat est adapté à la nature spécifique de la chirurgie esthétique, et donc se distingue du contrat médical général. Ainsi, il convient, tout d'abord, de déterminer la nature et la portée de ce contrat, pour passer ensuite de la délimitation du régime de la responsabilité qui en découle (A). Par ailleurs, les effets de l'intervention chirurgicale esthétique ne sont pas limités à la seule relation contractuelle, puisque l'opération pourrait produire des dommages corporels provenant essentiellement d'une faute délictuelle se plaçant en dehors du champ contractuel ; ainsi, la notion de faute extracontractuelle est maintenue dans le domaine de la chirurgie esthétique. Il convient donc, en deuxième lieu, de déterminer le régime de la responsabilité du chirurgien esthétique liée à une faute extracontractuelle (B). Enfin, la troisième hypothèse exige de trouver une solution aux dommages qui ne sont liés ni au champ de la relation contractuelle, ni à une faute extracontractuelle du plasticien. Pour cela il convient en troisième lieu de déterminer ces dommages, et de proposer une solution adaptée qui assure l'indemnisation des victimes (C).

A. Portée de la responsabilité contractuelle en chirurgie esthétique

318. *Nature du contrat de chirurgie esthétique.* Déterminer la nature du contrat en chirurgie esthétique est une étape fondamentale sur laquelle se fonde toute la portée de la responsabilité contractuelle en la matière. Ce caractère fondamental provient de la nature spécifique de l'intervention chirurgicale esthétique qui est dépourvue de toute nature curative, de toute urgence vitale et revêt un caractère facultatif. Ainsi cette nature spécifique donne également au contrat régissant la relation entre le plasticien et le patient une nature spécifique qui le distingue catégoriquement du contrat médical général. En effet, ce dernier, qui provient d'un champ purement thérapeutique, ne vise que les actes de soins que le praticien est tenu de délivrer ; c'est donc un contrat de soins. En revanche, le contrat en chirurgie esthétique se place sur un plan totalement différent. Le chirurgien esthétique ne s'engage pas au travers de ce contrat à délivrer des actes de soins pour remédier un état malade du patient, au contraire il se trouve face à

une personne jouissant d'une bonne santé qui ne réclame que la réalisation d'une amélioration physique. Ainsi, contrairement au contrat médical, l'objet principal du contrat dans le domaine de la chirurgie esthétique est relatif à une amélioration morphologique. Le patient ne réclame pas un rétablissement de sa santé, mais un désir de satisfaction psychologique via un changement esthétique demandé.

Une différence catégorique existe donc entre la nature du contrat médical, qui est un contrat de soins, et la nature spécifique du contrat esthétique qui est à unique visée d'amélioration morphologique. Constituant le point de départ fondamental de la détermination de la portée de la responsabilité contractuelle du chirurgien esthétique, approfondir l'idée du contrat en chirurgie esthétique en révélant sa nature spécifique déclenche également une exigence d'approfondissement du contenu de l'obligation visée par ce contrat.

319. Contenu de l'obligation contractuelle en chirurgie esthétique. La responsabilité contractuelle est essentiellement liée à une inexécution, ou à une mauvaise exécution, d'une obligation contenue dans le contrat⁵⁰⁶. Ainsi, une détermination du contenu de l'obligation contractuelle du chirurgien esthétique est d'une grande importance. En effet, la spécificité du contrat en cette matière donne également à l'obligation qui y est contenue une spécificité similaire.

Pour révéler cette spécificité, on précise que le chirurgien esthétique, lorsqu'il décide de faire une intervention chirurgicale esthétique, s'engage effectivement à atteindre le résultat attendu par le patient qui n'a réclamé l'intervention que pour subir le changement esthétique espéré. Etant ainsi donné, et sans rentrer dans un dilemme de détermination de la nature de l'obligation du chirurgien esthétique, si elle est de moyens ou de résultat, on considère, suivant notre proposition, que l'obligation du chirurgien esthétique liée à l'obligation contractuelle est évidemment, et sans aucun doute, une obligation de résultat puisque le praticien doit garantir le résultat de l'intervention qu'il a décidée de faire.

La garantie de résultat est alors l'objet principal de l'obligation contractuelle du chirurgien esthétique. Cet objet provient essentiellement non seulement de la nature spécifique de l'acte dépourvu de tout caractère d'urgence ou de nécessité vitale, mais également d'une série d'exigences traduisant la nature spécifique de l'intervention

⁵⁰⁶ V. *supra* n°310.

chirurgicale esthétique et imposées au plasticien préalablement à sa décision finale d'intervenir. Cette série d'exigences assure, d'une part, la protection du patient qui ne souffre d'aucune maladie et, d'autre part, laisse entendre que le plasticien, dès lors qu'il a décidé de réaliser l'intervention, a suivi toute la démarche préalable qui rend l'acte susceptible d'atteindre la finalité qui la justifie, atteindre le résultat attendu par le patient ; à défaut, le plasticien aurait dû s'abstenir et refuser d'effectuer l'intervention. Ainsi, lorsqu'une personne jouissant d'une bonne santé exprime sa volonté de subir un changement physique, ce désir n'est réclamé que dans une finalité unique, celle de réaliser ses attentes esthétiques, le résultat visé.

L'acte chirurgical esthétique est donc loin de toute nature thérapeutique, ce qui le qualifie de facultatif et en même temps justifie l'exigence d'une démarche longue imposée au chirurgien esthétique avant de procéder à l'intervention⁵⁰⁷. Ces exigences montrent de façon très claire la sévérité imposée au plasticien. Elles permettent d'affirmer que le plasticien ne doit réaliser l'intervention que lorsque cette dernière est susceptible d'aboutir au résultat attendu par le patient. Cette analyse conduit par conséquent à attester que la portée de l'obligation contractuelle du chirurgien esthétique est liée à la notion de *garantie d'un résultat* bien précis.

En effet, après avoir franchi toutes les étapes préalables, la décision d'intervenir prise par le chirurgien esthétique implique que ce dernier a déjà considéré toutes les mesures qui favorisent la réalisation de la finalité de cette intervention ; ainsi il doit garantir la réalisation de l'amélioration physique déterminée et demandée par le patient. Dans plusieurs cas, le chirurgien esthétique promet au patient un résultat précis en lui montrant la forme future de la partie à traiter, et ce au travers de photographies par exemple. Ce résultat promis entre également dans le champ de la notion de résultat qui fait l'objet de l'obligation contractuelle du chirurgien esthétique.

Le contenu de l'obligation contractuelle du chirurgien esthétique étant ainsi déterminé, il convient d'exposer, et par application des règles générales, le régime de la responsabilité contractuelle en chirurgie esthétique.

320. Régime de la responsabilité contractuelle du chirurgien esthétique. Par application des conditions générales régissant la responsabilité contractuelle, cette dernière est essentiellement liée à l'inexécution de l'obligation contenue dans le contrat.

⁵⁰⁷ V. *supra* n°119 et s.

Le contractant est en premier lieu tenu d'exécuter ses engagements contractuels ; en cas d'inexécution, ou de mauvaise exécution, le contractant est tenu soit d'une exécution en nature si c'est possible, soit d'une exécution forcée par équivalent, c'est-à-dire à verser une somme monétaire qui sera la contrepartie de l'inexécution. Ces dommages-intérêts ne sont alors pas liés à un dommage quelconque, ils ne sont que l'équivalent de l'inexécution des obligations contractuelles. Etant ainsi donné, ces règles générales sont applicables en cas d'un manquement de succès reflétant l'inexécution de l'objet de l'obligation contractuelle du chirurgien esthétique survenant à la suite de l'intervention. En d'autres termes, le plasticien s'engage, par le contrat qui le lie avec son patient, à garantir la réalisation du résultat esthétique qui n'est autre que l'amélioration physique réclamée par le patient. Si, en revanche, le résultat de l'opération n'est pas à la hauteur des attentes du patient, en ce sens que l'intervention n'a pas réalisé l'amélioration d'image qui constitue l'objet de l'obligation du plasticien qui garantit l'aboutissement au résultat esthétique, alors le seul fait de l'échec de l'opération constitue en soi une inexécution de l'obligation contractuelle liée au résultat garanti par le chirurgien esthétique. Ceci a pour effet d'engager sa responsabilité contractuelle en lui imposant une exécution par équivalent, c'est-à-dire par le paiement de dommages-intérêts. Ces derniers ne sont donc pas versés pour réparer un dommage quelconque, mais, puisque étant dans le cadre d'une responsabilité contractuelle, ces montants sont strictement liés à l'inexécution de l'obligation contractuelle et sont une sorte d'exécution par équivalence d'une somme monétaire. Dans ce cas, il serait donc inutile de chercher la nature de l'obligation du chirurgien esthétique, à savoir une obligation de moyens ou de résultat, puisque la garantie de l'amélioration esthétique attendue constitue évidemment une obligation de résultat. En effet, dès lors que le plasticien n'exécute pas l'objet de l'obligation contractuelle dont il est débiteur, un manquement au résultat garanti par le contrat est suffisant pour engager sa responsabilité contractuelle.

La responsabilité contractuelle du chirurgien esthétique provient alors de la spécificité de la nature de l'intervention ainsi que de l'objet de l'obligation contractuelle dont il est tenu, à savoir la garantie du succès de l'intervention. Cette responsabilité est alors strictement liée au seul cas d'inexécution de ladite obligation, à savoir le manquement au résultat garanti qui n'est autre que la réalisation de l'amélioration morphologique attendue. Par ailleurs, l'intervention chirurgicale esthétique peut entraîner des dommages corporels sur le patient. Ces dommages ne sont pas visés par l'obligation contractuelle du fait que le contrat en chirurgie esthétique n'est pas un

contrat de soins ; ils se placent alors en dehors du champ de la responsabilité contractuelle pour être régis par les règles de la faute extracontractuelle. Ainsi, une place est maintenue pour cette dernière notion en chirurgie esthétique, qui traduit également la spécificité de cette dernière nécessitant alors une responsabilité spécifique et adaptée. Il convient donc de préciser le champ du maintien de la faute extracontractuelle en chirurgie esthétique.

B. Maintien de la faute extracontractuelle en chirurgie esthétique

321. *Solution sans transposition.* La spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique se traduit par ailleurs par une spécificité de son régime de responsabilité. Notre proposition donne une solution adaptée à la spécificité de la chirurgie esthétique sans pour autant transférer des notions et des règles qui produisent une confusion ou un bouleversement au sein du régime général de la responsabilité civile. Ainsi, la notion de faute extracontractuelle trouve une application dans le champ de la responsabilité du chirurgien esthétique puisque la responsabilité contractuelle de ce dernier est strictement liée à l'inexécution de l'obligation contractuelle (2°) ; c'est ainsi que le respect de la structure fondamentale de la responsabilité civile exige un retour à la notion de faute extracontractuelle (1°).

1° Cadre de la faute extracontractuelle en chirurgie esthétique

322. *Deux régimes de responsabilités.* A l'occasion de l'exécution du contrat liant le chirurgien esthétique au patient, ce dernier peut subir un dommage corporel résultant de la mise en œuvre dudit contrat. Ce dommage ne rentre pas dans le champ de l'obligation, objet du contrat de chirurgie esthétique. Et puisque le dommage contractuel doit être lié à une inexécution d'une obligation contractuelle, les dommages corporels survenus à l'occasion de l'exécution du contrat de chirurgie esthétique révèlent, à leur tour, la spécificité de la responsabilité appliquée en la matière. Ainsi ces dommages, à notre avis, doivent être régis par la notion de faute extracontractuelle et être totalement en dehors du champ de la responsabilité contractuelle. Etant ainsi donné, le règlement spécifique du cas de la responsabilité du chirurgien esthétique n'empêche pas de réunir dans un même domaine les deux régimes de responsabilité, chacune d'elles trouvant son

application dans un aspect adapté à ses règles, sans aucun cumul de leurs principes, ni sans aucune confusion de leurs notions. Cette démarche assure d'une part le respect des règles générales régissant chacun de ces deux systèmes de responsabilité civile, et maintient d'autre part une adaptation de ces règles à la spécificité de la chirurgie esthétique. A cet effet, le cadre de la notion de la faute extracontractuelle est alors délimité par la survenance de dommages corporels à l'occasion de l'exécution du contrat de chirurgie esthétique.

323. *Projet de réforme de la responsabilité civile.* Le projet de réforme de la responsabilité civile⁵⁰⁸, présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017 et ayant pour objectif de codifier et de moderniser le droit de la responsabilité civile, comporte des innovations en la matière. Ainsi selon l'article 1233-1 du projet, « *Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat. Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle* ». En d'autres termes, le patient qui subit, pendant l'exécution du contrat le liant au chirurgien esthétique, un dommage corporel causé par ce dernier, doit, en principe, exercer une action en responsabilité extracontractuelle. Toutefois, il peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui seraient plus favorables.

324. *Caractérisation de la faute extracontractuelle.* Par application de la notion de disproportion précédemment examinée⁵⁰⁹ et qui détermine la légitimité ou bien l'illégitimité de l'intervention, le chirurgien esthétique est tenu de dresser un bilan des éléments qui favorisent les probabilités de la réalisation des avantages par rapport aux risques de survenance de dommages. À la suite de l'appréciation de ce bilan sur fondement de la règle de disproportion, le chirurgien esthétique intervient si celle-ci est réputée légitime ; il sera obligé de s'abstenir si celle-ci est illégitime, dans le sens qu'elle est susceptible de produire des dommages injustifiés au patient. Si l'intervention a été réalisée et qu'elle a cependant causé des dommages corporels au patient, ce dernier ne peut poursuivre le chirurgien esthétique en vue de le déclarer responsable et l'obliger

⁵⁰⁸ http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

⁵⁰⁹ V. *supra* n°186 et s.

par-là à la suite de lui verser une indemnisation pour réparation des préjudices subis, que sur le fondement de la notion de la faute extracontractuelle.

Ainsi, en respectant la structure fondamentale du système de la responsabilité civile, et en adoptant en même temps une solution adéquate et adaptée à la nature des dommages corporels tout en ne causant aucune déformation des règles générales, un maintien de la notion de la faute extracontractuelle est alors à retenir, à notre avis, en matière de chirurgie esthétique pour les dommages survenant lors de l'exécution du contrat. Cette analyse permet d'écarter toute exigence quant à rechercher la nature de l'obligation en cas de survenance de dommages, si elle est d'obligation ou de moyens, puisque ces préjudices sont régis par les règles de la responsabilité extracontractuelle et ne résultent donc pas de l'exécution d'un contrat de soins ; c'est donc la spécificité qui distingue essentiellement la responsabilité en chirurgie esthétique de tous les autres domaines médicaux. Pourtant, le maintien de la faute extracontractuelle peut être limité, à notre avis, à six hypothèses qui constituent la portée de cette notion en la matière

2° Portée de la notion de faute extracontractuelle en chirurgie esthétique

325. *Six hypothèses.* La notion de faute extracontractuelle est conservée dans le cadre de la responsabilité du chirurgien esthétique, mais notons cependant que ce maintien est limité aux dommages corporels survenant essentiellement lors de six hypothèses, lesquelles sont évidemment liées à une faute commise par le plasticien. On applique alors les conditions requises pour la responsabilité extracontractuelle, à savoir : le dommage, la faute et le lien de causalité que le patient doit prouver pour pouvoir engager la responsabilité du plasticien.

Ainsi, la première hypothèse concerne la faute du chirurgien esthétique liée à la sécurité ; la deuxième se rapporte à la dangerosité de l'opération ; la troisième est relative à une faute technique ; la quatrième concerne la faute liée à la compétence ; la cinquième provient du but expérimental de l'intervention ; et enfin, la sixième, et dernière hypothèse, est liée à un changement injustifié du sexe, comme c'est le cas du remodelage du corps humain.

326. *Faute liée au manquement à la sécurité du patient.* La responsabilité du chirurgien esthétique est engagée à chaque fois que celui-ci commet une faute liée à la sécurité du patient. En effet, procéder à un acte chirurgical, qu'il soit esthétique ou non, exige du chirurgien, du fait qu'il intervient sur un corps humain, de prendre toutes les

précautions nécessaires pour assurer la sécurité du patient. Ainsi, la sécurité du patient qui subit un acte chirurgical à seule visée esthétique constitue l'une des obligations contractuelles primordiales du plasticien, et tout manquement à cette obligation constitue une faute susceptible de le rendre responsable. L'engagement de la responsabilité du chirurgien esthétique en raison de la faute liée à la sécurité du patient est d'une éventualité certaine.

La jurisprudence française qui est tombée dans une contradiction entre la position de la Cour de cassation et celle des juges de fonds en ce qui concerne l'obligation de sécurité transposée, a en fait lié cette dernière aux victimes des aléas thérapeutiques comme en témoignent les décisions citées dans une partie antérieure consacrée à l'obligation de sécurité. Toutefois, la notion de sécurité qui peut rendre ici le comportement du chirurgien esthétique fautif est d'une portée différente et beaucoup plus large. En effet, procéder à une intervention chirurgicale dans un endroit inapproprié, ou bien en utilisant des outils non stériles, sont de nature à constituer une vraie menace, voire même une violation, de la sécurité devant être assurée au patient subissant une opération chirurgicale.

327. Faute liée à la dangerosité de l'opération. Le chirurgien esthétique est tenu de ne pas exposer une personne jouissant d'une bonne santé, et qui subit un changement physique dans le seul but d'une satisfaction, voire d'un confort ou d'un réconfort psychologique, à des dangers injustifiés. Aucune nécessité thérapeutique ou urgence vitale ne se présente pour justifier cette démarche. A cet effet, le plasticien est, d'une part, tenu de choisir les méthodes et les moyens les plus adaptés à l'état du patient, et qui ne véhiculent aucune menace pour sa vie ou pour sa santé et, d'autre part, il est appelé à ne pas faire une opération qui serait de nature dangereuse et qui pourrait par la suite exposer le patient à un danger inévitable et injustifié. En effet, s'il est permis au chirurgien général de réaliser une opération qui comporte un danger, c'est que cette démarche est justifiée par un état d'urgence vitale commandée par la finalité de ladite chirurgie qui n'est autre que la guérison de l'état maladif du patient. En revanche, aucune nécessité thérapeutique ne peut justifier le recours à une opération dangereuse face à une personne saine qui ne veut que parvenir à une satisfaction psychologique en subissant une amélioration de morphologie. Ainsi, sera considéré fautif le comportement du chirurgien esthétique réalisant une opération chirurgicale esthétique nonobstant de la dangerosité qui la qualifie, constituant une véritable menace pour la santé et la vie du patient.

328. Faute liée au manquement à la bonne technique. La faute du chirurgien esthétique provient dans ce cas de figure de l'utilisation du matériel, des appareils, des produits inappropriés au cours de l'intervention chirurgicale esthétique. En effet, et à l'instar de tout praticien, le chirurgien esthétique doit s'assurer que le matériel et les produits utilisés, ou même fournis au patient, ne présentent pas un caractère défectueux pouvant alors causer un dommage à ce dernier. Sur un plan similaire, le plasticien doit veiller à utiliser des appareils adaptés à l'état du patient. Ainsi le choix d'un appareil ou d'un produit qui présente une incompatibilité avec l'état du patient, ou bien qui paraît inconvenable ou inadapté avec son cas, relève d'un comportement fautif susceptible de produire un dommage affectant le patient. Tout dommage alors subi par le patient et provenant du choix de la fourniture, de la défectuosité ou même de l'inadaptabilité des produits, des matériels et des appareils, est lié à un manquement à la bonne technique devant être utilisée. Ce manquement est considéré comme étant un comportement fautif susceptible d'engager la responsabilité du chirurgien esthétique et de l'obliger à réparer le dommage causé et d'indemniser la victime par la suite.

329. Faute liée au manquement à la compétence du chirurgien esthétique. La compétence du chirurgien esthétique joue un rôle primordial dans le choix de celui-ci par le patient. Une compétence « répandue » est de nature à pousser les chirurgiens esthétiques à réclamer des coûts élevés, notamment dans ce domaine qui n'est pas couvert par la Sécurité sociale. Cependant, cette liberté de détermination des coûts s'est trouvée limitée à la suite de l'exigence d'un devis obligatoire remis au patient par écrit préalablement à l'opération et qui comporte les détails financiers de l'opération, à la suite du décret du 17 février 1996 et de la loi du 4 mars 2002, précédemment examinés. Par ailleurs, la compétence n'affecte pas seulement le coût de l'intervention, mais principalement le côté scientifique de l'intervention qui peut engendrer des dommages énormes affectant l'apparence de la personne et les actes de soins exigés dès lors qu'un acte chirurgical est réalisé. La compétence est alors liée aux règles de l'art de la profession médicale, mais aussi de celle chirurgicale esthétique. Ainsi, le chirurgien esthétique doit procéder à l'intervention en toute conformité avec les règles de l'art et avec les données acquises par la science⁵¹⁰, et doit par la suite donner des soins consciencieux, attentifs et respectifs des règles de la science médicale. En effet, ces

⁵¹⁰ HARICHAUX M., *L'obligation du médecin de respecter les données de la science*, préc. *supra* n°276.

données sont requises de tout praticien. Mais la différence fondamentale est qu'en chirurgie esthétique la défaillance à ces règles n'est pas régie par un contrat de soins puisque l'objet du contrat esthétique est totalement différent et ne concerne que l'amélioration de la morphologie. En revanche, en médecine non esthétique, les actes de soins font partie de l'obligation contractuelle du praticien qui est lié au patient par un contrat de soins. C'est donc la nature et l'objet de l'obligation contractuelle en chirurgie esthétique qui ont alors exigé de régir les règles relatives aux actes de soins sur la base de la responsabilité extracontractuelle. La faute liée à la compétence du chirurgien esthétique résultant des actes de soins et de la non-conformité aux règles de l'art peut donc être à la base de retenir de la responsabilité du chirurgien esthétique sur le fondement d'une faute extracontractuelle.

330. Faute liée au but expérimental de l'intervention. L'intervention chirurgicale esthétique, qui est une intervention facultative ne revêtant jamais le caractère de nécessité vitale, est justifiée par sa finalité à savoir réaliser une amélioration physique pouvant assurer une satisfaction psychologique. Ainsi, la justification de l'intervention autorisant le plasticien à l'exécuter est strictement liée à son utilité. Cette dernière ne se présente qu'au cas où l'intervention est susceptible de réaliser la finalité du patient qui se résume soit par une amélioration physique, ou bien psychique, soit par une amélioration d'ordre social ou professionnel.

Toute finalité, autre que les quatre aspects d'amélioration ci-dessus mentionnés, constitue un comportement fautif pouvant retenir la responsabilité du plasticien. Ainsi, procéder à une intervention chirurgicale esthétique sur une personne saine dans le seul but d'une expérimentation scientifique en essayant par exemple une nouvelle technique, un nouveau procédé, ou même un nouveau produit, relève d'un comportement fautif. En effet, si en matière de chirurgie générale, le recours à un nouveau produit, ou à un nouveau procédé, qui est plus adapté avec l'état du patient et qui peut par la suite lui apporter la guérison, est parfois justifié, la situation en matière de chirurgie esthétique est totalement différente.

La nature de l'intervention chirurgicale esthétique qui est à visée loin de tout but curatif et qui n'est justifiée que par la finalité d'amélioration d'image, exige effectivement plus de sévérité quant à l'expérimentation scientifique ; l'état du patient n'est pas d'une urgence qui peut justifier de l'exposer à des risques pouvant résulter de l'utilisation d'un nouveau procédé, d'une nouvelle méthode ou d'un nouveau produit. Il apparaît donc évident que suivre cette démarche dans un seul but d'expérience

scientifique constitue un détournement clair de l'intervention chirurgicale esthétique de sa finalité essentielle. Pour cette raison, ce comportement constitue une faute de la part du plasticien qui peut entraîner l'engagement de sa responsabilité si le patient subit un dommage en raison de l'intervention réalisée dans une fin expérimentale.

331. *Faute liée au changement injustifié du sexe.* Pour finir dans cette énumération des six hypothèses relevant d'une faute extracontractuelle, le chirurgien esthétique engage également sa responsabilité en procédant injustement à un remodelage de la morphologie du corps ; ce comportement peut entraîner un détournement de l'intervention chirurgicale esthétique de la finalité qui l'a justifiée, et par la suite retenir la responsabilité du plasticien.

La spécificité du régime de la responsabilité du chirurgien esthétique a commandé cette solution qui est adaptée à la nature de la chirurgie esthétique d'une part, et à celle des règles générales de la responsabilité civile d'autre part.

La spécificité de ce domaine chirurgical exige par ailleurs une protection des victimes subissant deux sortes de dommages : le premier type de dommage est l'aléa thérapeutique et le second concerne les risques de dommages exceptionnels. Il s'agit ici en fait de cas spéciaux exigeant une indemnisation automatique ; ils sortent ainsi du champ de la responsabilité civile.

C. Indemnisation automatique liée à des cas de rattachement

332. *Aléas thérapeutiques et dommages exceptionnels.* Outre la responsabilité contractuelle qui se déclenche à la suite de l'inexécution de l'obligation contractuelle liée à la garantie du résultat attendu et outre la faute extracontractuelle liée à la survenance des dommages corporels lors de l'exécution du contrat, la chirurgie esthétique comporte deux autres hypothèses dont la spécificité exige un apport distinct. Il s'agit des victimes des aléas thérapeutiques et des dommages exceptionnels. Pour revenir à la position de la jurisprudence, celle-ci a procédé à tout ce bouleversement de notions et de principes, ainsi qu'à cette multitude de notions transférées et dénaturées, en vue de trouver une base qui assure l'indemnisation des victimes des aléas thérapeutiques.

Essentiellement conçus comme la cause qui a exigé de qualifier l'obligation du médecin, en général, d'obligation de moyens, les aléas thérapeutiques ont été traités d'une façon totalement différente dans le domaine chirurgical. Ainsi, le souci

d'indemniser les victimes de ce type de dommage qui n'est lié à aucune faute du chirurgien et qui ne résulte que de réactions inattendues et soudaines du corps du patient, a poussé la jurisprudence tantôt à assouplir la notion de faute, tantôt à « *essayer* » une obligation de résultat, tantôt à insérer une obligation générale de sécurité, tantôt à concevoir une obligation « *accessoire de sécurité* » ; tout ceci a conduit à un bouleversement et à une confusion très vaste au sein de la jurisprudence.

Nous estimons donc que les dommages résultant des aléas thérapeutiques, mais aussi des risques exceptionnels, doivent être traités suivant un procédé spécifique qui soit adapté à leur exigence, tout en assurant une indemnisation du patient victime, sans nuire pour autant au chirurgien esthétique qui ne pouvait pas prévoir leur survenance, et en garantissant le respect des règles générales du droit commun. Le but essentiel étant d'assurer l'indemnisation des victimes de ces deux types de dommages, la problématique qui doit être posée dans ce cas ne concerne pas une question de responsabilité ; il s'agit plutôt ici de la question d'un dommage qui exige l'indemnisation des patients victimes, nonobstant la personne responsable. Puisqu'en reprenant la structure essentielle et traditionnelle de la responsabilité civile, on peut affirmer que ce système comporte, d'une part, la responsabilité extracontractuelle fondée sur la notion de faute (cette dernière constitue alors le principe général se situant à la base de la responsabilité extracontractuelle et qui oblige toute personne qui cause un dommage à autrui de réparer ce dommage) et, d'autre part, la responsabilité contractuelle exigeant du cocontractant l'exécution de ses obligations (en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, l'exécution sera faite par équivalent, au travers de dommages-intérêts qui ne sont que la contrepartie de l'inexécution). Ces règles constituent alors la structure traditionnelle du système de la responsabilité civile devant s'appliquer régulièrement, et sans aucun cumul des règles régissant chacune de ces responsabilités.

Toutefois, à l'exemple de tout principe général, le régime de la responsabilité civile peut concevoir certains cas exceptionnels, voire d'une nature spécifique, qui sont inadaptés avec les conditions de ce principe, ainsi que ses règles, dont les aléas thérapeutiques et les dommages exceptionnels font partie. La spécificité de ces cas exige, et en raison de la nécessité sociale de protéger la personne de leur victime, d'assurer à ces dernières une indemnisation automatique, tout en respectant « *l'architecture* » fondamentale régissant le régime de la responsabilité civile et en ne bouleversant pas la structure de cette architecture traditionnelle.

333. *Système d'indemnisation automatique lié à des cas de rattachement.* Pour atteindre cette double finalité, il convient de réaliser une approche adaptée à la spécificité de ces cas, en dehors du système général de la responsabilité civile. Il est vrai que le système français est formé d'un ensemble de règles et de principes stables contrairement au système anglo-saxon qui est casuistique ; pourtant, cette « rigidité » n'empêche pas de concevoir des cas spéciaux se plaçant en dehors du régime général de la responsabilité civile, au contraire, cette dernière conception conserve et respecte la construction principale de ce régime. En effet, au lieu de déstabiliser les principes stables et de bouleverser les notions constructives en raison de l'insertion de la casuistique sous la forme d'un principe général qui a presque « détruit » la construction du principe traditionnel, il serait préférable de concevoir un système spécifique similaire au « droit des délits spéciaux », les « torts », appliqué en droit anglais. La problématique se concentre alors sur la seule exigence de l'indemnisation. Mais aller, à l'instar de la jurisprudence, à l'une ou l'autre des deux extrêmes, à savoir soit sortir du délit en assurant l'indemnisation par le contrat en dénaturant le régime de la responsabilité contractuelle, soit modifier le principe de la responsabilité extracontractuelle en changeant le fondement de celle-ci, ne procure pas une réponse adaptée à l'exigence visée, celle de l'indemnisation.

La solution qui semble la mieux adaptée à la spécificité casuistique, et qui respecte en même temps le principe général traditionnel de la responsabilité civile, consiste à fonder un système d'indemnisation automatique lié à des cas de rattachement se plaçant en dehors des règles générales de la responsabilité civile. En vertu de ce système, l'indemnisation sera assurée selon des mécanismes particuliers qui mettent à la charge de la collectivité la réparation de ces deux types de dommages, et ce par application du principe de la socialisation de la responsabilité. Ainsi, l'Etat sera responsable de payer les indemnités aux victimes de tels dommages, via un fonds spécial établi dans ce but. Notons à cet égard que le patient aura droit à l'indemnisation du seul fait que le dommage résultant d'un aléa thérapeutique ou d'un risque exceptionnel survienne à la suite d'une intervention chirurgicale esthétique. Il s'agit donc d'une donnée pouvant être prouvée par les rapports du médecin, des experts, ou bien de l'hôpital. On réalise alors suivant ce système d'indemnisation automatique lié à des cas de rattachement une prolifération des dommages en donnant une fonction « d'indemnisation » à la responsabilité liée à ces dommages spéciaux qui remplace la personnalisation de cette dernière.

En vertu de ce système, il ne serait donc plus nécessaire, voire il serait inutile, d'essayer de trouver au sein des règles de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat un certain « *coin* » pour déterminer la nature de l'obligation du chirurgien esthétique. Par ailleurs, il ne serait pas non plus nécessaire d'entrer dans une énorme contradiction jurisprudentielle pour préciser si l'insertion de l'obligation de sécurité doit être sous forme générale ou circonstanciée. En outre, il ne serait pas non plus nécessaire de créer des notions spéciales mais d'une portée vague et compliquée déformant, voire étendant, le régime général muté, comme l'obligation de moyens « *renforcée* », ou bien la notion de « *faute virtuelle* », ou encore les distinctions diversifiées et contradictoires parfois édictées pour déterminer la portée de la notion de l'obligation du résultat esthétique, ou même la notion de « *maladresse* » ou de « *perte d'une chance* ». Ainsi, une fois le dommage causé à la suite de une intervention chirurgicale esthétique, préjudice résultant d'un aléa thérapeutique ou d'un risque exceptionnel, le patient victime, et par application du système d'indemnisation automatique, aura droit à être indemnisé.



CONCLUSION DU TITRE I

334. L'approche que nous venons de présenter, et qui est constituée d'une triple hypothèse, assure un droit d'indemnisation du patient victime sans avoir recours à une transposition des notions d'une façon inadéquate ; c'est ainsi que ladite approche prend en considération la spécificité de la chirurgie esthétique, tant sur le plan de la particularité du contrat esthétique qui affecte le régime de la responsabilité contractuelle du chirurgien esthétique, que sur le plan du maintien de la faute extracontractuelle dans le domaine de la chirurgie au cas où des dommages corporels provenant d'une faute délictuelle surviennent, ou bien encore sur le plan de l'indemnisation automatique des dommages qui ne sont liés ni au champ de la relation contractuelle, ni à une faute extracontractuelle du plasticien, comme les victimes des aléas thérapeutiques. Ainsi, nous pouvons affirmer que la spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique a exigé un traitement juridique spécial du plasticien au niveau de sa responsabilité civile. Cette même particularité caractérise en outre la responsabilité pénale du chirurgien esthétique.

TITRE II

LA RESPONSABILITE PENALE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE

335. Présentation. La spécificité de l'intervention chirurgicale esthétique a exigé de la jurisprudence une démarche spécifique quant à la responsabilité civile du praticien qui se caractérise par une sévérité la distinguant de la responsabilité des autres chirurgiens non esthétiques. Cette même spécificité caractérise également le côté pénal de la responsabilité du chirurgien esthétique qui comporte de même des points distinctifs avec celle des médecins non esthétiques. En effet, le chirurgien esthétique peut être tenu de la responsabilité pénale générale s'imposant à tout praticien qui permet son incrimination par la Commission d'infractions comprises dans le Code pénal, comme par exemple les homicides et blessures involontaires, les coups et les blessures volontaires, l'omission de porter secours, la mise en danger de la vie d'autrui, etc.⁵¹¹. Cependant, celui qui exerce illégalement la médecine ne peut se justifier par l'obligation de porter secours imposée par le Code pénal⁵¹². Dans le même contexte, l'abstention de porter secours n'est punissable que si elle est volontaire⁵¹³. Prenons alors l'exemple d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 mars 1972 concernant une danseuse qui a décidé d'accroître le volume de sa poitrine et qui s'est adressée à un praticien ayant suivi un stage de trois semaines aux Etats-Unis. Celui-ci injecta une substance dans les seins de la jeune fille qui fut alors saisie d'un état de malaise dans le cabinet du médecin. Ce dernier l'allongea et contacta sa famille, laquelle fut frappée par l'état de la

⁵¹¹ Cass. crim., 29 oct. 2002, Bull. crim.2002, n° 196 p. 728 ; Cass. crim., 19 oct. 2004, Bull. crim., 2004 n° 246 p. 911 ; Cass. crim., 15 nov. 2005, n° 05-82978 ; Cass. crim., 18 mai 2010, n° 09-83032. L'annexe 15 présente des extraits de ces arrêts.

⁵¹² Cass. crim., 2 juill. 1975, Bull. crim. n°173.

⁵¹³ Cass. crim., 21 janv. 1954, *JCP* 1954-II-8050, note PAGEAUD.

danseuse « *qui était allongée sur un canapé, pâle et décomposée* », ses « *lèvres étaient blanches, [elle] avait un aspect un peu hagard et ne pouvait plus parler* ». Le médecin demanda alors à la famille de sa patiente de l'emmener car « *il n'y avait absolument rien à craindre* » et de le rappeler le lendemain matin. Mais l'état de la danseuse ne s'améliora pas ; ses parents contactèrent alors le généraliste esthéticien qui refusa de se rendre chez sa patiente et il n'accepta qu'avec l'insistance du médecin de famille. Après quelques injections dans une tentative d'améliorer son état, ils ordonnèrent son transfert à l'hôpital où elle décéda le jour même. La Cour de cassation condamna le chirurgien esthétique sur la base de l'article 63 alinéa 2 de l'ancien Code pénal en estimant que : « *sachant qu'il avait pratiqué sur une patiente un traitement nouveau avec une expérimentation réduite, après avoir constaté un malaise de sa cliente et avoir été averti de l'état alarmant de celle-ci, dont il ne pouvait ignorer, à ce moment-là qu'elle était en péril, s'est volontairement abstenu de lui porter toute l'aide et l'assistance qu'il pouvait lui prêter, alors que le péril couru était imminent et constant, qu'il exigeait une intervention immédiate et qu'aucun doute ne pouvait subsister dans l'esprit du médecin quant à la nécessité absolue d'agir en vue de conjurer, par des soins et un secours approprié, les conséquences d'un état de santé alarmant* »⁵¹⁴.

L'article 9 du Code de déontologie médicale⁵¹⁵ impose en outre également au médecin qui ne porte pas lui-même assistance, de s'assurer que le malade ou le blessé reçoit les soins nécessaires. Ainsi, il a été jugé que sera condamné le chirurgien esthétique qui subordonne son intervention à l'appel préalable du médecin traitant tout en n'ignorant pas que ce dernier ne pourra intervenir immédiatement alors que l'état du patient exige un secours immédiat⁵¹⁶. Toutefois, si le praticien informé que le malade est en péril s'assure que ce dernier reçoit les soins nécessaires d'un tiers, il ne sera pas condamné⁵¹⁷.

Par ailleurs, la possibilité de poursuivre le chirurgien esthétique pénalement peut également résulter d'un nombre d'hypothèses qui commande une poursuite pénale particulière de ce dernier. Etant ainsi donné, et compte tenu de la nature et de la finalité de l'intervention chirurgicale esthétique qui ne vise que l'amélioration de la

⁵¹⁴ Cass. crim., 16 mars 1972, D. 1972-394, note COSTA.

⁵¹⁵ Art. R.4127-9 CSP.

⁵¹⁶ Cass. crim., 20 févr. 1958, Bull. crim. n°186.

⁵¹⁷ Cass. crim., 26 mars 1997, Langlois, Dr pénal 1997, 125, note M. VERON.

morphologie en vue de réaliser une satisfaction psychologique, voire un confort ou un réconfort physique et psychique, trois hypothèses essentielles sont susceptibles, non seulement de ne plus justifier la réalisation de l'intervention, mais également de condamner le chirurgien esthétique aussi civilement que pénalement en cas d'intervention. Le chirurgien esthétique est donc incriminé lorsqu'il procède à une opération de remodelage sexuel injustifiée (**chapitre I**), ou bien à la suite d'une publicité mensongère (**chapitre II**), ou encore lorsqu'il réalise une intervention dans un seul but d'expérimentation scientifique (**chapitre III**).

CHAPITRE I

RESPONSABILITE PENALE EN CAS DE REMODELAGE SEXUEL

336. Remodelage sexuel. Si le sexe est une notion complexe qui doit, scientifiquement, prendre en compte la totalité de ses éléments, à savoir ses aspects constitutifs qui concernent le sexe hormonal (la sécrétion d'hormones), le sexe anatomique (le sexe apparent) et le sexe psychologique, l'opération de remodelage sexuel réclamée par un transsexuel peut être justifiée sur le plan scientifique. En effet, le transsexualisme qui est « *le sentiment intense d'une personne d'appartenir au sexe opposé de celui qui lui a été assigné à la naissance* »⁵¹⁸, peut pousser la personne qui se sent étrangère à l'intérieur de son corps puisqu'elle vit comme un individu du sexe opposé et souhaite donc corriger son apparence physique pour répondre à son désir, à réclamer une opération chirurgicale de remodelage sexuel. Il s'agit du « *désir obsessionnel de changer de sexe correspondant à un sentiment intensif d'appartenir au sexe opposé, avec un désir intense et obsédant de changer d'état sexuel, pour vivre sous une apparence conforme à l'idée qu'elle s'est faite* »⁵¹⁹.

Cette opération consiste donc, chez l'homme, en l'ablation des testicules et du pénis avec souvent la création d'un néo-vagin artificiel, et à la pose de prothèses mammaires. Chez la femme, l'intervention consiste en l'ablation des seins (mammectomie), de l'utérus (hystérectomie), des ovaires (ovariectomie) et à la pose d'un pénis artificiel⁵²⁰.

⁵¹⁸ THOUVENIN D., « Le transsexualisme, une question d'état méconnu », *Rev. dr. sanit. et soc.*, 1979-291 ; HARICHAUX-RAMU M., « Responsabilité du médecin », *Jurisclasseur, responsabilité civile, art. 1382 à 1386, fasc. 440-1 à 440-3 n°68* ; HERVET E., « Transsexualisme, actualité du problème médico-légal », *Bull. acad. nat. méd.*, 1980, 164, n°6, 584-534.

⁵¹⁹ LINOSSIER L., « Le transsexualisme: esquisse pour un profil culturel et juridique », *D.* 1981, chr. 139 ; PETIT J., « L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, 263 ; SUTTON G., « Transsexualisme et changement juridique d'état », in *Le transsexualisme*, Masson, 1984, p. 113 ; RASSAT M.-L., « Sexe, médecine, et droit », *Mélanges Raynaud*, 1985, p.651-674 ; NERSON R., « L'influence de la biologie et de la médecine sur le droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, p.663-664 ; NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI J., *Rev. trim. dr. civ.*, 1981 840 ; LOMBOIS C., *D.* 1992, chr. 323.

⁵²⁰ CA Nancy, 22 avr. 1982, *JCP* 1984, II, 20222.

La position jurisprudentielle tranchant sur cette question s'est tout d'abord placée sur un autre plan de la définition scientifique du sexe et, par la suite, de la licéité de l'opération de remodelage sexuel. Elle a en fait traduit clairement la différence d'objectifs entre la médecine et le droit d'une part, et les dimensions, non seulement médicales et juridiques de l'attribution d'un sexe à chaque être humain lors de sa naissance, mais aussi mythiques et métaphysiques d'autre part⁵²¹. Ainsi, l'opération de remodelage sexuel a produit des positions contrastées au sein de la jurisprudence française qui se prononce sur la légalité de celle-ci à l'occasion de la demande de changement d'état civil à la suite de sa réalisation. Cette contradiction qui a persisté pour une période relativement longue, a fini par une admission jurisprudentielle conditionnée de l'opération de remodelage sexuel en 1992.

Jurisprudentielle ou législative, l'opération de remodelage sexuel est alors réputée licite, mais cette licéité n'est pas absolue ; elle est soumise à un nombre de conditions exigeantes (**section I**). Toutefois, la réalisation de cette opération en dépit des conditions requises pour qu'elle soit licite, est susceptible d'entraîner la responsabilité pénale du chirurgien esthétique qui pourra être poursuivi pour un nombre d'infractions occasionnées par cette opération ; ainsi le remodelage sexuel peut être incriminé (**section II**).

SECTION I

LICEITE DE L'OPERATION DE REMODELAGE SEXUEL

337. Dans le silence de la loi, la reconnaissance de l'opération de remodelage sexuel en France n'était pas d'une réceptivité facile par la jurisprudence. Celle-ci a suivi une démarche contrastée avant que la Cour de cassation règle l'affaire définitivement par un revirement en date du 11 décembre 1992 qui a admis la licéité conditionnée de cette opération (§1). Pourtant, une admission législative a été produite dans nombre de pays reconnaissant sa licéité suivant des conditions variées selon la loi de chaque pays (§2).

⁵²¹ DUPLAT J., concl. sous CA Versailles, 13 mai 1993, *Gaz. Pal.* 31 juill. 1994, p. 10.

§1. Reconnaissance jurisprudentielle en France

338. La jurisprudence française a porté une multitude de positions contrastées qui varient entre le refus et la condamnation pénale de l'opération de remodelage sexuel, et entre la justification de celle-ci. La demande de rectification de l'état civil à la suite de la survenance de l'opération a permis à la jurisprudence de se prononcer sur ce sujet. Nombreux sont les arguments qui ont été avancés par les juridictions pour refuser ou bien au contraire pour reconnaître cette opération. Il a fallu attendre le 11 décembre 1992 pour que la jurisprudence prenne une décision qui a tranché définitivement la question en reconnaissant, sous des conditions précises, la licéité des opérations de remodelage sexuel. Ainsi, les positions contrastées se présentent durant la période antérieure à la date du 11 décembre 1992 (**A**) ; le revirement jurisprudentiel du 11 décembre 1992 a tranché définitivement la question (**B**).

A. Positions contrastées antérieures à la date du 11 décembre 1992

339. Une multitude de décisions. L'absence de prise en considération par les juridictions françaises des différents éléments constitutifs du sexe précédemment défini⁵²², et notamment l'élément psychologique, a essentiellement entraîné cette multitude de décisions contrastées au cours de la période antérieure à la date du 11 décembre 1992. La jurisprudence se fondait alors soit sur le sexe morphologique⁵²³, soit sur le sexe génétique⁵²⁴ ; cependant, quelques rares décisions ont pris en considération le critère psychologique du sexe⁵²⁵ durant cette période, en se basant sur une série d'arguments pour se placer soit en faveur soit à l'encontre de l'opération de remodelage sexuel.

340. 1965-1975 : hostilité absolue de l'opération de remodelage sexuel. En vue de trancher sur la demande de reconnaissance de la nouvelle identité sexuelle du

⁵²² V. *supra* n°336.

⁵²³ Cass. civ., 6 mars 1903, D.P. 1904, I, 395, concl. Baudouin.

⁵²⁴ CA Paris, 18 janv. 1974, *D.* 1974, 196, concl. Granjon ; CA Paris, 10 mai 1989, *D.* 1989, 171.

⁵²⁵ CA Toulouse, 11 oct. 1978, *JCP* 1981, II, 19529, note PENNEAU.

Trib. Gr. Inst. Paris, 24 nov. 1981, *JCP* 1982, II, 19792, note PENNEAU.

Trib. Gr. Inst. Paris, 16 nov. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 2, 606, note SUTTON.

transsexuel à la suite de l'opération de remodelage sexuel, les juridictions françaises ont pu aborder la question de la reconnaissance ou du refus de celle-ci. C'est ainsi qu'une hostilité absolue caractérise la position de la jurisprudence durant une période d'une dizaine d'années s'étendant entre l'année 1965 et 1975. En effet, les juridictions se plaçaient absolument à l'encontre de la modification de l'état civil de la personne, et par là de son changement de sexe, en refusant de « *pendre en considération des modifications corporelles obtenues par des procédés dont certains pourraient tomber sous le coup de la loi pénale* »⁵²⁶. L'incrimination de cette opération a été révélée également par la Cour d'appel de Paris qui considérait qu'on ne pouvait tenir compte de changements apportés artificiellement à la morphologie de certaines substances, encore moins par une opération comportant des mutilations réprimées par la loi pénale⁵²⁷. Dans le même sens, la Cour d'appel de Limoges jugeait que « *le respect des principes d'indisponibilité et d'imprescriptibilité qui régissent l'état des personnes, interdit de prendre en considération les modifications corporelles - au surplus réprimées par le Code pénal* »⁵²⁸. Les transformations sexuelles n'étaient donc pas reconnues par la jurisprudence qui considérait que ces dernières étaient réprimées par la loi pénale, alors qu'elle ne devait se prononcer que sur la rectification de l'état civil de l'individu. Une position totalement contrastée caractérise des décisions de la jurisprudence durant la période allant de l'année 1975 et jusqu'à l'année 1983.

341. 1975-1983 : approbation de la demande de modification de l'état civil.

Une prolifération des décisions se plaçant en faveur de la rectification de l'état civil a caractérisé cette période et, pour la première fois, la jurisprudence française a changé dans sa position de refus catégorique des opérations de remodelage sexuel. En effet, liant cette approbation à des rapports présentés par des expertises, cette position a connu une multitude d'interprétations et n'a pas, par la suite, concerné qu'une minorité de tribunaux de fond qui l'ont appliquée⁵²⁹. Elle peut être considérée comme traduisant une

⁵²⁶ Trib. Gr. Inst. Seine, 18 janv. 1965, *JCP* 1965, II, 14421, concl. FABRE.

⁵²⁷ CA Paris, 18 janv. 1974, cité *supra* n°340.

⁵²⁸ CA Limoges, 4 juin 1975, *D.* 1975, somm., p. 121 ; Cass. civ., 16 décembre 1975, *D.* 1976, 397 ; *JCP* 1976, II, 18503, note PENNEAU ; CA Paris, 24 févr. 1978, *JCP* 1979, II, 19202, note PENNEAU ; Trib. Gr. Inst. Saint-Etienne, 26 mars 1980, *D.* 1981, 270. L'annexe 16 présente des extraits de ces arrêts.

⁵²⁹ Trib. Gr. Inst. Toulouse, 29 janv. 1976, *D.* 1976 somm. 61 ; Trib. Gr. Inst. Saint-Etienne, 11 juill. 1979, *D.* 1981, 270 ; GOBERT M., « Le transsexualisme, fin ou commencement ? », *JCP* 1988, I, 3361.

certaine évolution au sein de la jurisprudence qui a commencé à admettre des opérations de changement de sexe, antérieurement réprimées. Ainsi, une partie de la doctrine a vu dans cette position des juges du fond une évolution, devant le progrès dans le domaine de la biologie, de la génétique et des possibilités offertes aux candidats à une conversion sexuelle⁵³⁰. Pourtant, l'admission des opérations de remodelage sexuel a été contrastée par la Cour de cassation en 1983.

342. 1983-1987 : embarras de la question de transsexualisme. Une décision rendue par la Cour de cassation en date du 30 novembre 1983 a de nouveau posé les doutes sur l'admission de l'opération de remodelage sexuel. En effet, par des motivations brèves, elle a considéré qu'attendu que « *la Cour d'appel a relevé qu'en dépit des opérations auxquelles elle s'était soumise, M. n'était pas de sexe masculin ; qu'elle a par ces seuls motifs, légalement justifiée sa décision* »⁵³¹. Cet attendu n'a pas seulement entraîné un embarras dans la question du transsexualisme, mais évidemment une multitude d'interprétation pour cette décision. A cet effet, Mme RASSAT a vu dans cet arrêt un rejet définitif de la question de transsexualisme⁵³². Pourtant, M. PENNEAU a évoqué la volonté de « *laisser deux voies libres* », tout en regrettant une incertitude qui « *n'est ni souhaitable, ni peut-être justifiable face au transsexualisme* »⁵³³. Cet embarras a continué jusqu'à l'année 1987 lorsque la Cour de cassation a admis un nouveau critère dans le cadre des opérations de remodelage sexuel, sans pour autant tenter de dévoiler la définition scientifique de la notion de sexe qui aurait pu lui apporter la solution adéquate.

343. 1987-1988 : distinction entre transsexualisme voulu et transsexualisme *subi*. Par deux arrêts rendus en date du 3 mars et du 31 mars 1987⁵³⁴, la Cour de

⁵³⁰ AGARRA J.-P., *Aspect médico-légal et social du transsexualisme*, thèse médecine, Marseille, 1991, p. 32.

⁵³¹ Cass. civ., 30 nov. 1983, *JCP* 1984, II, 20222.

⁵³² RASSAT M.-L., « Sexe, médecine et droit », *Mélanges Raynaud*, 1985, p. 673.

⁵³³ PENNEAU J., obs. sur Cass. civ., 30 nov. 1983, arrêt précité.

⁵³⁴ Cass. civ., 3 mars et 31 mars 1987, *D.* 1987, 445, note JOURDAIN ; *JCP* 1988, II, 21000, obs. AGOSTINI :

1^{ère} espèce (3 mars 1987) :

« *Vu l'article 57 du Code civil ; attendu que Paul, Dominique Franquet est né le 13 septembre 1949 ; qu'il a été inscrit sur les registres de l'Etat civil comme étant de sexe masculin ; qu'il a été marié et est le père d'un enfant ; qu'après avoir suivi un traitement hormonal et fait procéder par des opérations*

cassation a posé la distinction entre le transsexualisme voulu et le transsexualisme subi. En effet, dans le premier arrêt, elle a cassé la décision de la Cour d'appel de Nîmes qui a jugé dans une affaire concernant une personne de sexe masculin, marié, père d'un enfant et qui a suivi un traitement hormono-chirurgical que « *l'intéressé a maintenant une apparence féminine et un comportement de type féminin : il est devenu un transsexuel homme-femme. Il est normal de rectifier son état civil puisque cette rectification ne ferait que concrétiser l'évolution et contribuer à l'équilibre psychologique* ».

L'importance de cette décision de la Cour d'appel qui s'est posée en faveur de l'opération de remodelage sexuel, apparaît particulièrement par la mention, pour la première fois dans la jurisprudence, du critère psychologique. Pourtant, la Cour de cassation, en avançant le critère de transsexualisme subi, a rejeté le pourvoi par un arrêt

chirurgicales à l'ablation de ses organes génitaux masculins et à la confection d'un néo-vagin, il a présenté requête au Tribunal de Grande Instance en lui demandant de dire qu'il était maintenant du sexe féminin et d'ordonner la rectification en conséquence de son acte de naissance et la modification de ses prénoms ; que l'arrêt infirmatif attaqué a accueilli cette demande ; attendu que pour décider ainsi la Cour d'appel a d'abord rappelé que si, selon les constatations de l'expert médical, M. Franquet avait présenté tous les attributs du sexe masculin et était toujours un homme du point de vue génétique, il avait présentement une apparence plutôt féminine et un comportement nettement de type féminin ; qu'entérinant le point de vue exprimé par le médecin, elle a estimé que M. Franquet était devenu un transsexuel homme-femme ; qu'elle a ajouté que le changement de son état civil ne ferait que traduire l'évolution qui s'était produite ; qu'il permettrait à M. Franquet de faire reconnaître sa nouvelle identité sexuelle, contribuerait à son équilibre psychologique et lui éviterait, dans la vie quotidienne, les désagréments et les vexations liés à la discordance entre son état civil masculin et son apparence féminine ; attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne résultait pas des constatations de l'arrêt attaqué l'existence d'un changement du sexe par l'effet d'une cause étrangère à la volonté de l'intéressé, la Cour d'appel a violé le texte susvisé. ».

2^{ème} espèce (31 mars 1987) :

« Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que Norbert Botella a présenté requête au Tribunal de Grande Instance afin de faire juger qu'il était de sexe féminin, qu'il y avait lieu en conséquence de modifier son acte de naissance et de l'autoriser à porter désormais les prénoms de Lyne, Antoinette ; que l'arrêt confirmatif attaqué l'a débouté de son action ; attendu que Norbert Botella reproche à la Cour d'appel (Bordeaux, 30 mai 1985) d'avoir ainsi statué alors que l'identité sexuelle est constituée non seulement de composantes biologiques mais aussi psychologiques, de sorte qu'en décidant, sans procéder à aucune recherche sur son vécu psychologique, elle aurait privé sa décision de base légale ; mais attendu que la juridiction du second degré constate que, même après le traitement hormonal et l'intervention chirurgicale auxquels il s'est soumis, Norbert Botella continue de présenter les caractéristiques d'un sujet du sexe masculin ; qu'elle a estimé que, contrairement à ce que soutient l'intéressé, son état actuel n'est pas le résultat d'éléments préexistants à l'opération et d'une intervention chirurgicale commandée par des nécessités thérapeutiques mais relève d'une volonté délibérée du sujet ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen ne peut donc être accueilli. ».

rendu en date du 3 mars 1987 en vertu duquel elle a considéré qu' « *attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne résultait de l'arrêt attaqué l'existence d'un changement de sexe par l'effet d'une cause étrangère à la volonté de l'intéressé, la Cour d'appel a violé l'article 57 du Code civil* ». Ce critère, qui ne paraît pas adapté avec la portée réelle de l'opération de remodelage sexuel qui ne peut être subi par une cause étrangère, a suscité un critère parallèle posé par un autre arrêt datant du 31 mars 1987 en vertu duquel la Cour de cassation a persisté dans son refus de l'admission de ces opérations, et ce en posant de même le critère de transsexualisme subi. En effet, elle a considéré pour rejeter la décision de la Cour d'appel de Bordeaux du 30 mai 1985, que l'état actuel du transsexualiste « *n'est pas le résultat d'éléments préexistants et d'une intervention chirurgicale commandée par des nécessités thérapeutiques, mais relève d'une volonté délibérée du sujet* ». Ainsi, la Cour de cassation considère, à la suite de ces deux arrêts, que seul le transsexualisme résultant d'une cause étrangère, c'est-à-dire qui est subi, peut être justifié ; le transsexualisme voulu ne peut donc être considéré licite.

Une telle distinction traduit un éloignement énorme de la réalité de l'opération de remodelage sexuel et par la suite du transsexualisme qui pousse la personne concernée à réclamer un changement de sexe ; c'est en fait une raison inhérente à la personne qui commande ce changement, et jamais une cause étrangère à celle-ci. C'est de ce sens que Mme. GOBERT explique qu'il n'y a pas « *à proprement parler de transsexualisme subi de l'extérieur car sa cause ne peut être étrangère. Celle-ci trouve son origine au plus profond de l'être qui déploie tout son énergie, et par conséquent toute sa volonté, à faire reconnaître par la société contre toute vraisemblance, sa vérité* »⁵³⁵. Ces raisons ont rapidement entraîné un changement de position de la Cour de cassation qui a évoqué, un an après, le critère du sexe anatomique et du sexe psychologique, et ce pour la première fois.

344. 1988-1990 : maintien du critère anatomique du sexe. Pour la première fois, la Cour de cassation a évoqué la notion de sexe du côté scientifique. Mais cette position n'a énoncé l'élément essentiel qui est à l'origine de l'opération de remodelage sexuel que pour revêtir son caractère secondaire et refuser par la suite l'admission de la licéité de cette dernière. En effet, et comme mentionné précédemment, le sexe comporte

⁵³⁵ GOBERT M., « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister », *JCP* 1990, I, 3475.

trois composantes : le sexe hormonal, le sexe anatomique et le sexe psychologique. C'est ce dernier élément qui justifie, du point de vue scientifique mais aussi psychique, le recours à une opération de changement de sexe. Pourtant, la Cour de cassation n'a évoqué cet élément dans sa décision rendu en date du 7 juin 1988, que pour affirmer son caractère secondaire et maintenir l'élément anatomique du sexe afin de refuser la rectification des états civils à la suite de des opérations de remodelage sexuel. Dans ce sens, elle a jugé que les considérations psychologiques et sociales sont insuffisantes pour justifier un changement de sexe contraire à la réalité qui ne peut être ordonné dans un seul but de thérapie, dont les résultats ne sont d'ailleurs par garantis⁵³⁶. Cette position jurisprudentielle vient affirmer encore une fois que le droit et la médecine ont des objectifs différents rendant la communication entre eux d'une difficulté toute particulière. À la suite de cette position, la jurisprudence retient son refus catégorique de la reconnaissance de l'opération de remodelage sexuel en 1990.

345. 1990-1992 : refus catégorique de l'opération de remodelage sexuel. Par un refus clair et total de l'opération de remodelage sexuel, et en dépit de la reconnaissance et de la justification médicales de cette dernière, la Cour de cassation a rejeté en date du 21 mai 1990, quatre pourvois en cassation pour des femmes réclamant le changement de leur acte de naissance à la suite d'une opération de changement de sexe. Sa position s'est traduite par des termes fermes et strictes comportant un refus absolu, qui auraient pu donner une conviction que cette dernière est définitive puisqu'elle a considéré que « *le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé* »⁵³⁷. Pourtant, ces quatre rejets prononcés fermement par la Cour de cassation n'ont pas traduit la position définitive de la Cour de cassation ; cette position définitive a été réalisée suite au revirement jurisprudentiel datant du 11 décembre 1992 et en vertu duquel la Cour de cassation a reconnu, définitivement, la licéité de l'opération de remodelage sexuel sous certaines conditions.

⁵³⁶ Cass. civ., 7 juin 1988, *Bull. civ.* 1988 I, n° 176 p. 122.

⁵³⁷ Cass. civ., 21 mai 1990 (4 arrêts), *JCP* 1990, II, 21588, concl. FLIPO. L'annexe 17 présente des extraits de ces arrêts.

B. A partir du 11 décembre 1992 : reconnaissance de l'opération de remodelage sexuel

346. *Revirement de 1992.* L'admission de la licéité de l'opération de remodelage sexuel s'est opérée par un revirement jurisprudentiel de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation datant du 11 décembre 1992. Pourtant, cette reconnaissance n'est pas absolue ; elle est liée à des conditions qui doivent être respectées par le chirurgien esthétique sous peine d'incrimination, comme développé dans la partie suivante. En effet, et à la suite d'une décision rendue par la Cour européenne des Droits de l'Homme du 25 mars 1992 qui a condamné la France pour avoir refusé la rectification des états civils des personnes qui ont subi une opération de remodelage sexuel se plaçant ainsi « *dans une situation incompatible avec le respect de la vie privée* »⁵³⁸, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a, quelques mois plus tard, opéré un revirement remarquable au sein de la jurisprudence. Reconnaisant effectivement, non seulement le caractère licite, toutefois conditionné, de l'opération de remodelage sexuel, mais aussi la dimension psychologique de la notion du sexe se posant à l'origine d'une réclamation de changement de sexe, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée sur la question par deux arrêts rendus en date du 11 décembre 1992. Elle a admis, en fait « *l'indication par l'état civil de sexe dont la personne présentant le syndrome du transsexualisme a l'apparence* »⁵³⁹. L'absence d'un texte législatif et le respect dû à la vie privée énoncé par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, étaient à la base de ce revirement jurisprudentiel.

Le domaine juridique a enfin rejoint le domaine médical dans sa reconnaissance de la définition scientifique de la notion de sexe en prenant en compte, non seulement l'élément génétique ou chromosomique intrinsèque d'origine, mais aussi des dimensions, éventuellement apparentes ou acquises, de nature hormonale, anatomique et surtout psychologique ou psycho-social qui rentrent également dans la composition de l'identité sexuelle. Une distorsion entre ces deux catégories de données, comme l'a pu constater la Cour d'appel de Versailles, « *ne peut être résolue, dans ses implications sociales et d'état civil, que par une référence à l'impératif de respect de la vie*

⁵³⁸ D. 1992, IR, 129 ; LOMBOIS C., *La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des Droits de l'Homme*, D. 1992, 323.

⁵³⁹ Cass. ass. plén., 11 décembre 1992, JCP 1993, II, 21991, note MEMETEAU . L'annexe 18 présente des extraits des deux arrêts.

privée »⁵⁴⁰. Le respect de la vie privée commande ainsi le changement de l'état civil de la personne qui a subi une opération de remodelage sexuel. Pourtant, cette transformation de sexe est liée à une expertise commandée par le Tribunal, et ce avant de prononcer le changement de l'état civil, comme en témoigne un arrêt récent rendu par la Cour de cassation en date du 7 juin 2012⁵⁴¹.

Si la reconnaissance de l'opération de remodelage sexuel en France a été opérée par la jurisprudence en l'absence de tout texte législatif, une reconnaissance législative a caractérisé la situation dans d'autres pays relativement à la licéité de cette opération.

§2. *Reconnaissance législative en doit comparé*

347. La situation dans ces pays concernés varie entre une adoption expresse de l'opération de remodelage sexuel et une adoption déduite ou tacite.

348. *Licéité législative expresse de l'opération de remodelage sexuel.* Il s'agit là du cas d'un grand nombre de pays européens qui ont élaboré des textes législatifs spécifiques déclarant la licéité de l'opération de remodelage sexuel, sous certaines conditions qui varient d'un pays à un autre, et qui traduisent une adoption restrictive chez les uns et une reconnaissance presque absolue chez les autres. L'Allemagne traduit clairement cette dernière caractéristique. En effet, sans soumettre la personne désirant subir un changement sexuel à aucune autorisation préalable, la loi du 10 septembre 1980 permet un changement d'état au transsexuel âgé de plus de 25 ans, célibataire et stérile, éprouvant depuis trois ans au moins un désir irréversible de changer de sexe. Cette approbation de changement d'état civil doit évidemment être précédée d'une opération lui donnant l'apparence du sexe désiré, à savoir une opération de remodelage sexuel.

La Suède, premier pays à légiférer sur la licéité de l'opération de remodelage sexuel, a donné aux citoyens suédois célibataires, en vertu de la loi du 22 avril 1972, amendée le 30 avril 1980, la licéité de l'intervention chirurgicale de changement de sexe d'une part, et le droit d'obtenir la reconnaissance juridique de leur appartenance au sexe opposé. Toutefois, ces deux lois sont liées à des conditions précises devant être

⁵⁴⁰ CA Versailles, 13 mai 1993, Gaz. Pal. 31 juill. 1994, p. 10.

⁵⁴¹ Cass. civ., 7 juin 2012, *Bull. civ.* 2012, I, n° 123 ; V. également l'annexe 18.

respectées. Ainsi, l'opération de remodelage sexuel est subordonnée à une autorisation administrative spéciale délivrée par le Ministère de la santé, après vérification de l'accomplissement des conditions requises. De même, pour la reconnaissance de changement d'état civil, la personne concernée doit éprouver le sentiment de ne pas être de sexe attribué dans les registres paroissiaux, doit avoir au moins dix-huit ans et doit s'être fait stériliser ou être pour une autre raison dans l'impossibilité de procréer. Et bien plus, le législateur suédois reconnaît également le droit à la mise en œuvre de cette procédure sans la condition de l'âge en présence d'une intersexualité physique, en ce sens qu'une malformation des organes sexuels donne lieu à des doutes sur le sexe de l'intéressé.

Quant à l'Italie, elle a élaboré une loi en date du 1^{er} avril 1982, suivant laquelle elle a donné aux Cours la faculté d'attribuer une identité sexuelle différente de celle enregistrée sur l'acte de naissance, et ce « *à la suite d'une modification chirurgicale des caractères sexuels* ». Ainsi, le traitement médical et chirurgical est autorisé par la décision de la Cour. Cette loi a par ailleurs reconnu la licéité de la modification des caractères sexuels à la suite d'une opération chirurgicale pour les personnes ayant déjà subi ces opérations au moment de son entrée en vigueur, en leur donnant la possibilité de présenter une demande de changement d'état dans les douze mois de la date de sa promulgation. C'est ainsi que la présentation de cette requête est capable « *d'éteindre tout crime qui pourrait avoir été commis relativement au traitement médical ou chirurgical* » ; elle a donc également dépénalisé l'opération de remodelage sexuel survenue antérieurement à sa promulgation, dans des conditions précisées.

La reconnaissance de la licéité de l'opération de remodelage sexuel à la suite de des lois en acceptant le changement de l'état civil après cette opération, s'est également produite aux Pays-Bas qui a suivi, par la loi datant du 14 avril 1985, une position relativement libérale. Elle a effectivement permis le changement de sexe non seulement aux citoyens hollandais nés dans le pays ou à l'étranger, résidant ou non aux Pays-Bas, mais aussi à toute personne de nationalité étrangère ayant son domicile aux Pays-Bas depuis au moins un an et qui possède un permis de séjour⁵⁴². Cette demande doit être uniquement jointe d'une déclaration commune des experts désignés prouvant que le demandeur a déjà subi ou non l'opération de remodelage sexuel.

⁵⁴² Article 29a-al.3.

Cette position libérale rejoint la position de l'Espagne qui a modifié le Code pénal en 1983 en dépénalisant expressément l'intervention chirurgicale permettant de changer de sexe.

Des conditions requises lient la licéité de cette opération au Danemark qui exige du candidat au changement de sexe d'être envoyé dans un service psychiatrique de l'Hôpital Universitaire de Copenhague. Ainsi, et à l'issue d'un suivi de deux ans, une recommandation est présentée à la Direction des affaires familiales du Ministère de la justice qui accorde l'autorisation. L'intervention doit en outre être précédée par d'information préalable de l'intéressé sur la nature, les conséquences directes et les risques de l'intervention.

Face à cette reconnaissance expresse de l'opération de remodelage sexuel contenue dans des lois permettant le changement de l'état civil pour qu'il soit conforme avec le changement opéré de sexe, le législateur, dans d'autres pays, notamment anglo-saxons, reconnaît implicitement cette opération.

349. *Licéité législative déduite ou tacite de l'opération de remodelage sexuel.*
Il s'agit là essentiellement du cas des Etats-Unis et de la Grande Bretagne ; en l'absence d'un texte expresse légiférant sur l'opération de remodelage sexuel, la licéité de cette dernière est déduite de l'absence de poursuites répressives. En effet, en Grande Bretagne, les interventions de conversion sexuelle n'exigent aucune formalité juridique. Même en l'absence d'un texte explicite, leur légalité peut être déduite de la prise en charge par le Service national de santé du coût des soins médicaux, y compris celui des opérations.

Quant aux Etats-Unis, la situation est similaire à celle de la Grande Bretagne puisque la légalité de cette opération est également déduite. En effet, R. Kus affirme que mille transsexuels sont opérés chaque année dans des établissements sans faire état d'aucune réaction juridique répressive⁵⁴³.

Par conséquent, on peut affirmer que la licéité de l'opération de remodelage sexuel est reconnue dans de nombreux pays, soit par voie législative, soit par voie jurisprudentielle. Ce dernier cas est celui de la France qui s'est prononcée en faveur de cette opération en 1992. Cependant, la licéité reconnue est strictement liée à des

⁵⁴³ KUS R., « Transsexualisme », *Bull. acad. nat. méd.*, 1982, 166, 819-827.

conditions qui sont exigées sous peine de poursuites pénales et d'une condamnation répressive du chirurgien esthétique.

SECTION II

INCRIMINATION DE L'OPERATION DE REMODELAGE SEXUEL

350. Les deux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 11 décembre 1992 ont accepté le changement de l'état civil de la personne à la suite d'une opération de remodelage sexuel, et ce par respect de la vie privée et par reconnaissance des différents critères rentrant dans la composition de la notion de sexe et de l'identité sexuelle, et exprimant ainsi un désir de changement de sexe. Pourtant, la licéité de l'opération de remodelage sexuel est octroyée sous des conditions précises (§1). Le non-respect de ces conditions est susceptible d'engager la responsabilité pénale du chirurgien esthétique et de l'exposer ainsi à des poursuites pénales (§2).

§1. Conditions de licéité

351. *Trois conditions.* La reconnaissance de la licéité de l'opération de remodelage sexuel par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'est pas absolue ; elle est liée à un ensemble de conditions qui doivent être strictement respectées sous peine d'incrimination du chirurgien esthétique. Ces conditions sont au nombre de trois et découlent du principe du respect de la vie privée de la personne concernée et du caractère délicat d'une telle opération qui imposent au chirurgien un devoir rigoureux de respect des règles de la déontologie professionnelle. Pour être licite, l'opération de remodelage sexuel exige un but thérapeutique, un diagnostic rigoureux et une information préalable sur les risques .

352. *But thérapeutique.* Cette condition a été fondée par la reconnaissance de l'aspect complexe du sexe et de la multiplicité de ses caractères. En effet, et selon les termes d'une décision de la Cour d'appel d'Angers « *si le sexe se définit par sa dimension intrinsèque d'origine, dimension génétique ou chromosomique, il se définit aussi par ses dimensions apparentes ou acquises de nature hormonale, anatomique,*

psychologique ou psychosociale »⁵⁴⁴. Ainsi, le chirurgien esthétique doit d'une part agir dans un but thérapeutique pour échapper à une incrimination pénale ; d'autre part, l'approbation d'un changement de l'état civil, et par conséquent de la licéité de l'intervention, est conditionnée tout d'abord par le but thérapeutique de l'opération⁵⁴⁵.

Il faut préciser à cet égard que l'intérêt thérapeutique peut être, dans le cas de cette opération, physique ou psychique, moral ou corporel. Etant ainsi donné, et selon les termes de la Cour d'appel de Versailles, « *lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome de transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique le rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le respect dû à la vie privée justifie, pour que n'apparaisse pas une distorsion qui y porterait atteinte, que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence, observation étant faite, au surplus que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification* »⁵⁴⁶. Cependant, le but thérapeutique n'est pas la seule condition de la licéité de l'intervention ; celle-ci exige en outre un diagnostic rigoureux du syndrome de transsexualisme conforme aux données acquises par la science.

353. Diagnostic rigoureux. Outre l'exigence du but thérapeutique de l'opération, le chirurgien esthétique est également tenu d'établir un diagnostic rigoureux du syndrome de transsexualisme⁵⁴⁷. Ainsi, l'opération doit être réalisée en toute conformité avec les données acquises par la science. A cet effet, le chirurgien esthétique doit, non seulement prendre les précautions utiles avant de procéder à cette opération, mais il doit également suivre les règles de conduite et de déontologie professionnelles. L'établissement du diagnostic doit alors se faire avec une certitude absolue et le syndrome doit être typique (conviction inébranlable depuis l'enfance, véritable idée prévalent au sens psychiatrique du terme d'être de l'autre sexe, demande impérieuse du traitement médico-chirurgical susceptible de rendre l'aspect physique conforme à

⁵⁴⁴ CA Angers, 30 mai 1996, *JurisData* 1996, n°044070.

⁵⁴⁵ CA Aix-en-Provence, 7 mars 1995, *JurisData* n°040180 ; CA Paris, 24 nov. 1996, *JurisData* n°023789 ; CA Lyon, 14 févr. 2011, RG n° 08/08857.

⁵⁴⁶ CA Versailles, 13 mai 1993, préc.

⁵⁴⁷ Trib. Gr. Inst., 24 oct. 1995, *JurisData*, n°053372 ; CA Paris, 26 janv. 1996, *JurisData* n°020967 ; CA Toulouse, 30 avr. 1996, *JurisData* n°042890.

l'orientation psychique, etc.). A cet effet, et puisque le traitement médico-chirurgical est appelé à corriger ou à prévenir des troubles d'adaptation du patient, particulièrement ceux relatifs à la déchéance sociale et professionnelle, à la dépression, au suicide, il doit donc être réalisé dans un but thérapeutique d'ordre physique ou psychique. Pourtant, certaines juridictions se contentent de prendre en considération l'intérêt légitime de la personne transsexuelle pour approuver la demande de changement de l'état civil, même en l'absence de diagnostic médical, et ce « *en raison des inconvénients d'ordre psychologique résultant du port d'un prénom qui ne correspond pas à l'aspect extérieur de sa personne* »⁵⁴⁸.

Le diagnostic établi, le chirurgien esthétique doit également apporter les soins les plus appropriés à la circonstance, en l'occurrence une opération de changement de sexe, et ce dans un exercice normal de la médecine et de la conformité aux règles de l'art afin de prévenir une imputation pénale. La particularité de cette opération exige ainsi des précautions redoublées avant de la réaliser. Si l'opération de remodelage sexuel consiste, selon l'état des données acquises de la science, en une thérapie combinant des injections hormonales qui modifient les caractères sexuels secondaires et des actes chirurgicaux tendant à l'ablation des organes génitaux externes du sexe d'origine et à la constitution imparfaite des organes génitaux attribués à l'autre sexe, c'est qu'il ne s'agit pas d'un simple changement de morphologie qu'opère le chirurgien, mais à toute une modification sexuelle qui va affecter l'ensemble de la vie du patient. Dans ce cadre, se révèle la nécessité de respecter toutes les conditions requises, puisque, et même si un but thérapeutique additionné à une réalisation de l'opération en toute conformité avec les règles de l'art et avec la déontologie professionnelle, la spécificité de cette opération peut conduire à des résultats néfastes, même en cas de réussite. C'est le cas par exemple du patient qui regrette le changement de son sexe et souhaite faire condamner le médecin ; ou encore du patient qui se suicide après l'intervention, ce qui pousse sa famille à tenter de démontrer une infraction du chirurgien esthétique. Une défaillance de l'une des conditions exigées peut entraîner la condamnation du chirurgien esthétique, aussi bien civile que pénale. Dans le même contexte, l'obligation d'information paraît, dans ce cas, fortement importante.

⁵⁴⁸ CA Lyon, 14 févr. 2011, RG n° 10/01752 2009/01039.

354. Information du patient. L'obligation d'information imposée au chirurgien esthétique préalablement à la réalisation de toute opération est également fortement exigée dans le cas d'une opération de remodelage sexuel.

En effet, vu les effets que peuvent produire une intervention de remodelage sexuel et les risques qu'elle pourrait engendrer, même si elle est réclamée pour répondre à un besoin aussi bien psychique que physique perturbant toute la vie du transsexuel, le chirurgien esthétique est strictement tenu de remplir son obligation d'information préalable vis-à-vis du patient⁵⁴⁹. Cette obligation est conçue similairement à celle exigée lors de toute intervention chirurgicale esthétique, obligation exposée dans une partie précédente⁵⁵⁰. Ainsi, le respect de ces conditions par le chirurgien esthétique est de nature à lui apporter une impunité puisqu'il a exercé normalement sa profession ; une défaillance à l'une de ces conditions requises est en revanche susceptible de le faire condamner, non seulement sur le plan civil, mais essentiellement sur le plan pénal.

§2. Infractions imputables au chirurgien esthétique

355. Qualification pénale de l'intervention. Outre la responsabilité civile du chirurgien esthétique qui effectue une opération de remodelage sexuel sans respecter les conditions exigées pour sa licéité, la réalisation de cette opération est susceptible d'être qualifiée pénalement et d'engager par la suite la responsabilité pénale du chirurgien esthétique. En effet, la situation contradictoire de la jurisprudence antérieure au revirement opéré par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1992, connaît un embarras parallèle dans la qualification pénale de l'opération de changement de sexe en cas d'illicéité. La réalisation de remodelage sexuel qui était absolument incriminée par une partie de la jurisprudence antérieurement au 11 décembre 1992, a été reconnue licite mais sous réserve de certaines conditions. Ainsi, l'unanimité de la jurisprudence révèle l'incrimination de l'opération de remodelage sexuel en cas d'illicéité, mais une

⁵⁴⁹ Cass. civ., 5 mars 1974, D. 1974, IR, 127 : « N'a pas mis à la charge d'un médecin accoucheur une obligation de résultat, mais a relevé un manquement à l'obligation de moyens qui lui incombait l'arrêt qui, se fondant sur l'avis de l'expert, a décidé qu'il avait commis une faute en déclenchant le travail alors qu'il ne restait que très peu de jours à attendre pour assister à un accouchement spontané. Les juges du fond ont pu, d'autre part, reprocher à ce médecin d'avoir employé une technique dangereuse, de plus en plus abandonnée, et ce sans avoir obtenu le consentement éclairé et réfléchi de sa cliente. ».

⁵⁵⁰ V. *supra* n°26 et s.

recherche permanente persiste au sein de la jurisprudence quant à la qualification pénale la plus adaptée à la spécificité de ce type d'intervention. Dans ce cadre, les infractions qui ont connu une application au sein de la jurisprudence sont au nombre de deux : l'administration de substances dangereuses ou nuisibles et la castration⁵⁵¹. Chacune d'elles sera traitée séparément.

356. Délit d'administration de substances dangereuses ou nuisibles. En dépit de la réussite scientifique ou médicale de l'opération de remodelage sexuel, le chirurgien esthétique peut être poursuivi pénalement pour le délit de prescription et d'administration d'hormones assimilées à l'administration de substances dangereuses ou nuisibles. La première est édictée à l'article 318 de l'ancien Code pénal, quant à la seconde elle est élaborée en vertu de l'article 222-15 du Code pénal. En effet, l'ancien Code pénal exigeait que la substance cause une maladie ou une incapacité de travail. Pourtant, cette exigence n'est plus requise actuellement puisque l'incrimination a pris un sens plus large consistant en l'atteinte de l'intégrité physique ou psychique de la personne visée⁵⁵². Dans les deux cas, le lien de causalité entre l'administration de ces substances et l'état du patient doit être établi pour que l'infraction soit constituée⁵⁵³. Actuellement, c'est donc le critère large d'atteinte à l'intégrité physique qui est pris en considération. Ce critère peut en fait trouver une application dans le cas d'opération de remodelage sexuel, puisque celle-ci, en procédant à une « *transformation* » du corps de la personne transsexuelle, constitue inévitablement une atteinte à son intégrité physique ou psychique. Pourtant, cette atteinte peut également trouver sa justification dans le but thérapeutique de l'opération.

En ce qui concerne le second caractère, l'ancien texte exigeait que les substances administrées soient nuisibles à la santé. Pourtant, cette condition n'est pas adaptée avec la nature de l'opération de remodelage sexuel puisqu'il n'est pas possible de concevoir que l'administration d'hormones féminisantes (œstrogènes) ou masculinisantes (testostérones) soit nuisible à la santé d'un transsexuel car cette administration lui est

⁵⁵¹ Notons par ailleurs que la possibilité de poursuivre le chirurgien esthétique pénalement pour un exercice anormal de la médecine, ou pour n'avoir pas respecté les règles commandées par la science dans sa réalisation de l'opération de remodelage sexuel, demeure, et ce par application des règles générales exigées de tout praticien.

⁵⁵² GATTEGNO P., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1995, n°43.

⁵⁵³ VOUIN R. et RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Dalloz, 1988, n°153.

indispensable étant donné le but thérapeutique de l'opération⁵⁵⁴. En outre, il exigeait que l'administration des substances produise une maladie ou une incapacité de travail comme mentionné plus haut. Cependant, l'ingestion d'hormones ne rend pas « *malade* » le patient puisqu'elle est nécessaire à sa guérison. Enfin, le chirurgien esthétique, pour être incriminé de ce délit, doit donc réaliser l'opération en l'absence de tout but thérapeutique ; et pour l'administration de substances nuisibles, il doit en plus de cette première condition, procéder à leur administration en toute connaissance de cause de leur caractère nuisible. Etant ainsi donné, on peut affirmer que ce caractère intentionnel peut de même être justifié par le but thérapeutique de l'opération⁵⁵⁵, puisque le chirurgien esthétique traite son malade avec des hormones.

Le but thérapeutique est donc susceptible de faire face à une possibilité d'incrimination pénale du chirurgien esthétique sur la base du délit d'administration de substances dangereuse ou nuisibles. En revanche, le délit de castration peut être plus envisageable.

357. *Crime de castration.* Le crime de castration constitue l'incrimination la plus adaptée à l'opération de remodelage sexuel susceptible de tenir la responsabilité pénale du chirurgien esthétique. Ce crime désormais qualifiable d'acte de barbarie ayant entraîné une mutilation est visé par l'article 222, alinéa 5 du Code pénal, ou d'acte de violences ou blessures volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente est visé par l'article 222, alinéa 9 du Code pénal. Il consiste, en fait, en l'ablation ou la mutilation, totale ou partielle, des organes génitaux, soit chez l'homme (destruction de la verge, des testicules) soit chez la femme (ovariectomie), avec l'intention de priver la victime de la faculté de procréer⁵⁵⁶. C'est ainsi que le crime de castration place le chirurgien esthétique hors du champ de l'exercice normal ou conforme aux règles requises par la médecine en impliquant une volonté intentionnelle de nuire en privant le patient de toute possibilité de procréer à la suite de l'ablation ou la mutilation des organes génitaux.

⁵⁵⁴ BRANLARD J.-P., *Le sexe et l'état des gens*, thèse droit, Paris, 1991, p. 429.

⁵⁵⁵ FAURE S., *Etude médico-juridique du transsexualisme : évolution de la jurisprudence à l'aube de l'Europe*, thèse médecine, Dijon, 1993, p. 65.

⁵⁵⁶ Cass. crim., 1^{er} sept. 1814, cité par H.F. ELLENBERGER, « Castration et eunuques », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, n°1, 1989, p. 47.

Cette incrimination constitue donc l'infraction la plus adaptée à l'opération de remodelage sexuel susceptible de retenir la responsabilité pénale du chirurgien esthétique puisqu'elle entraîne une impossibilité de procréer chez le transsexuel ; le but thérapeutique, et contrairement au délit d'administration de substances dangereuses, n'est pas susceptible de justifier ce crime. A cet effet, et en dépit du but thérapeutique de l'opération, et même si cette dernière ne rend absolument pas le transsexuel malade⁵⁵⁷, les dommages causés par le chirurgien esthétique sont suffisants pour le rendre coupable, surtout que ces derniers comportent une intention délibérée de nuire et éloignent ainsi catégoriquement cet acte de toute conformité aux règles de l'art, et même aux règles de conduite et de déontologie professionnelle.

La responsabilité pénale des chirurgiens esthétiques a été mise en cause sur le fondement de cette qualification par la jurisprudence ; l'une de ses décisions datant du 23 avril 1990 s'avère particulièrement importante⁵⁵⁸. Cette décision concernait un élève infirmier psychiatre qui s'est soumis à une opération de remodelage sexuel après consultation d'une neuropsychiatre puisqu'il se croyait transsexuel. Après avoir subi une ablation de l'appareil génital externe avec plastie de néo-vagin suivie de trois autres opérations, le patient s'est donné la mort trois ans plus tard. Sa famille a poursuivi le chirurgien, ainsi que l'urologue qui l'a assisté, en demandant leur culpabilité pour crime de castration, alors que le lien de causalité entre l'intervention chirurgicale et la mort du patient n'ait pas pu être établi de manière formelle. Le Tribunal correctionnel de Nice n'a pas retenu la responsabilité des médecins pour crime de castration en estimant que « *la castration implique une volonté novice, intention délibérée de nuire* » et ne peut ainsi se rattacher à un acte médical⁵⁵⁹. Cependant, la Cour d'Aix-en-Provence a affirmé le caractère illicite de l'opération et a alors condamné les deux médecins pour blessures volontaires.

Deux infractions peuvent ainsi constituer, et jusqu'à présent, une condamnation pénale spécifique et adaptée à l'opération de remodelage sexuel en cas d'illicéité, tout

⁵⁵⁷ FAURE S., *Etude médico-juridique de transsexualisme : évolution de la jurisprudence à l'aube de l'Europe*, thèse Médecine, Dijon, 1993, p. 64 ; PENNEAU J., note sous Cass. civ., 16 déc. 1975, *JCP* 1976, II, 18503.

⁵⁵⁸ CA Aix-en-Provence, 23 avr. 1990, *JCP* 1991, II, 21720, obs. MEMETEAU ; Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 232 p. 591. L'annexe 19 présente des extraits de ces arrêts.

⁵⁵⁹ Trib. Corr. Nice, 25 mai 1989, cité par BRANLARD J.-P., *Le sexe et l'état des gens*, Thèse droit, Paris, 1991, p. 414.

en tenant évidemment compte de la possibilité de poursuivre le chirurgien esthétique pour des infractions générales pouvant incriminer tout médecin, comme par exemple la défaillance à l'exercice normal de la médecine, etc.



CONCLUSION DU CHAPITRE I

358. En conclusion, on peut donc affirmer que le principe du respect de la vie privée de toute personne a exigé la reconnaissance de la licéité de l'opération de remodelage sexuel et par la suite l'acceptation du changement des états civils des personnes transsexuelles. Une reconnaissance législative a été formulée dans plusieurs pays, alors qu'elle a été jurisprudentielle en France. Pourtant, cette reconnaissance ne nie absolument pas la possibilité de poursuivre le chirurgien esthétique aussi bien civilement que pénalement. En effet, elle est liée à un nombre de conditions que ce dernier doit respecter avant de procéder à la réalisation de l'opération. En cas de défaillance, une incrimination pénale spécifique peut lui être imputée, tout en tenant compte des infractions d'ordre général pouvant susciter l'incrimination de tout praticien à l'occasion de l'exercice de sa profession. Mais l'opération de remodelage sexuel n'est pas la seule à pouvoir engager la responsabilité pénale du praticien, spécifiquement adaptée à la chirurgie esthétique. Le plasticien peut par ailleurs faire l'objet de poursuites pénales en raison de son recours à une publicité mensongère.

CHAPITRE II

RESPONSABILITE PENALE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE EN CAS DE PUBLICITE

359. Présentation. L'intervention chirurgicale esthétique est de nature spécifique qui lie son utilité, comme précédemment examiné, à la réalisation de la finalité qui la justifie et qui a poussé une personne à réclamer un changement physique dans un seul but d'amélioration de morphologie susceptible de lui apporter la satisfaction psychologique souhaitée. Ainsi, l'avènement du chirurgien esthétique à pratiquer une intervention à visée esthétique pour un but autre que celui attendu et réclamé par le patient est de nature à détourner l'acte de sa justification et de le rendre par la suite inutile ; aucune nécessité thérapeutique ou état d'urgence ne lui permet de réaliser une telle opération. C'est ainsi que le plasticien peut voir sa responsabilité, non seulement civile ou professionnelle, mais également et parfois pénale, engagée.

Une hypothèse fondamentale traduit le détournement de la finalité essentielle de l'intervention chirurgicale esthétique : elle se dégage via le recours du chirurgien esthétique à des moyens publicitaires, qui ne reflètent pas, le plus souvent, la réalité des résultats promis, ou même la compétence professionnelle, esthétique et chirurgicale réelle de la personne la présentant, cette dernière y ayant recours dans un but purement commercial et financier.

Le moyen publicitaire peut donc constituer une cause fondamentale pour la condamnation pénale du chirurgien esthétique ayant recours à une publicité mensongère. En outre, et au-delà, l'Ordre des médecins peut prendre à l'égard de celui-ci diverses sanctions. Les commentaires du Code de déontologie médicale expliquent effectivement parfaitement la portée de la prohibition de l'utilisation de la publicité : « à propos de l'information individuelle publicitaire. Elle apparaît dans de multiples circonstances. L'information peut être exacte mais étendue sans justifications. Il en est de même quand les vacances font l'objet d'insertion dans les journaux et constituent en réalité des prétextes à faire parler de soi. Ces informations doivent être au préalable communiquées au Conseil départemental de l'Ordre. L'information peut être exacte mais excessive en prenant une connotation publicitaire dans la forme : c'est le cas des

plaques professionnelles dont les dimensions dépassent celles, traditionnelles, de 25 sur 30 centimètres, se transformant en véritables panneaux. Il en est de même du libellé de la plaque comme celui des ordonnances⁵⁶⁰ et de l'utilisation fréquente de titres non autorisés, car favorisant la confusion entre des diplômes faciles à acquérir et des qualifications réelles, ou se rapportant à des aspects parcellaires de l'activité. On retrouve les mêmes intentions publicitaires dans les annuaires⁵⁶¹.

*Si des informations médicales de caractère général peuvent se révéler justifiées de la part d'établissements commerciaux, la publicité doit se limiter aux prestations commerciales. Dès que la publicité concerne les soins, elle interfère avec l'activité des médecins ou des auxiliaires médicaux astreints à des règles déontologiques. Le chirurgien esthétique ne doit pas tolérer que les organismes publics ou privés où il exerce utilisent à des fins publicitaires son nom ou son activité. »⁵⁶². Le chirurgien esthétique ainsi que les cliniques esthétiques utilisent alors plusieurs moyens ou formes publicitaires en dépit de l'interdiction professionnelle clairement édictée par le Code de déontologie médicale (**section I**), ce qui peut entraîner leur condamnation en raison du recours à la publicité (**section II**).*

SECTION I

MOYENS PUBLICITAIRES UTILISES

360. « *Chirurgiens- commerçants* ». Abusant de leur profession, les chirurgiens esthétiques, ainsi que d'autres personnes prétendant exercer des opérations à visée esthétique nonobstant toute compétence en chirurgie esthétique, peuvent « profiter » de l'obsession de beauté existant chez de nombreuses personnes afin de les pousser à réaliser des changements esthétiques, et ce en ayant recours à des moyens publicitaires divers. En effet, et en dépit de l'interdiction énoncée par le Code de déontologie médicale qui estime dans son article 13 que tout praticien « doit se garder [...] de toute attitude publicitaire », une utilisation abusive, voire mensongère, de la publicité envahit le champ de la chirurgie esthétique. C'est ainsi que les plasticiens trouvent dans la

⁵⁶⁰ Article 79 du Code de déontologie médicale.

⁵⁶¹ Article 80 du Code de déontologie médicale.

⁵⁶² *Le Code et ses commentaires*, www.conseil-national.medecin.fr.

publicité un moyen surprenant pour abuser de leur profession et réaliser des profits financiers énormes, mettant à part leur rôle humaniste, scientifique et dépassent ainsi les limites, voire même la finalité, qui justifie la réalisation d'une intervention chirurgicale esthétique, et n'usent donc de cette profession que dans un but purement commercial. Cette séduction financière de la publicité a fait de la chirurgie esthétique un domaine plein d' « *intrus* » qui s'affublent de titres multiples en vue d'affecter les volontés des personnes en les poussant à « *modifier* » leur corps conformément aux « *promesses* » publicitaires fortement séduisantes.

Leur séduction provient essentiellement du fait que les individus, en général, et les femmes, plus spécifiquement, cherchent à se conformer à un idéal de beauté, aux canons de beauté. Ainsi, les chirurgiens esthétiques, conscients de cette « *obsession* », ne font que la promouvoir et exploitent ce désir de beauté et d'amélioration physique, et ce au travers non seulement de moyens publicitaires particulièrement adaptés et efficaces, mais également via un contenu riche et varié encourageant cette obsession de beauté chez la personne à réclamer des changements esthétiques. De cette façon, les plasticiens abusent de la mission essentielle de leur profession pour la transformer en un moyen de réalisation de profits énormes et augmenter le chiffre de leur clientèle, en exploitant cette fragilité psychologique des personnes vivant dans une obsession permanente de beauté et d'amélioration d'image. Ainsi, le recours des chirurgiens esthétiques à la publicité s'opère par des moyens divers : ils sont généralement directs (§1), mais le plasticien peut par ailleurs viser un but publicitaire par une voie indirecte (§2).

§1. Moyens publicitaires directs

361. *Moyens publicitaires spécifiques.* Les moyens publicitaires répandus tels les affiches, les panneaux publicitaires, les annonces publicitaires dans les journaux et la presse, les médias sociaux, les publicités télévisées, ou à travers la radio, etc., constituent un excellent champ au travers duquel les chirurgiens esthétiques exposent expressément l'objet, les techniques, les services, les méthodes, ou encore les résultats esthétiques promis. Mais les plasticiens ne se contentent pas de ces moyens traditionnels et généraux de publicité ; au contraire, ils déduisent de la fragilité de toute personne vivant dans une obsession de beauté, une multitude de moyens spécifiques à caractère publicitaire pour diffuser des informations, pouvant avoir un effet simultané sur

la volonté des personnes qui les reçoivent. Cet esprit « *d'invention* » publicitaire fait des chirurgiens esthétiques des hommes de commerce qui incitent les gens à essayer les « *services* » qu'ils présentent, ou bien des psychologues qui choisissent les termes les plus adaptés pour exploiter l'intention de toute personne vers la beauté et la conformité à un idéal, plutôt que des praticiens ayant une mission humaniste et chirurgicale. C'est ainsi que ces moyens spécifiques sont susceptibles de montrer très clairement comment les plasticiens abusent du désir « *inclus* » dans le for interne de toute personne, particulièrement des femmes, ayant une obsession permanente d'embellissement et de conformité à un idéal de beauté, et ils savent bien comment en profiter pour pousser ces dernières à répondre à leurs « *promesses* ». Quatre moyens spécifiques feront l'objet de notre étude, chacun d'eux sera évoqué séparément dans les paragraphes suivants.

362. Lettres personnalisées. Un certain nombre de « *chirurgiens esthétiques* » choisissent le moyen de la « *publicité directe mais personnelle* », et ce au travers de « *lettres personnalisées* » envoyées à leurs potentielles clientes. A titre d'exemple, on mentionne une de ces lettres, envoyée à une cliente pour l'inciter à réaliser une opération d'implant de prothèses mammaires. Riche d'un langage fortement adapté et comportant une part « *d'éloge* » sur sa compétence unique et sa technique spécifique qui sont des éléments encourageants pour les patients dans leur choix du chirurgien esthétique, la lettre du plasticien indique : « [...] *vous aurez, quand vous voudrez, des seins comme vous n'espérez pas en avoir. Ils seront les plus beaux qu'une femme puisse rêver. Ils auront au toucher une texture idéale. Ils conserveront (au maximum) toute leur sensibilité... jamais personne ne pourra s'apercevoir de l'opération car je suis le premier au monde à opérer par voie axillaire et non par voie sous-mammaire, ce qui rend absolument invisible toute séquelle cicatricielle postopératoire. J'ai publié ma technique et j'ai fait de nombreux adeptes parmi mes confrères. Les résultats que j'ai vus sont loin d'être aussi bons que les miens car il manque un certain 'tour de main'. En outre, je peux garantir l'innocuité absolue de cette intervention, l'absence de toute complication possible tant dans les suites immédiates que dans les suites les plus éloignées (17 ans de recul) ... de quoi rêver pourtant tout cela n'est que stricte vérité. Cette chirurgie qui n'a pas un caractère vital se doit d'être simple et confortable et ressembler davantage à une séance un peu prolongée chez le coiffeur qu'à une opération de chirurgie ordinaire... dès la fin de l'intervention, vous contemplerez vos seins dans une glace et comme toutes vous direz 'c'est un miracle'. Vous vous reposerez ensuite et dans la soirée quand il vous plaira vous pourrez regagner vous-même*

tranquillement et heureuse votre hôtel... vous ne souffrirez pas. Un mois après, vous pourrez vous livrer à n'importe quel sport. »⁵⁶³. Ces termes incitatifs de la lettre personnelle mentionnée peuvent avoir un effet similaire sur la volonté des patients, même s'ils sont évoqués dans des articles élogieux, publiés dans la presse et qui se distinguent des annonces publicitaires précédemment citées.

363. Articles élogieux. Outre les annonces publicitaires diffusées par les chirurgiens esthétiques dans la presse écrite, ces derniers, conscients de l'effet « *attractif* » d'une description apologique des informations qu'ils désirent communiquer à la clientèle, ont recours à un moyen publicitaire spécifique que sont les articles « *élogieux* ». En effet, ces articles élogieux publiés dans la presse se caractérisent par une « *subtilité* » de description des techniques ou des informations concernées, mais n'en sont pas moins des annonces puisqu'elles constituent de ce fait une méthode directe de publicité.

Citons à titre d'exemple cette publicité claire et directe contenue dans un article publié par une revue et qui recommande la technique de la « *liposculpture aux ultrasons, avec l'appareil français le lipectron pour le traitement définitif de la cellulite localisée, sans hospitalisation, sous anesthésie locale en deux à trois heures, pas d'arrêt de travail* »⁵⁶⁴.

Outre l'élément « *d'éloge* » qui est susceptible d'encourager les personnes à éprouver les techniques ou bien les services recommandés, le gage de compétence est un critère fortement engageant pour les patients dans leur choix du plasticien, raison pour laquelle certains d'entre eux abusent dans leur recours de « *titres pompeux* » pour former ou augmenter le chiffre de leur clientèle.

364. Multiplicité des titres « solennels ». Par respect des vertus de la médecine et de la mission de cette profession, tout praticien est tenu de répondre aux exigences de la discipline médicale qu'il exerce, à savoir d'être compétent, d'une part, et, d'autre part, de ne pas dépasser les limites de sa compétence. A cet effet, il est tout d'abord interdit d'exercer quelque discipline médicale, et par la suite de s'affubler de titres « *illusoire*s », sans être titulaire du diplôme recommandé ; deuxièmement, la

⁵⁶³ Cité par DOLL Paul-Julien, « Panorama de la récente jurisprudence française concernant la responsabilité médicale en matière de chirurgie esthétique », *Gaz. Pal.* 1978, 2, p. 650.

⁵⁶⁴ *ELLE*, 2 mai 1994, n°2522, p. 246.

règle de « *l'universalité de diplôme* » ne s'applique pas aux praticiens spécialisés dont les chirurgiens esthétiques font partie. Ainsi, même si l'article 70 du Code de déontologie médicale énonce la règle de l'universalité de diplôme en disposant que « *tout médecin est en principe habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement* », cette dernière règle interdit toutefois de conférer à des médecins spécialisés un monopole de leur discipline⁵⁶⁵. En effet, l'omnivalence de diplôme permet d'accomplir tous les actes médicaux, mais cette omnivalence n'entraîne pas en revanche une omniconcompétence.

Il est donc interdit au médecin de dépasser ses compétences puisque « *la compétence professionnelle est la première obligation morale du médecin. Un médecin ignorant est forcément un médecin malhonnête. Mais personne ne sait tout. Le médecin a la responsabilité d'apprécier les limites de sa compétence, de discerner le moment où il doit demander conseil ou adresser son malade au spécialiste, au consultant, au service hospitalier qui conviennent. Le médecin, qui a légalement le droit de tout faire, serait très imprudent de s'aventurer dans des pratiques qu'il connaît mal.* »⁵⁶⁶. Pourtant, dépasser le cadre de ses compétences, ne constitue pas pour le praticien une infraction pénale⁵⁶⁷. C'est dans ce contexte qu'entre un moyen publicitaire spécifique utilisé par les praticiens qui ont trouvé dans le domaine de la chirurgie esthétique un champ attirant leur permettant de réaliser des profits énormes. Ainsi, ces médecins n'hésitent pas, par curiosité ou par intérêt financier, à se lancer dans un domaine pour lequel ils ne sont pas formés. Le meilleur exemple de cette « *tendance* » se révèle à travers une nouvelle discipline pratiquée par des dermatologues ou des généralistes sans aucune existence officielle : il s'agit de la médecine esthétique qui peut être définie par des interventions superficielles faisant appel à des techniques simples et ne portant que sur des couches superficielles du derme sans toucher aux muscles ou aux os. Cette nouvelle discipline comporte un champ de pratique large : gommage des rides par injections de collagène, mise en place de fils (catgut, gore-tex ou fils d'or), abrasion mécanique ou chimique (peeling) et même lipoaspiration. Ces actes, quoiqu'ils soient à caractère superficiel ne nécessitant qu'une technique simple, constituent cependant une

⁵⁶⁵ VITU A., obs. sur Cass. crim., 30 nov. 1982, *rev. sc. crim.*, 1984-69.

⁵⁶⁶ VILLEY Raymond, *Déontologie médicale*, Masson, 1982, p.33.

⁵⁶⁷ Cass. crim., 8 mars 2011, Bull. crim., 2011, n° 50 ; Cass. crim., 15 nov. 2011, n° 10-88316.

atteinte à l'intégrité physique de la personne et nécessitent alors une compétence spécialisée, et sans doute un certain matériel chirurgical, une véritable asepsie et surtout une grande prudence⁵⁶⁸. Mais au-delà, et pour parer au défaut de la compétence, ces médecins se permettent de s'affubler de titres solennels. En effet, ils connaissent bien l'effet que pourrait avoir un « *titre pompeux* » qui peut refléter pour les patients une véritable compétence et être par la suite une source de contentement et de confiance pour eux dans leur choix du médecin, ce qui aboutit à augmenter la clientèle ou à former cette dernière.

Etre par exemple « *spécialiste en dermo-esthétique* », ou en « *médecine esthétisante* », ou encore être titulaire de certains diplômes fantaisistes comme le « *diplôme de sourirologie* » présente évidemment une véritable source qui touche directement à l'obsession d'embellissement existant chez toute personne et l'incite alors à préférer ce médecin titulaire d'un assez nombre de titres pour lui confier son désir de changement physique qu'elle tend à réaliser. Ces « *titres pompeux* » ne sont en fait d'un moyen publicitaire direct qui ne constitue pas seulement un manquement aux obligations professionnelles, aux exigences de l'exercice de la profession médicale, aux règles édictées par le Code de déontologie médicale, mais également une exploitation directe de la faiblesse et de la fragilité psychologiques des personnes qui tendent à une amélioration de leur morphologie. Outre « *l'impact magique* » des titres qui constituent une source de confiance chez les patients dans le choix de leur médecin, certains médecins ont recours à un moyen publicitaire « *moderne* » et largement efficace : il s'agit de la publicité via la nouvelle technologie communicative.

365. Nouvelle technologie de communication. Outre les moyens publicitaires traditionnels qui utilisent les techniques audio-visuelles pour s'adresser aux consommateurs, la nouvelle technologie a pu offrir de nouveaux moyens de communication constituant un champ excellent de publicité ; il s'agit essentiellement des sites Web créés par les institutions et les personnes en vue d'y faire une présentation « *attirante* » et d'y donner toutes les informations sur les services assurés, sur leurs traits spécifiques, ainsi que sur l'adresse détaillée en laissant une page libre de « *contact* » pour les consommateurs désirant communiquer via le site Internet avec l'institution ou la personne concernée. Ces moyens nouveaux technologiques

⁵⁶⁸ BARRERE A., « Prudence », *Top santé*, décembre 1994, n°51, p. 52.

concernent également les sites de communication sociale, tel « *Facebook* », où toute personne peut créer une page spécifique et réaliser une chaîne de communication avec les consommateurs via cette page. On peut assurer que ce progrès technologique de communication qui augmente de jour en jour est actuellement répandu d'une façon extrêmement forte dans la société ; ce qui fait d'Internet un moyen excellent et direct de publicité pouvant arriver à une longue chaîne de consommateurs, au niveau national comme au niveau international, dépassant même parfois l'efficacité publicitaire des moyens médiatiques traditionnels.

Ainsi, les chirurgiens esthétiques peuvent facilement avoir recours à ces moyens directs de publicité, en créant une page spécifique sur des sites de communication sociale, ou encore en créant un site Web spécifique, présentant toutes les informations relatives à leurs services, à leur compétence, aux techniques esthétiques qu'ils offrent, et évidemment à leurs adresses et numéros de téléphone, sans oublier le recours à une présentation « attractive » de ce site ou page Web. L'utilisation de ce moyen a été parfaitement décrit par le Docteur SAMARRITO qui a estimé que : « *bien qu'en France la publicité soit interdite pour les médecins, l'aspect d'au moins 12 sites (24.4%) est sans équivoque* »⁵⁶⁹.

Par conséquent, les chirurgiens esthétiques ont recours à des moyens publicitaires traditionnels, mais aussi à des moyens directs et spécifiques de publicité, créés par les plasticiens dans le but de diffuser leurs « *promesses* » esthétiques. Par ailleurs, certains chirurgiens esthétiques ne se contentent pas de tels moyens pour inciter les gens à solliciter leurs services ; ils utilisent également des moyens indirects de publicité.

§2. *Moyens publicitaires indirects*

366. *But des publicités indirectes.* Pour faire face à l'interdiction énoncée par l'article 13 du Code de déontologie médicale d'avoir recours à des attitudes publicitaires et essayer en même temps de diffuser leurs services et leurs techniques esthétiques, un certain nombre de plasticiens abusent de moyens licites pour faire indirectement de la publicité. Ainsi, ces chirurgiens esthétiques visent à réaliser au travers de ces moyens le même but que la publicité directe, à savoir affecter l'obsession

⁵⁶⁹ SAMARRITO, « Internet entre information et publicité », *Quotidien du médecin*, 6 mars 2003, p.10.

d'embellissement et de conformité à un « *idéal de beauté* » existant chez les individus, et surtout chez les femmes, pour exercer une sorte de « *pression sociale* » sur celles-ci et les inciter alors à réclamer les « *promesses* » de changements esthétiques proposés par les plasticiens. Directs ou indirects, les moyens publicitaires constituent en fait des facteurs qui mettent l'intervention chirurgicale esthétique hors du champ de son utilité, et doivent pousser le plasticien à s'abstenir de réaliser une opération esthétique souhaitée par une publicité. Un recours à de tels moyens est de nature à exposer le chirurgien esthétique à des sanctions⁵⁷⁰. Ainsi, et en dépit de cette interdiction qui rend injustifiée la réalisation de l'opération à visée esthétique, certains chirurgiens esthétiques utilisent des moyens indirects de publicité, des moyens que nous allons évoquer successivement dans les paragraphes suivants.

367. Diffusion de livres. Un certain nombre de chirurgiens esthétiques choisissent la publication de livres, qui comportent en réalité des formulations publicitaires par excellence, pour faire leur publicité. Le recours à de tels moyens se fait essentiellement par des praticiens dépassant leur compétence et exerçant la chirurgie esthétique, ou plutôt la « *médecine esthétique* », nouvelle discipline se développant largement depuis quelques années. Ainsi, cette catégorie de praticiens, et sous prétexte de la publication d'un ouvrage médical ou bien scientifique, exerce en fait une sorte de publicité « *incluse* » révélée par le contenu de l'ouvrage publié. C'est dans ce contexte qu'un médecin, gynécologue qui prône les mérites de la médecine esthétique, a fait l'objet d'articles dithyrambiques lors de la parution de son livre⁵⁷¹. Pourtant, cet ouvrage constituait un véritable catalogue publicitaire⁵⁷².

Des extraits d'articles, dont la médecine esthétique a fait objet, sont suffisants pour révéler le caractère purement publicitaire de cet ouvrage. C'est le cas par exemple d'un article diffusé dans *Madame Figaro* qui énonce : « *peu ou pas d'hospitalisation, des interventions rapides et indolores, des suites postopératoires sans mauvaise surprise* »⁵⁷³ ; même constat dans *France soir* qui déclare « *esthétique c'est la*

⁵⁷⁰ V. *supra* n°212.

⁵⁷¹ HADDAD Guy, *Jeunesse pour tous*, Lincoln, 1993.

⁵⁷² FOLLEA L., « Un quart des chirurgiens esthétiques seraient compétents », *Le Monde*, 9 février 1995, p. 13 ; « L'Ordre des médecins dénonce une publicité télévisée pour la chirurgie esthétique », *Le Monde*, 24 janv. 1995, p. 11.

⁵⁷³ *Madame Figaro*, mai 1993.

révolution de velours »⁵⁷⁴. Ces articles donnent la preuve parfaite sur l'effet de la publication de tels ouvrages comportant une série d'informations sur la médecine esthétique qui sont susceptibles d'inciter, non seulement les consommateurs, mais également la presse qui joue, à son tour, un rôle dans l'expansion de ces livres, et par la suite dans la diffusion de cette branche, qui n'a aucune existence reconnue par l'Ordre des médecins. Par ailleurs, la pratique de cette branche se fait de plus en plus en cabinet sans tenir compte de la nécessité d'utiliser un certain matériel chirurgical ou une véritable asepsie par exemple. L'effet des mots et des expressions bien choisis par les plasticiens pour avoir le plus fort impact sur les volontés des patients, se traduit également au travers des émissions télévisées qui sont un moyen indirect de publicité utilisé par les chirurgiens esthétiques.

368. Participation à des émissions télévisées. Au lieu de faire une publicité directe à travers la télévision, certains chirurgiens esthétiques, ou plutôt certains praticiens pratiquant la « *médecine esthétique* », choisissent de participer à des émissions télévisées et de faire, par le biais de ces émissions, une publicité personnelle, soit directement, soit en prétendant présenter un ouvrage, mais qui cache en réalité une publicité personnelle. La participation à de telles émissions télévisées offre au chirurgien esthétique un excellent moyen non seulement de faire une publicité personnelle, mais elle constitue également un « *gage de compétence* » pour un médecin, puisqu'elle encourage les personnes à s'adresser à ce médecin paru dans telle émission ; l'émission donne au public une « *confiance* » le laissant penser que participer à un programme télévisé de grande écoute est un gage de compétence pour ces médecins.

Cette croyance ne traduit certainement pas la réalité. L'exemple suivant d'une femme ayant souffert en raison de ce « *gage de compétence* » pour le médecin paru dans une émission télévisée, explique clairement la véritable compétence de ce médecin. En effet, une véritable exploitation de la faiblesse des personnes, est l'explication pratique des promesses données par les médecins par le biais des programmes télévisés. C'est dans ce contexte qu'une femme désirant atténuer son air sévère dû à une contracture du front, s'est adressée à un chirurgien parce que ce « *chirurgien a écrit un livre sur la chirurgie esthétique* » disait cette femme ; et elle continuait en disant « *je l'ai appris en regardant une émission de télévision. J'ai acheté*

⁵⁷⁴ *France Soir*, 13 avr. 1993.

ce livre. Par la suite, j'ai revu ce chirurgien à plusieurs reprises, dans des émissions télévisées »⁵⁷⁵. Ce praticien a effectué un lifting complet à la place de l'opération frontale demandée ; ce lifting a causé une déformation du visage de la patiente et des souffrances aux yeux. La pratique de la publicité indirecte ne se limite pas à ce niveau. Certains chirurgiens esthétiques exercent parfaitement leur profession comme un véritable commerce ; c'est le cas avec la création des sociétés-écrans.

369. Création des « sociétés-écrans ». Une déloyauté extrême est pratiquée par certains médecins exploitant la détresse et la faiblesse des individus désirant réaliser une amélioration de leur morphologie, et faisant ainsi de la chirurgie esthétique une profession purement « commerciale » à seule visée lucrative, ce qui constitue une déconsidération claire de la profession. Cette déloyauté se traduit par le recours de ces médecins au « compérage » (entente entre médecins et usage de rabatteurs) et à la création d'une société-écran en vue de faire de la publicité pour la chirurgie esthétique. C'est par exemple le cas d'un généraliste qui a créé une société-écran faisant de la publicité. Cette société employait une personne dont la tâche consistait uniquement à renvoyer vers son cabinet les appels téléphoniques ou les visiteurs ; cette société n'était en fait qu'un écran ayant pour objet réel de faire de la publicité pour ce médecin en lui renvoyant toutes les personnes souhaitant faire un changement esthétique.

Certains chirurgiens esthétiques exercent également un détournement des interdictions légales, en vue d'échapper aux dispositions légales et d'avoir recours en même temps aux moyens publicitaires, en faisant de la publicité au nom d'établissements esthétique et pas en leur nom personnel.

370. Publicité au nom de cliniques ou d'établissements esthétiques. En dépit du fait que toute publicité directe ou indirecte est interdite aux médecins, beaucoup d'entre eux ne respectent pas cette interdiction édictée par les dispositions du Code de déontologie⁵⁷⁶. Ils exploitent le fait que la publicité directe soit autorisée pour les structures commerciales, comme les cliniques, pour ainsi échapper à l'interdiction légale, en faisant leur publicité par l'établissement et non par leur nom personnel. Ils réalisent en fait ces publicités directes sur la chirurgie esthétique en s'association avec la direction de l'établissement, et tous deux profitent de cette façon des résultats. Ces

⁵⁷⁵ BONNEFOUS Nelly, « Chirurgie esthétique, le scandale », A.J., 1994, p. 44 à 53.

⁵⁷⁶ <http://www.conseil-national.medecin.fr>

publicités sont basées sur le même principe que la publicité en général. Leur cible principale est généralement, comme les autres moyens publicitaires, les femmes, raison pour laquelle ils envahissent les journaux et les revues féminins.

Ce détournement des dispositions interdisant le recours à la publicité est pratiqué par un grand nombre de plasticiens qui y trouve un moyen « *cher* » de procéder à la publicité au nom d'établissements. Cependant, un tel moyen utilisé d'une façon illégale peut également être l'objet de poursuites tant à l'encontre du praticien qu'à celle de l'établissement esthétique.

L'invention de moyens assurant une incitation des individus à subir des changements esthétiques proposés a conduit certains chirurgiens esthétiques à essayer la télé-réalité, avec une émission spécifique visant à faire subir un changement physique aux participants.

371. Emissions de télé-réalité. La chirurgie esthétique, qui constitue un phénomène psychologique mais aussi social, pousse des chirurgiens esthétiques à profiter de l'exigence de perfection existant chez de nombreuses personnes, et surtout chez les femmes, et les incite alors à une comparaison avec un « *idéal de beauté* » proposé par ces plasticiens. Les patients cherchent alors à se conformer à ce modèle. Dans ce contexte, la chirurgie esthétique constitue un moyen rapide et définitif auquel de plus en plus de personnes ont recours et devient un véritable phénomène de société. Un moyen publicitaire indirect profite largement de cette « *obsession d'embellissement* » : il s'agit des programmes de télé-réalité ayant pour objet de faire subir un changement total de physique aux candidats y participant. C'est dans ce sens qu'une chaîne de télévision française a lancé une émission de télé-réalité « *MissSwan* » fondée sur le concept « *Vous ne pouvez pas changer le monde ? Changez de corps !* ». Ce jeu vient des Etats-Unis. Il met aux prises 16 jeunes femmes de 25 à 40 ans, enfermées trois mois dans une clinique sans miroir. Leur but est de devenir « *des femmes au physique de rêve* ». Les 16 candidates « *mal dans leur peau* » subissent des transformations majeures, incluant la chirurgie esthétique. Aux Etats-Unis, l'émission a séduit 20 000 volontaires prêts à passer devant les caméras et à exhiber sans honte leur douloureuse métamorphose. Dans la continuité de cette idée de « *Télé fait moi belle (beau)* », MTV (chaîne américaine) va encore plus loin et a créé l'émission « *I Want a Famous Face* ». Chaque semaine, il est proposé à des adolescents de « *réaliser leur rêve* » en les faisant ressembler à des acteurs ou des actrices connus. Lors d'une récente

émission, deux jumeaux boutonneux se sont ainsi « transformés » en Brad Pitt et Keanu Reeves. Chacun a subi trois interventions pour un résultat des plus douteux.

Ces émissions, constituant enfin un moyen publicitaire extrêmement puissant pour les chirurgiens esthétiques y participant, n'hésitent pas à profiter de la naïveté du public attendant des résultats fantastiques sans être conscient, en revanche, des risques encourus lors de ces interventions qui restent avant tout des interventions chirurgicales.

Tous ces moyens sont sans aucun doute condamnables, et les sanctions ne sont pas seulement de nature professionnelle, mais peuvent également parfois être de nature pénale.

SECTION II

CONDAMNATION DU RECOURS A LA PUBLICITE

372. *Condamnation pénale et professionnelle.* A l'instar de toutes les branches de la médecine, le recours à la publicité en chirurgie esthétique est interdit, voire condamnable⁵⁷⁷. Pourtant, chaque semaine, ce principe éthique est transgressé : les magazines féminins citent régulièrement des médecins qui passent plus de temps à promouvoir leurs services qu'à se perfectionner, les plasticiens utilisent des moyens « détournés » pour faire de la publicité, comme en passant à la télévision, en écrivant des livres, en répondant à des journalistes, en envahissant les journaux féminins et les revues de santé dont la cible est essentiellement la femme, en s'affichant dans des annonces sous le nom de cliniques commerciales pour qui la publicité n'est pas interdites puisqu'elles sont à visée commerciale. Il s'agit donc pour ces médecins d'apparaître sur la scène médiatique, soit en leur nom propre, soit simplement comme une image, soit sous le nom de cliniques et établissements à visée commerciale, sans oublier l'utilisation des photos avant-après qui constituent un moyen fondamental pratiqué par ces plasticiens, mais aussi Internet qui se trouve actuellement être un moyen privilégié ouvert pour la publicité. Le recours à tous ces moyens entraîne inévitablement un flux d'appels, de demandes, de rendez-vous et de renseignements.

⁵⁷⁷ DUMON Christophe, *La responsabilité médicale en 1993. Particularités de la chirurgie esthétique*, Thèse médecine, Paris, 1993, p.65 et s.

Toutefois, toutes ces pratiques, directes ou indirectes, sont strictement sanctionnées, non seulement sur le plan civil en engageant la responsabilité civile du plasticien, mais également sur le plan professionnel (§1) et pénal (§2).

§1. Condamnation professionnelle

373. Face à l'insistance de certains chirurgiens esthétiques dans l'utilisation de tous ces moyens, directs et indirects, pour faire de la publicité, pratiquant même une sorte de « *détournement* » pour arriver à leur finalité publicitaire nonobstant l'interdiction énoncée par le Code de déontologie médicale et contrairement aux textes qui prohibent le recours à la publicité (A), le Conseil de l'Ordre des médecins est intervenu en appliquant les mesures et les sanctions disciplinaires à de telles pratiques (B).

A. Prohibition professionnelle du recours à la publicité

374. Fondements textuels. Le nouveau Code de déontologie médicale, destiné à s'appliquer à tous les praticiens, contient des dispositions concernant davantage les chirurgiens esthétiques que les autres médecins. Il s'agit surtout de l'usage de la publicité par les plasticiens ayant fait l'objet de plus d'un article au sein dudit Code. En effet, l'article 13 exige du plasticien de « *se garder de toute attitude publicitaire* » en disposant que « *lorsque le médecin participe à une action d'information du public de caractère éducatif et sanitaire, quel qu'en soit le moyen de diffusion, il doit ne faire état que de données confirmées, faire preuve de prudence et avoir le souci des répercussions de ses propos auprès du public. Il doit se garder à cette occasion de toute attitude publicitaire, soit personnelle, soit en faveur des organismes où il exerce ou auxquels il prête son concours, soit en faveur d'une cause qui ne soit pas d'intérêt général.* » Autrement dit, cet article, et tout en donnant le droit au chirurgien esthétique de participer à des audiences publiques, à savoir à des conférences scientifiques ou éducatives, impose d'autre part au plasticien un devoir de prudence en lui interdisant de faire de ces conférences un moyen pour réaliser une publicité qu'elle soit personnelle, ou en faveur des organismes où il exerce son activité, ou encore en faveur d'une cause qui ne soit pas d'intérêt général.

En outre, le Code de déontologie médicale interdit d'une façon très stricte la pratique de la médecine, et entre autres de la chirurgie esthétique, tel un commerce. En

effet, en vertu de l'article 19 de ce Code « *la médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale.* » Il convient de noter dans ce contexte que les cliniques et les établissements esthétiques qui sont considérés comme étant de nature commerciale ne sont certainement pas concernés par cette prohibition ; pour cette raison, certains plasticiens diffusent des annonces publicitaires, comme déjà évoqué, via le nom de telles ou telles cliniques et non en leur nom propre ; il s'agit là certes d'une sorte de détournement à l'interdiction légale de recourir à la publicité.

Le Code de déontologie médicale ne se contente pas en fait d'empêcher le médecin de faire une publicité, qu'elle soit personnelle ou non, mais il lui impose également le devoir de ne pas permettre aux organismes où il exerce son activité, ou auxquels il prête son concours, d'utiliser son nom dans des messages publicitaires. Cette obligation fait l'objet de l'article 20 dudit Code qui considère que « *le médecin doit veiller à l'usage qui est fait de son nom, de sa qualité ou de ses déclarations. Il ne doit pas tolérer que les organismes, publics ou privés, où il exerce ou auxquels il prête son concours utilisent à des fins publicitaires son nom ou son activité professionnelle.* »

Enfin l'article 23 du Code de déontologie médicale interdit aux praticiens, et notamment aux chirurgiens esthétiques, de faire une comparution entre eux en disposant « *tout compérage entre médecins, entre médecins et pharmaciens, auxiliaires médicaux ou toutes autres personnes physiques ou morales est interdit* ». Une telle démarche comporte effectivement une publicité incluse, mais aussi une exploitation « *injuste* » de la fragilité et de la faiblesse des personnes dans leur désir permanent de réaliser un perfectionnement physique et de se conformer à un « *idéal de beauté* » proposé par les chirurgiens promettant des « *résultats fantastiques* ».

Le Code de déontologie médicale a donc posé, de façon claire, la prohibition du recours à des démarches publicitaires. Pourtant, et en dépit de ces dispositions, les médias, les revues, les journaux, les magazines, surtout féminines, semblent toujours être « *envahis* » par des annonces publicitaires à visée « *esthétique* ». Une publicité étant dans la plupart des cas « *trompeuse* » et aboutissant à des résultats « *dramatiques* », ce phénomène a conduit l'Ordre des médecins à prendre des mesures strictes à l'encontre des praticiens ayant recours à de telles pratiques.

B. Sanctions disciplinaires appliquées

375. *Exploitation de l'obsession de beauté.* Le premier point remarquable dans le domaine de la chirurgie esthétique, et de la nouvelle pratique nommée « *médecine esthétique* », est que les plasticiens (individus ou établissements) qui font du « *racolage* » sont en réalité ceux qui n'obtiennent pas naturellement leur clientèle et qui, par conséquent, ne sont pas vraiment plus compétents que les autres. En effet, les médecins ou les établissements commerciaux (les cliniques) qui recrutent leurs patients par ce biais n'arrivent pas à fixer leur clientèle qui, insatisfaite, ne se renouvelle pas. Ils sont donc amenés à recommencer sans cesse à faire de la publicité.

Il n'y a effectivement pas de chirurgien excellent anonyme. Tous les chirurgiens brillants ont progressivement établi leur réputation sur la qualité de leurs actes chirurgicaux, de leur coup de main, de leurs relations humaines, de leur façon chaleureuse de parler aux patients et de leur responsabilité vis-à-vis des complications⁵⁷⁸. Pourtant, la « *séduction* » exécutée par une partie des plasticiens à travers leur usage de la publicité accompagnée de promesses de résultats « *fantastiques* » et de photos avant-après, joue un rôle fondamental dans l'affectation des volontés et dans l'exploitation de l'obsession de beauté, et par conséquent dans l'incitation du public à réclamer les techniques esthétiques exposées dans les publicités. Ainsi, et lorsque la publicité a dépassé le stade des journaux pour s'afficher à la télévision, et surtout face aux résultats « *catastrophiques* » des interventions réalisées par des praticiens sous l'effet de la publicité, le Conseil de l'Ordre des médecins, envahi par les lettres de plaintes de médecins, mais aussi de patients, s'est penché sur ce problème et a pris des mesures disciplinaires strictes à l'encontre des praticiens usant de ces méthodes⁵⁷⁹.

376. *Procédure.* Variant entre l'avertissement, le blâme, la suspension de l'exercice de la profession, la radiation de l'Ordre des médecins, la sanction disciplinaire est prononcée par le Conseil régional de l'Ordre des médecins qui constitue la première instance. La Section disciplinaire du Conseil régional de l'Ordre

⁵⁷⁸ « Publicité, médias et chirurgie esthétique », <http://savoir.fr/publicite-medias-et-chirurgie-esthetique>, consulté le 29/05/2012.

⁵⁷⁹ « La chirurgie esthétique : un commerce avant tout ? », <http://www.chirurgie-esthetique-pierre-nahon.fr>.

des médecins peut être saisie par de nombreuses personnes physiques ou morales : syndicat de médecins, Procureur de la République, sécurité sociale, etc. Cependant, le patient ne peut pas prendre l'initiative de la procédure disciplinaire, puisqu'il ne peut saisir directement le Conseil régional. Il ne peut que déposer sa plainte auprès du Conseil départemental de l'Ordre des médecins, lequel la transmettra éventuellement au Conseil régional. Les décisions du Conseil régional peuvent faire l'objet d'appel auprès de la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins (appel non ouvert au patient) dont l'avis peut être soumis au Conseil d'Etat.

Ainsi, à la suite des plaintes présentées en ce sens par des praticiens, mais aussi par des patients, l'Ordre des médecins a poursuivi les contrevenants et il a prononcé des sanctions disciplinaires à leur encontre allant de l'interdiction de participer à des programmes télévisés, à l'interdiction totale d'exercer, en passant par la suspension de l'exercice professionnel. Chacune de ces sanctions fera l'objet d'un développement à part.

377. Interdiction de participation à des émissions télévisées de divertissement. L'Ordre des médecins semble particulièrement décidé à faire la distinction entre « *information* » et « *divertissement* », et c'est ainsi qu'il ne permet pas aux médecins, et notamment aux plasticiens, d'apparaître dans des émissions de divertissement⁵⁸⁰. Une comparution devant l'Ordre des médecins⁵⁸¹ en date du 7 février 1995, a entraîné une mesure de sanction à l'encontre de onze praticiens pour avoir vanté les vertus de la médecine esthétique et s'être fait de la publicité personnelle lors d'une émission télévisée de divertissement. Déjà, une mesure similaire avait été prise antérieurement, en décembre 1993, à l'encontre de médecins ayant participé à un programme de divertissement contesté, à savoir « *Sacrée Soirée* » sur TF1, participation qui avait donné lieu à une protestation du Président de l'Ordre.

378. Suspension de l'exercice de la profession. Le recours à la publicité par des médecins peut également conduire à une sanction disciplinaire de suspension de l'exercice de la profession. C'est ainsi ce qu'a décidé l'Ordre des médecins à l'encontre

⁵⁸⁰ « La médecine commerciale à l'index : 11 praticiens poursuivis par l'Ordre », *La voix du Nord*, février 1995, p. 15 ; DE LA ROCHE M.-C., « Chirurgie esthétique, un joli scandale », *Madame Figaro*, février 1995, n°548, 52-54.

⁵⁸¹ Document Ordre des médecins, Conseil régional de l'Ile de France.

d'un généraliste qui a été poursuivi pour avoir, selon l'accusation, « *déconsidéré la profession [...] exercé la médecine comme un commerce [...] fait courir à ses patientes des risques injustifiés [...] s'être livré au 'compéragé' et s'être fait de la publicité* ». Ce généraliste pratiquant la médecine esthétique a été sanctionné en raison de ses pratiques totalement contraires aux dispositions du Code de déontologie médicale à huit mois de suspension d'exercice de la médecine.

Par ailleurs, ce même médecin général pratiquant la médecine esthétique a été également condamné pour avoir créé une « *société-écran* », moyen publicitaire indirect et constituant une exploitation assez importante de la fragilité des patients, comme précédemment examiné, une pratique qui, selon l'Ordre, « *déconsidère la profession et exploite la détresse et la faiblesse des gens* »⁵⁸². Ce généraliste a été en outre condamné à une peine d'interdiction d'exercice de la médecine de dix-huit mois.

379. Interdiction totale de l'exercice de la profession et radiation de l'Ordre.

Les résultats « *catastrophiques* » auxquels peuvent aboutir des pratiques publicitaires par des praticiens qui sont véritablement incompetents font l'objet d'une poursuite disciplinaire et peuvent conduire à la sanction de l'interdiction totale de l'exercice de la médecine et à la radiation de l'Ordre des médecins. Cette sanction a été prononcée à l'encontre d'un praticien ayant utilisé un moyen publicitaire direct et personnalisé pour inciter les gens, et surtout les femmes, à réclamer les services qu'ils proposaient au vu des résultats qu'il promettait ; c'est en raison de ce moyen des lettres personnalisées et adressées à ses clientes, dont l'une d'elle âgée de 28 ans est morte dans le cabinet de ce plasticien, que la sanction fut prononcée. Le praticien incriminé a été condamné par l'Ordre des médecins à une interdiction permanente de l'exercice de la médecine et il a été radié de l'Ordre⁵⁸³.

La poursuite du chirurgien esthétique pour avoir utilisé des moyens publicitaires ne se limite pas à une condamnation disciplinaire, une poursuite pénale peut également, et parallèlement, être prononcée à l'encontre du médecin.

⁵⁸² FOLLEA L., Un quart des chirurgiens esthétiques seraient compétents », *Le Monde*, 9 février 1995, p. 13.

⁵⁸³ DOLL Paul Julien, « L'expertise quant à la responsabilité médicale en matière de chirurgie esthétique », *N.P.M.*, 1980, 9, n°5, 324-325.

§2. Condamnation pénale

380. La pratique illégale des moyens publicitaires peut faire l'objet de poursuites pénales à l'encontre des chirurgiens esthétiques qui y ont recours. Ainsi, un exposé des infractions imputables au chirurgien esthétique concernant le recours à une publicité ne reflétant pas la réalité est nécessaire (A) avant de les illustrer par un certain nombre de poursuites pénales exercées à l'encontre de chirurgiens esthétiques dans ce contexte (B).

A. Infractions imputables au chirurgien esthétique.

381. Présentation. Etant donné que la chirurgie esthétique comporte une double nature – elle n'a pas seulement une nature médicale, mais elle revêt également une nature commerciale – les infractions imputées au chirurgien esthétique pour le recours à des moyens publicitaires encourant des dommages pour ses patients, sont réprimées par les dispositions du Code pénal, mais aussi par le Code de la consommation ; il s'agit ici essentiellement du délit de la publicité mensongère et trompeuse, ou encore du délit de tromperie aggravée, mentionnés dans le Code de la consommation. Deux autres délits précisés dans le Code pénal sont également adaptés à ce cas : il s'agit du délit de mise en danger d'autrui et du délit de blessures involontaires. Chaque délit sera développé à part dans les paragraphes suivants. Une réglementation spécifique en droit belge sera également évoquée.

382. Délit de publicité mensongère ou trompeuse. Faisant l'objet des articles L. 121-2 à L. 121-5 du Code de la consommation, ce délit de publicité mensongère et trompeuse correspond à deux situations distinctes : lorsque la publicité comporte des éléments faux, elle est mensongère ; lorsque les éléments sont exacts mais que leur présentation laisse croire à des qualités inexistantes, la publicité est trompeuse. Ainsi, l'article L. 121-2⁵⁸⁴ prévoit qu'une publicité soit interdite lorsqu'elle comporte « *des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur* ». Cette loi énumère les caractéristiques du produit ou du service sur lesquels doit porter la publicité pour être punissable. Il s'agit notamment de l'existence, de la composition, de l'origine, du mode de fabrication, du prix du produit ou du service, des qualités, etc. Par ailleurs, l'infraction est constituée même lorsqu'il n'existe aucune victime. Il suffit que

⁵⁸⁴ Créé par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

la publicité ait été propre à induire en erreur⁵⁸⁵. Ainsi, l'article L. 121-1 vise effectivement la publicité qui repose :

- sur des allégations, indications ou présentations fausses. Cette qualification se définit donc objectivement et correspond à une publicité comportant une information erronée.

- sur des allégations, indications ou présentations « *de nature à induire en erreur* ». Cette qualification s'identifie ici subjectivement au regard de la compréhension de la cible de la publicité.

La publicité est alors qualifiée de mensongère lorsqu'elle contient une information fausse, alors qu'une publicité de nature à induire en erreur, même si elle ne comporte pas forcément de fausses informations, se révélera trompeuse pour le consommateur, par l'interaction ou l'omission de certains éléments dans le message.

La publicité mensongère ou trompeuse est sanctionnée par « *d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros* »⁵⁸⁶. Toutefois, « *le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit* »⁵⁸⁷. Le juge peut ordonner la cessation immédiate des messages, la publication du jugement en cas de condamnation, ainsi que la diffusion d'annonces rectificatives aux frais de la personne condamnée. Enfin, toute victime a le droit de se porter partie civile et de demander des dommages et intérêts lorsqu'elle a subi un préjudice. Le délit de publicité mensongère est une infraction non intentionnelle et elle est constituée même en l'absence de mauvaise foi.

Les éléments constitutifs du délit de publicité mensongère paraissent parfaitement adaptés au cas du chirurgien esthétique diffusant une publicité comportant soit des informations fausses, soit des informations exactes mais dont leur présentation laisse croire à des qualités inexistantes, quant à la réalité des services proposés, quant à la

⁵⁸⁵ *Le Code de la consommation régleme le délit de publicité trompeuse afin d'assurer une concurrence loyale entre professionnels et de protéger le consommateur*, CORONE Stéphane, <http://lentreprise.lexpress.fr/contrat-de-travail/publicite-mensongere-des-risques>, publié le 15/01/2003, consulté le 30/05/2012.

⁵⁸⁶ Article L132-2 du Code de la consommation. (Ord. n°2016-301 du 14 mars 2016).

⁵⁸⁷ *Idem*.

compétence réelle du plasticien, quant à la qualité des services publiés, quant à la réalité des promesses de résultat et des photos avant-après diffusées, etc.

383. Délit de tromperie aggravée. Edicté également par le Code de la consommation, le délit de tromperie aggravée peut constituer, pour le chirurgien esthétique, un objet de poursuite pénale. Ce délit est énoncé en vertu des articles L.441-1 et L.441-2 du Code de la consommation.

L'article L454-1⁵⁸⁸ prévoit qu'« *est punie d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros* » la violation de l'interdiction prévue à l'article L. 441-1.

Quant à l'article L. 441-1, celui-ci dispose qu'« *il est interdit pour toute personne, partie ou non au contrat, de tromper ou tenter de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :*

1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre. Les dispositions du présent article sont également applicables aux prestations de services.

Les éléments constitutifs de ce délit sont également adaptés à la nature du fait pratiqué par le plasticien qui trompe les patients par le biais d'informations, de promesses et de techniques propagées par des moyens publicitaires non conformes à la réalité des choses et des procédés utilisés lors de l'intervention chirurgicale esthétique, et qui a donc trompé le patient réclamant telle ou telle intervention à la suite de l'impact de la publicité diffusée. Ces deux délits mentionnés par le Code de la consommation ne sont pas les seuls à être adaptés à ce contexte ; en effet, le chirurgien esthétique peut par ailleurs être poursuivi pour des délits involontaires énoncés par le Code pénal.

384. Délit de mise en danger d'autrui. Le chirurgien esthétique qui émet une publicité mensongère ne reflétant donc pas la réalité des promesses et des photos avant-après diffusées, risque probablement de causer à son patient un danger réel et de

⁵⁸⁸ Modifié par la loi n°2017-203 du 21 février 2017 - art. 11.

l'exposer à un risque qu'aucune nécessité vitale ou thérapeutique n'exigeait. C'est en ce sens qu'il peut également être tenu du délit de mise en danger d'autrui, infraction non intentionnelle prévue aux articles 121-3 et 223-1 du Code pénal.

En effet, selon les termes du premier article : *« Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. »*

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. »

L'article 223-1 du Code pénal dispose quant à lui que *« Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »* Cette infraction est applicable au cas d'un médecin ou d'un établissement de santé qui intervient sur la personne dans des conditions contraires à la réglementation (médicaments, appareillages, radiations, etc.), ou en cas d'exercice illégal de la médecine. Si le danger se réalise par la mort ou par des blessures, l'article 223-1 n'a plus lieu de s'appliquer : la faute de mise en danger devient alors une circonstance aggravante des atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité des personnes. Etant ainsi donné, ce délit involontaire est totalement adapté au cas du chirurgien esthétique, qui procède, à la suite d'une publicité mensongère qui traduit la défaillance à une obligation professionnelle, à un exercice illégal de la médecine. De ce fait, il peut faire l'objet d'une condamnation pénale de délit de mise en danger d'autrui et être condamné d'une

peine d'emprisonnement ainsi qu'au paiement d'une amende prévue à l'article 223-1 du Code pénal.

Le chirurgien esthétique peut enfin être condamné d'un autre délit non intentionnel : il s'agit des atteintes involontaires à l'intégrité de la personne.

385. Délit d'atteintes involontaires à l'intégrité de la personne. Le délit d'atteintes involontaires à l'intégrité de la personne est énoncé par le Code pénal et il fait l'objet des articles 221-6 et 222-19 dudit Code. Toutes les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne définies par le Code pénal reposent sur la maladresse, l'imprudence, l'inattention, la négligence ou sur le manquement d'une obligation de sécurité ou de prudence imposée par les règlements⁵⁸⁹.

Les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne concernent le délit d'homicide involontaire énoncé par l'article 221-6 du Code pénal qui dispose que « *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 sécurité ou de prudence 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 d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. »

Quant à l'article 222-19 du Code pénal il énonce que « *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 sécurité ou de prudence 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 30 000 euros d'amende. En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende. »*

Ces délits involontaires trouvent également une application en cas de recours du chirurgien esthétique ne jouissant pas de la compétence qui lui permet de faire une opération à visée esthétique et surtout à la suite de des informations erronées incluses

⁵⁸⁹ <http://www.jurisques.com/jfcelu.htm>, mis à jour le 2 février 2003, consulté le 30 mai 2012.

dans une publicité diffusée par ce dernier ; son acte constitue alors une atteinte à l'intégrité de la personne du patient et il sera de ce fait poursuivi à des peines prévus dans les articles 221-6 et 222-19 du Code pénal.

Avant de terminer avec les infractions imputables au recours du chirurgien esthétique à la publicité, il convient ici de mentionner l'élaboration d'une nouvelle loi belge spécifique à ce cas.

386. *Règlementation spécifique en droit belge de la publicité en matière de chirurgie esthétique.* A compter du 15 août 2011, la publicité a été interdite en Belgique pour les actes d'esthétique médicale, et plus précisément, pour tout acte visant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, pour des raisons esthétiques, sans but thérapeutique ni reconstructeur. Cette interdiction est inscrite dans la loi du 6 juillet 2011 entrée en vigueur le 15 août 2011. La « *publicité* » est définie dans ce texte comme toute forme de communication ou action qui vise, directement ou indirectement, à promouvoir des actes d'esthétique médicale, quels que soient l'endroit, le support et les techniques utilisés.

L'information personnelle relative aux actes d'esthétique médicale est autorisée à condition qu'elle soit conforme à la réalité, objective, pertinente, vérifiable, discrète et claire. Cette information ne peut pas être trompeuse, comparative et ne peut pas utiliser d'arguments financiers.

Les résultats d'examens et de traitements, comme notamment les photographies prises antérieurement et postérieurement un acte d'esthétique médicale, ou encore comme le témoignage de patients, ne peuvent pas être utilisés dans le cadre de l'information personnelle⁵⁹⁰.

Les infractions sont punies d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de 250 euros à 10 000 euros. En outre, le Tribunal peut ordonner la publication du jugement, ou de son résumé, aux frais du contrevenant par la voie de trois journaux et de toute autre manière⁵⁹¹. Les infractions susmentionnées, qui sont d'une compatibilité totale avec le recours illégal et mensonger de certains plasticiens à une publicité causant par son fait des dommages aux patients, ont été appliquées à

⁵⁹⁰ http://fr.wikipedia.org/wiki/Chirurgie_plastique#Interdiction_de_la_publicit.C3.A9_.28Belgique.29, Chirurgie plastique, mis à jour le 30/05/2012, consulté le 30/05/2012.

⁵⁹¹ Interdiction publicité esthétique médicale (loi - 05/08/2011) <http://www.lexalert.net/FR/index.php?page=31&detail=581>, consulté le 30/05/2012.

l'encontre de plasticiens et de praticiens pratiquant la médecine esthétique, même en l'absence de toute compétence requise.

B. Poursuites pénales exercées à l'encontre des chirurgiens esthétiques

387. Dr Michel MAURE. Plusieurs praticiens pratiquant la chirurgie esthétique, ou bien la médecine esthétique, ont fait l'objet de poursuites pénales auprès des juridictions répressives françaises ; ils ont été poursuivis pour les infractions mentionnées précédemment⁵⁹², notamment pour le délit de publicité mensongère comme en témoigne une multitude d'affaires rendues par les juridictions pénales françaises⁵⁹³. Etant ainsi donné, il convient de mentionner dans ce contexte la fameuse affaire d'un chirurgien esthétique français renommé, il s'agit du Dr Michel MAURE dont l'accusation scandaleuse a largement été suivie tant par l'audience française que par la presse, au vu de la contradiction flagrante des dispositions légales qu'il a opérée, ce qui a poussé une centaine de ses patients à intenter un procès à son encontre.

Michel MAURE, né en 1951, s'était autoproclamé le « *plus grand chirurgien esthétique du monde* » ; il a pratiqué plusieurs centaines d'opérations de chirurgie esthétique entre 2001 et 2004 dans une clinique désaffectée de Marseille, interdite depuis 1995 par les services sanitaires. Les résultats de ses opérations étaient catastrophiques pour ses patients, dont la plupart étaient des femmes. Dans la majeure partie des cas, les patientes ont été défigurées ou subissent de graves séquelles. « *Il a pratiqué une médecine de garage. Ses patientes étaient exposées à un risque immédiat de mort* », a estimé le Tribunal, qui a stigmatisé le mode opératoire de Michel MAURE, dans des « *installations totalement obsolètes* » et en « *l'absence de personnel qualifié* ». L'Ordre des médecins l'a, à son tour, officiellement radié en janvier 2007⁵⁹⁴.

En effet, et pour attirer ses clientes, Michel MAURE pratiquait une active campagne de promotion commerciale. Petites annonces passées dans les journaux, cartes de visite ventant la « *clinique esthétique de la Corniche* » avec la mention

⁵⁹² V. *supra* n°381 et s.

⁵⁹³ Cass. crim., 18 juin 2002, n° 01-84458 ; Cass. crim., 22 juill. 2004, Bull. crim., 2004, n° 183 p. 671 ; Cass. crim., 15 nov. 2005, n° 05-82978. V aussi : l'annexe 20 qui présente des extraits de ces arrêts.

⁵⁹⁴ M.P. (avec Reuters) – le JDD.fr, lundi 19 janv. 2009, <http://www.lejdd.fr/Societe/Faits-divers/Actualite/Michel-Maure-tente-l-appel-81436/>, mis à jour le 31/10/2009, consulté le 29/05/2012.

« *international* » et même un site Internet lancé dès 1995, « *magicclinic.com* », actuellement fermé. Aux enquêteurs, il s'était même présenté comme « *le plus grand chirurgien esthétique du monde* », mais surtout, Michel MAURE pratiquait des tarifs à faire pâlir de jalousie ses « *confrères* » et assurait à ses clientes qu'elles seraient « *de retour chez elles le soir même* ». Une pratique commerciale plutôt efficace puisqu'il revendique plus de 5000 clients. « *Quand j'ai vu le bloc opératoire, j'ai pris peur. Cela ressemblait plus à une cuisine* », a témoigné Linda, une de ses patientes⁵⁹⁵. Certaines de ces patientes ont vu Michel MAURE et son assistante marcher dans le sang qui s'écoulait au sol ; une autre, venue pour une liposuction, assure que le « *pot à graisses* » circulait d'un bloc à l'autre. Yamin, une autre patiente, raconte qu'il y avait plusieurs blocs, « *je le sais parce que j'avais tellement mal que j'ai hurlé et j'ai entendu une dame, dans la salle d'à côté, qui disait, ce n'est pas normal, qu'elle crie... Je crois qu'elle est partie sans se faire opérer* »⁵⁹⁶. Toutes ses pratiques ont poussé 97 de ses patients, 93 femmes et 4 hommes, opérés entre 2001 et 2004, à le poursuivre devant la 6^{ème} Chambre correctionnelle du Tribunal de Marseille en 2008. Ils l'ont accusé de mise en danger de la vie d'autrui, de blessures involontaires, de travail illégal par dissimulation, de publicité mensongère, de tromperie aggravée sur les qualités substantielles des prestations de service ou encore de non-remise de devis et, pour un cas, de menaces ou d'actes d'intimidation.

Pour sa défense, il compare la souffrance physique de ses patients à celle que l'on peut subir en allant chez le dentiste ; il évoque aussi un complot visant à supprimer un concurrent dans une profession compétitive. Ses victimes insistent quant à elles sur les souffrances physiques et morales subies depuis des années. Le Président du Tribunal a passé en revue les accusations de publicité mensongère et de tromperie : c'est ainsi que sa carte de visite, par exemple, le présente comme Chef du service de chirurgie esthétique, tandis que le site Web vante les mérites d'une équipe médicale hautement spécialisée.

⁵⁹⁵ M.P. (avec Reuters) – le JDD.fr, lundi 19 janv. 2009, <http://www.lejdd.fr/Societe/Faits-divers/Actualite/Michel-Maure-tente-l-appel-81436/>, mis à jour le 31/10/2009, consulté le 29/05/2012.

⁵⁹⁶ CORRIGAN Angela, « Fin de cavale pour Dr Maure », <http://www.continentalnews.fr/actualite/sante,7/fin-de-cavale-pour-le-docteur-maure,1921.html>, publié le 19/08/2008, consulté le 29/05/2012.

Son procès s'est achevé le 13 juin 2008 ; le parquet a requis quatre ans de prison, et son jugement a été programmé pour le 4 septembre 2008. Cependant, il a pris fuite en juin vers l'Espagne en violation de son contrôle judiciaire. Le 19 août 2008, il est arrêté sur la Costa Brava en Catalogne dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen.

Le 8 septembre 2008, Michel MAURE a été condamné à quatre ans de prison dont trois fermes et un avec sursis, pour tromperie aggravée, publicité mensongère et mise en danger d'autrui. Il a également été condamné à verser immédiatement des indemnisations à ses victimes, allant de 2 000 à 12 000 euros par personne.

Michel MAURE a porté son affaire en appel en 2009 et il a été condamné le 1^{er} avril 2009 ; sa peine a été maintenue : quatre ans d'emprisonnement dont un avec sursis. Il s'est en outre vu signifier l'interdiction définitive d'exercice de la médecine et devra s'acquitter d'une amende de 75 000 euro envers les parties civiles⁵⁹⁷.

Cette célèbre affaire met clairement l'accent sur l'obligation des chirurgiens esthétiques à respecter les dispositions légales, et à ne pas abuser de la fragilité des patients pour les inciter à faire des changements physiques à la suite de des « *campagnes* » de publicité diffusées via divers moyens, directs ou indirects, dans la plupart des cas par des praticiens qui ne sont pas compétents, et comportant des informations erronées et des promesses qui ne reflètent pas la réalité des services, ce qui conduit à faire subir aux patients des dommages injustifiés et d'exposer leur vie à des dangers inexcusables.

La publicité, élément entraînant la condamnation du praticien qui l'utilise et qui place ainsi l'intervention chirurgicale esthétique en dehors du champ de son utilité, est l'un des facteurs qui peuvent entraîner une condamnation pénale des chirurgiens esthétiques. L'expérimentation scientifique constitue pour sa part le troisième facteur entraînant l'incrimination du plasticien.

⁵⁹⁷ MAURE M., http://fr.wikipedia.org/wiki/Michel_Maure, consulté le 29/05/2012.

CHAPITRE III

RESPONSABILITE PENALE EN CAS D'EXPERIMENTATION SCIENTIFIQUE

388. Présentation. « *La science n'est pas la valeur la plus haute à laquelle toutes les autres doivent être subordonnées. Plus en haut, se trouve le droit personnel de l'individu à la vie physique et spirituelle. La norme éthique, fondée dans le respect de la dignité de la personne, doit illuminer et discipliner tant la phase de la recherche que celle de l'application* ». Par ces mots, feu Pape Jean-Paul II s'est adressé aux participants du congrès sur les expérimentations en biologie le 23 octobre 1982⁵⁹⁸. Ces paroles suffisent en tant que telles pour mettre l'accent sur la nécessité de privilégier le respect de l'intégrité et de la dignité de la personne lors d'expérimentations scientifiques menées sur le corps humain. En effet, considérée comme une faute grave puisqu'elle est volontaire et intentionnelle, l'expérimentation scientifique est conçue beaucoup plus strictement en matière de chirurgie esthétique, un domaine dépourvu de toute nécessité thérapeutique pouvant parfois justifier le recours à expérimenter une méthode nouvelle ou un produit nouveau si l'intérêt du malade l'exige.

L'expérimentation scientifique, qui est un facteur contribuant à mettre l'intervention chirurgicale esthétique hors du champ de la finalité qui a justifié son avènement, impose au chirurgien esthétique, comme déjà exposé⁵⁹⁹, de s'abstenir et de refuser de pratiquer une intervention chirurgicale dans le seul but de faire une expérimentation d'une méthode ou d'une technique esthétiques nouvelles, ou bien d'essayer un produit nouveau sur une personne jouissant d'une bonne santé et pouvant ainsi avoir des répercussions tant physiques que psychiques sur le patient subissant cette expérimentation.

389. Définition. Il convient tout d'abord de définir ce qu'on entend par méthode nouvelle comportant une expérimentation scientifique. En effet, c'est dans un arrêt inédit rendu par la Cour d'appel de Paris que cette dernière a considéré que la

⁵⁹⁸ SIMPORE J. (Père), « Bioéthique et expérimentation sur l'Homme », http://www.cerbafo.org/textes/congres/acte_congres99/experimen_simpore99.pdf, consulté le 30/05/2012.

⁵⁹⁹ V. *supra* n°165.

« technique personnelle n'a jamais été proposée dans aucun pays, par aucun chirurgien connu » ; il s'agit d'une « technique originale, réputée dangereuse »⁶⁰⁰. Ainsi, le caractère d'une technique insolite englobant une expérimentation sur la personne humaine signifie qu'elle n'a pas encore recueilli le consensus des spécialistes mondiaux. Etant ainsi donné, une méthode nouvelle ne serait plus expérimentale dès lors qu'elle a acquis une certaine renommée, dès lors qu'elle est pratiquée dans d'autres pays et par des chirurgiens éminents.

390. Illicéité de l'expérimentation. Condamnée par les juridictions civiles, l'expérimentation scientifique réalisée par les chirurgiens esthétiques a toujours entraîné la responsabilité civile du plasticien⁶⁰¹. Cependant, la responsabilité ne se limite pas au côté civil, elle le dépasse pour entraîner également la responsabilité pénale du chirurgien esthétique. En effet, ce sont les dispositions du Code civil, et plus spécifiquement de l'article 16-3 dudit Code, selon lesquelles « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique », qui prévoient l'illicéité des expériences menées sans aucun but thérapeutique, et dont la chirurgie esthétique a certainement recours.

Cette illicéité provenant de l'absence du respect du corps humain et de l'intégrité physique de la personne entraîne donc une incrimination du chirurgien esthétique pour le délit non seulement d'atteintes involontaires à l'intégrité de la personne⁶⁰², mais également pour le délit des atteintes volontaires à celle-ci incluant aussi des actes de torture et de barbarie⁶⁰³.

⁶⁰⁰ Arrêt inédit, cité par CHABAS F., « La responsabilité civile en matière de chirurgie esthétique », *Ann. Fac. Droit Sceaux*, 1977, vol. 9, 9-50., n°787.

⁶⁰¹ Trib. Gr. Inst. Gray, 29 juill. 1873, cité par CHABAS F., « La responsabilité civile en matière de chirurgie esthétique », préc., p. 40 ; CA Paris, 13 janv. 1959, cité *supra* n°46.

⁶⁰² Articles 221-6 et 222-19 du Code pénal.

⁶⁰³ Il existait de nombreuses recommandations internationales depuis le Code de Nuremberg en 1947, ce furent les recommandations d'Helsinki (1964), Tokyo (1975) et Manille (1981). En France, la seule protection était représentée par l'article 309 du Code pénal assurant la protection de l'intégrité corporelle d'autrui alors que paradoxalement de nombreuses réglementations imposaient la pratique de l'expérimentation. L'arrêté du 19/06/1937 pris en application de la loi du 14/06/1934 qui précisait dans quelles conditions un praticien était autorisé à procéder à l'expérimentation de vaccins et sérums. La procédure d'A.M.M., ordonnance du 23/09/1967 qui impose différentes phases expérimentales ; l'une d'entre-elles s'effectuant sur le sujet sain. L'expérimentation avec finalité thérapeutique était admise sous réserve de l'obtention d'un consentement libre et éclairé et d'une balance entre bénéfices et risques

391. Nécessité de l'expérimentation. La recherche scientifique constitue, d'une part, un facteur nécessaire pour le progrès des connaissances de la médecine, et, d'autre part, cette expérimentation est parfois menée dans un but purement scientifique sur des personnes volontaires et saines. Ces essais menés sur des individus qui sont volontaires et qui jouissent d'une bonne santé ont déclenché la nécessité de constituer un cadre législatif précisant les conditions de licéité des actes de recherche et d'expérimentation scientifique, et les sanctions du recours à une expérimentation scientifique hors du respect de ce cadre légal. Ce n'était qu'en 1988 que ce cadre légal a vu le jour, et ce par la loi n° 88-1138 élaboré le 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Subissant une série de modifications dont les deux dernières ont eu lieu en vertu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 à la suite de la directive européenne n. 2001/20/CE datant du 4 avril 2001 sur les essais cliniques de médicaments et qui a été transposée en droit français en vertu de cette dernière modification, et en vertu de la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006.

La loi du 20 décembre 1988 constitue donc le cadre juridique de l'expérimentation scientifique qui s'applique aux recherches menées, qu'elles soient effectuées ou non dans un but scientifique ou thérapeutique. Ainsi, la chirurgie esthétique entre dans le champ d'application de cette loi dont il convient alors de préciser les conditions qu'elle pose pour légaliser une recherche expérimentale menée sur un être humain (**section I**), avant d'exposer les sanctions envisagées pour le recours à une expérimentation illicite (**section II**).

SECTION I CONDITIONS DE LICÉITE DE L'EXPERIMENTATION SCIENTIFIQUE

392. La loi HURIET-SERUSCLAT. Antérieurement à l'année 1988, c'est le principe du respect de l'intégrité physique de la personne qui exigeait une condamnation pour le recours à une expérimentation scientifique sans avoir un but thérapeutique. Ainsi, la jurisprudence déclarait illicites les expérimentations sans finalité thérapeutique directe,

encourus, appréciés favorablement par le Médecin. *in* BARRET, « Législation de l'expérimentation humaine », Cours de médecine légale, université de Grenoble, 25 mars 2006.

en se fondant sur le caractère inaliénable du corps humain. En revanche, l'expérimentation avec finalité thérapeutique était admise sous réserve de l'obtention d'un consentement libre et éclairé, et d'une balance entre bénéfices et risques encourus, appréciés favorablement par le médecin. Une intervention législative susceptible d'encadrer ces pratiques s'est alors avérée nécessaire ; c'est dans cette ambiance que les sénateurs Claude HURIET et Franck SERUSCLAT présentèrent un projet de loi devant la Commission des affaires sociales du Sénat. Cette loi concerne « *les essais, chez l'homme, d'une substance à visée thérapeutique ou diagnostique, destinée à faire l'objet d'une demande d'autorisation de mise sur le marché* ». La loi fut votée le 20 décembre 1988, les décrets d'application entrèrent ensuite en vigueur en 1990⁶⁰⁴. C'est ainsi que la loi relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, connue sous le nom de la loi HURIET-SERUSCLAT, entre donc en application. Cette loi s'adresse principalement à ces catégories de personnes qui, malades ou non, peuvent accepter de se prêter à des recherches biomédicales ; elle vient encadrer cette pratique de garanties visant à les protéger⁶⁰⁵. Elle a par la suite connu une série de modifications.

Pour délimiter le champ de cette loi, notons qu'elle définit comme « *recherche biomédicale* », « *les essais ou expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales* », qu'ils soient ou non menés dans un but thérapeutique⁶⁰⁶. La loi s'applique à toutes les recherches dites « *interventionnelles* » ; les recherches « *non interventionnelles* » ne rentrent donc pas dans le cadre de la loi. Ces essais sont définis comme étant des recherches au cours desquelles tous les actes sont pratiqués et les produits utilisés de manière habituelle, sans aucune procédure supplémentaire ou inhabituelle de diagnostic ou de surveillance⁶⁰⁷. Etant ainsi donné, les conditions visées par cette loi pour décider de la licéité de la recherche scientifique peuvent être divisées en deux catégories essentielles :

⁶⁰⁴ « Loi 88-1138 dite loi Huriet-Serusclat », publié en ligne le 5 juillet 2003, <http://www.actupparis.org/spip.php?article1228>, consulté le 31/05/2012.

⁶⁰⁵ « La protection des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale », <http://hopitext.chez.com/Huriet.html>, consulté le 30/05/2012.

⁶⁰⁶ « Application de la loi du 20 décembre 1988 modifiée dite loi Huriet-Sérusclat », CNRS - Département des sciences de la vie Ethique en Sciences de la Vie Recherche avec l'Homme, <http://www.nicoledelepine.fr/nicoledelepine-ethique-sciences-vie-cnrs-44.html>, consulté le 31/05/2012.

⁶⁰⁷ Art. L.1121-1 CSP.

la première est relative aux conditions intrinsèques (§1) et la seconde concerne les conditions extrinsèques (§2).

§1. Conditions intrinsèques : consentement de la personne

393. Pour leur permettre d'effectuer légalement leur recherche scientifique, la loi exige des praticiens de recevoir le consentement de la personne concernée avant de procéder à l'expérimentation scientifique. En effet, il s'agit là d'un principe traditionnel, affirmé à l'origine par la jurisprudence comme un principe général du droit, visant à ce qu'aucune atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne ne soit portée sans son consentement, même si c'est dans l'intérêt de sa santé. Il s'agit de la face inverse de l'existence d'une liberté publique fondamentale selon laquelle toute personne a le droit absolu de refuser que l'on porte atteinte à son intégrité corporelle, même si ce refus est de nature à entraîner pour elle un mal considérable, voire la mort⁶⁰⁸. Cette condition, imposée par la loi HURIET-SERUSCLAT, exige qu'un consentement éclairé (A) soit donné par la personne se prêtant à une expérimentation. Cette condition connaît cependant un assouplissement dans certains cas (B).

A. Un consentement éclairé

394. *Nécessité d'une information préalable et écrite.* Le consentement préalable de la personne se prêtant à une expérimentation scientifique doit être en premier lieu éclairé. C'est ainsi que l'investigateur, ou le médecin, doit fournir à la personne concernée une information complète et précise portant principalement sur : l'objectif de la recherche, sa méthodologie et sa durée ; les bénéfices attendus de cette recherche, mais aussi les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ; les éventuelles alternatives médicales ; les modalités de prise en charge en fin de recherches ou en cas de sortie prématurée ; le droit de la personne à recevoir des informations sur sa santé détenues par l'investigateur ; et son droit de refuser à participer au protocole ou de retirer son consentement à tout moment.

⁶⁰⁸ PENNEAU J., « Protection de la personne dans le domaine de la recherche médicale », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 50, n°2, avr.-juin 1998. pp. 383-399, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1998_num_50_2_1168, consulté le 30/05/2012.

Les informations communiquées doivent être résumées dans un document écrit remis à la personne. Enfin, les personnes incluses ont le droit d'être informées des résultats globaux de la recherche selon des modalités prévues par le protocole⁶⁰⁹.

395. *Caractéristiques du consentement.* Le consentement de la personne se prêtant à une expérimentation scientifique doit répondre aux exigences du droit commun, en ce sens qu'il doit être libre, fourni sans aucune contrainte physique ou morale. Ce consentement doit en outre être exprès et, pour cette raison, la loi exige que non seulement l'information soit fournie par écrit, mais que le consentement doit également être donné par écrit sur les informations incluses dans le protocole élaboré par le médecin. C'est ainsi que les informations communiquées sont résumées dans un document écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité. Ce consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur ou du promoteur⁶¹⁰. Ces règles reflétant l'exigence d'un consentement préalable éclairé, se trouvent toutefois, et dans certains cas précis mentionnés par la loi, allégées.

B. Assouplissement des règles de consentement

396. *Présentation.* Le Code de la santé publique qui exige qu'un consentement préalable soit donné avant de procéder à l'expérimentation scientifique, prévoit cependant des cas précis suivant lesquels l'exigence d'un consentement complet et préalable se trouve assouplie. Ces cas peuvent être réunis en trois groupes : ils concernent tout d'abord la recherche en psychologie, mais aussi l'intérêt de la personne, et enfin l'état d'urgence. Par ailleurs, dans certains cas particuliers, le consentement d'une personne autre que celle concernée est requis.

397. *Recherche en psychologie.* L'objectif d'une recherche en psychologie et sa méthodologie peuvent ne pas être révélées et, par conséquent, ne pas faire l'objet d'une information préalable. Cette dernière ne peut être révélée qu'à l'issue de la recherche en psychologie, dès lors qu'elle ne porte que sur des volontaires sains et ne présente aucun risque sérieux.

⁶⁰⁹ Art. L. 1122-1 CSP.

⁶¹⁰ BARRET Luc et GRUNWALD J., « Législation de l'expérimentation humaine », <http://www.medileg.fr>, mise à jour le 08/12/2006, consulté le 30/05/2012.

398. *Intérêt de la personne.* A titre exceptionnel, et lorsque dans l'intérêt d'une personne malade le diagnostic de sa maladie n'a pas pu lui être révélé, l'investigateur peut, dans le respect de sa confiance, réserver certaines informations liées à ce diagnostic. Il s'agit notamment de l'hypothèse des risques relatifs à la révélation d'un diagnostic ou d'un pronostic défavorable. S'il apparaît alors préférable de ne pas révéler le diagnostic de la personne malade, certaines informations peuvent être tues. Dans ce cas, le protocole de la recherche doit mentionner cette éventualité. Cet assouplissement envisagé pour le cas d'une personne malade dont l'état exige le recours à expérimenter une méthode nouvelle, ne peut pas être appliquée en cas de chirurgie esthétique puisqu'aucune nécessité thérapeutique ou urgence vitale n'y est présente.

399. *Etat d'urgence.* Le Code de la santé publique prévoit qu'en cas de recherches biomédicales à mettre en œuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole peut prévoir que le consentement de cette personne ne sera pas recherché. C'est ainsi que dans de telles situations, le consentement des membres de la famille, des proches, ou d'une personne de confiance préalablement désignée par l'intéressé, est initialement requis, puis celui de l'intéressé dès que possible. Par conséquent, l'intéressé doit être informé dès que possible et son consentement lui est demandé pour la poursuite éventuelle de cette recherche⁶¹¹. Cette exception à l'exigence d'un consentement préalable et complet ne trouve également pas une application dans le domaine de la chirurgie esthétique qui est dépourvue de tout état d'urgence vitale.

400. *Cas particuliers.* Les cas particuliers concernent essentiellement les mineurs, les majeurs protégés par la loi et les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et dont la loi a énoncé des dispositions spéciales régissant ces hypothèses dans l'article L. 1122-2 du Code de la Santé Publique.

En ce qui concerne le mineur, le consentement est donné par les titulaires de l'autorité parentale, ou par un seul présent en l'absence d'obtention possible du consentement de l'autre dans des délais compatibles avec la mise en œuvre de la recherche, et si la recherche ne comporte que des risques et des contraintes négligeables, n'a aucune influence sur la prise en charge médicale du mineur et est réalisée à l'occasion d'actes de soins.

⁶¹¹ Art. L. 1122-1-2 CSP.

Pour le majeur ou le mineur sous tutelle, le consentement est donné par le représentant légal ou, en cas de risques sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité corporelle, par le Conseil de famille ou le Juge des tutelles.

Pour le majeur sous curatelle, le consentement est donné par l'intéressé assisté de son curateur. Par contre, en raison des risques et contraintes particuliers, le Comité de protection peut demander à ce que le Juge des tutelles statue sur l'aptitude à consentir du majeur, quitte en cas d'inaptitude de celui-ci à prendre la décision d'autoriser ou non la recherche.

Dans le cas d'un majeur hors d'état d'exprimer sa volonté, l'autorisation est donnée soit par la personne de confiance, soit par la famille, soit par une personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables, soit encore par le Juge des tutelles si le Comité de protection l'estime nécessaire au regard des risques et contraintes particulières. De plus, aucune recherche ne peut être effectuée sur une personne placée sous le régime de la sauvegarde de la justice.

Cependant, tant pour le mineur que pour le majeur incapable, son consentement direct doit être recherché, s'il est apte à exprimer sa volonté. Il est impossible de passer outre son refus de consentement, ou la révocation de son consentement, quelle que soit l'opinion de son représentant légal⁶¹².

Outre les conditions intrinsèques relatives à la nécessité de prendre le consentement préalable, libre, exprès, écrit et éclairé de la personne se prêtant à une expérimentation scientifique et de remettre à cette dernière un document contenant toutes les informations sur la recherche, une autre catégorie de conditions est également exigée pour que l'expérimentation soit licite : il s'agit des conditions extrinsèques.

§2. Conditions extrinsèques

401. Ces conditions extrinsèques sont relatives aux conditions de la recherche et à son objet d'une part (**A**), et à la satisfaction de certaines exigences administratives d'autre part (**B**).

⁶¹² Article L. 1122-2 CSP.

A. Conditions relatives à la recherche

402. Les exigences imposées par la loi concernent dans ce contexte les conditions de la recherche, mais aussi son objet, et enfin les lieux de réalisation des recherches biomédicales assurant la sécurité des personnes se prêtant à une expérimentation scientifique.

403. *Quant aux conditions de la recherche.* La loi exige que la recherche soit tout d'abord fondée sur le dernier état des connaissances scientifiques avec une expérimentation préclinique suffisante. Elle doit ensuite correspondre à un équilibre satisfaisant entre le bénéfice escompté et les risques encourus, et réduire à un minimum la douleur, les désagréments, la peur ou tout autre inconvénient possible lié à la maladie ou à la recherche. Elle doit également avoir un objet général visant à étendre la connaissance scientifique sur l'être humain et les moyens d'améliorer sa condition sans que l'intérêt de la science et de la société ne prime sur l'intérêt des personnes⁶¹³. Elle doit en outre être conduite sous la direction d'un médecin expérimenté, sauf cas particuliers, comme par exemples les recherches en odontologie par un chirurgien-dentiste et un médecin, les recherches ne comportant que des risques négligeables et n'ayant aucune influence sur la prise en charge médicale des personnes, à l'exception de celles portant sur les produits mentionnés à l'article L. 5311-1 du Code de la Santé Publique⁶¹⁴ et figurant sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat (personne qualifiée), des sciences du comportement (personne qualifiée, et un médecin).

404. *Quant à l'objet de la recherche.* Les restrictions apportées à l'exercice d'une expérimentation scientifique prévoient des conditions spécifiques pour certaines catégories de personnes pouvant faire objet d'une recherche expérimentale. Ces catégories concernent en fait les femmes enceintes, les personnes privées de liberté, les malades en situation d'urgence, les malades mentaux hospitalisés sans consentement et les mineurs.

Pour les femmes enceintes, parturientes ou qui allaitent⁶¹⁵, la recherche doit se justifier par l'importance du bénéfice escompté par rapport au risque prévisible encouru. Dans ces cas, les recherches doivent par ailleurs être justifiées par le bénéfice attendu

⁶¹³ Art. L. 1121-2 CSP ; V. également : Cass. civ., 14 janv. 2010, n° 08-21683.

⁶¹⁴ L'annexe 21 expose les conditions de licéité de l'expérimentation scientifique relative à la recherche.

⁶¹⁵ Article 1121-5 CSP.

pour d'autres femmes ou enfants se trouvant dans la même situation, à condition que ces recherches ne puissent être faites autrement et ne comportent que des risques et des contraintes minimaux.

En ce qui concerne les personnes privées de liberté, les malades en situation d'urgence, les malades mentaux hospitalisés sans consentement sous le régime de l'hospitalisation sur demande d'un tiers ou de l'hospitalisation d'office, les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social pour un motif autre que la recherche, la recherche doit se justifier par le bénéfice escompté pour ces personnes au regard des risques prévisibles, ou pour d'autres personnes se trouvant dans la même situation juridique ou administrative à condition que la recherche ne puisse être effectuée autrement et ne comporte que des risques et contraintes minimaux⁶¹⁶.

En cas de mineurs⁶¹⁷, la recherche est possible si elle ne peut être réalisée avec une efficacité comparable chez des majeurs et en cas de bénéfice escompté justifiant les risques encourus par le mineur concerné, mais aussi en cas de bénéfice escompté pour d'autres mineurs à condition que les risques et les contraintes ne présentent qu'un caractère minimal.

Pour les personnes majeures protégées ou hors d'état d'exprimer leur consentement⁶¹⁸, la recherche est possible si elle ne peut pas être réalisée avec une efficacité comparable chez une autre catégorie de personnes et si l'importance du bénéfice escompté justifie les risques encourus par la personne, ou si le bénéfice escompté pour d'autres personnes placées dans la même situation justifie la recherche au regard des risques prévisibles et des contraintes qui doivent présenter un caractère minimal. En cas de pluralité des situations, les dispositions offrant la protection la plus favorable devront être appliquées⁶¹⁹.

405. *Quant aux conditions relatives à la sécurité des personnes.* La loi relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales impose également que ces dernières soient réalisées dans des conditions matérielles adaptées et selon un

⁶¹⁶ Article 1121-6 CSP.

⁶¹⁷ Article 1121-7 CSP.

⁶¹⁸ Article 1121-8 CSP.

⁶¹⁹ Article 1121-9 CSP.

double objectif : une rigueur scientifique et une rigueur sécuritaire⁶²⁰. A cet effet, l'article 1121-13 dispose que les recherches biomédicales ne peuvent être réalisées que dans un lieu disposant de moyens humains, matériels et techniques adaptés à la recherche et compatibles avec les impératifs de sécurité des personnes qui s'y prêtent. Ce lieu doit être autorisé, à cet effet, pour une durée déterminée, lorsqu'il s'agit de recherches réalisées en dehors des lieux de soins, ainsi que dans des services hospitaliers ou dans tout autre lieu d'exercice des professionnels de la santé lorsque ces recherches nécessitent des actes autres que ceux qu'ils pratiquent usuellement dans le cadre de leur activité ou lorsque ces recherches sont réalisées sur des personnes présentant une condition clinique distincte de celle pour laquelle le service a compétence. Cette autorisation est accordée par le Directeur général de l'Agence régionale de santé, ou par le Ministre de la défense si le lieu relève de son autorité. Une seconde catégorie de conditions extrinsèques est en outre exigée dans le cadre des expérimentations scientifiques : il s'agit de la satisfaction de certaines dispositions administratives.

B. Conditions relatives aux dispositions administratives requises

406. La loi HURIET-SERUSCLAT soumet la licéité de l'expérimentation scientifique à un système d'avis favorable d'une part, et d'autorisation préalable d'autre part, et ce par certaines autorités administratives spécifiques.

407. *Quant à l'exigence d'avis favorable et préalable.* Le praticien est tenu à prendre l'avis favorable du Comité de Protection des Personnes (CPP) dans le lieu d'activité de l'investigateur principal⁶²¹ selon des modalités définies par arrêté du Ministre de la Santé. Il convient de noter dans ce contexte que depuis le 27 août 2006, les CCPPRB (Comités Consultatifs de Protection des Personnes dans la Recherche Biomédicale) instaurés par la loi HURIET-SERUSCLAT sont officiellement remplacés par les CPP susmentionnés et définis par les articles L. 1123-1 et suivants du Code de la Santé Publique.

⁶²⁰ Article L.1121-3 CSP

⁶²¹ Art. L. 1123-6 CSP.

En ce qui concerne la formation et le régime du CPP, ce dernier est agréé par le Ministre de la santé pour une durée de 6 ans, renouvelable⁶²², il est doté de la personnalité juridique⁶²³ et composé de 14 membres et d'autant de suppléants, nommés par le Préfet de Région après appel à candidature⁶²⁴. La durée du mandat de ses membres est de 3 ans, renouvelable⁶²⁵ et il exerce sa mission en toute indépendance⁶²⁶.

Ce Comité donne son avis par écrit à l'investigateur sur les conditions de validité de la recherche, notamment les modalités d'information et de recueil des consentements, la pertinence générale du projet (objectifs, moyens, expérimentateurs) dans un délai de cinq semaines⁶²⁷, et il communique à l'autorité compétente les modifications apportées au protocole sur sa demande⁶²⁸.

408. Quant à l'exigence d'autorisation préalable. Le praticien doit également prendre une autorisation préalable de l'autorité compétente avant de procéder à la réalisation de l'expérimentation scientifique. L'autorité préalable concernée est l'AFSSaPS (Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé) pour les recherches portant sur les produits mentionnés à l'article L 5311-1 du Code de la Santé Publique susmentionné et le Ministère de la santé pour les autres recherches. Le promoteur doit informer l'autorité administrative compétente ainsi que le Comité dès qu'il a connaissance d'un événement grave (décès, hospitalisation, risque de séquelle organique ou fonctionnelle, etc.) ou de tout fait nouveau susceptible de porter atteinte à la sécurité des personnes se prêtant à la recherche ou de tout arrêt prématuré de celle-ci⁶²⁹ de la fin de la recherche ou de tout arrêt prématuré de celle-ci (article L. 1123-11 du Code de la Santé Publique) selon des modalités définies par arrêtés du Ministre de la Santé.

L'autorité administrative peut à tout moment demander au promoteur des informations complémentaires et peut suspendre ou interdire la recherche concernée en

⁶²² Art. L. 1123-1 ; art. R. 1123-1 CSP.

⁶²³ Art. L. 1123-1 CSP.

⁶²⁴ Art. R. 1123-4 ; art. R. 1123-6 CSP.

⁶²⁵ Art. R. 1123-7 CSP.

⁶²⁶ Art. L. 1123-1 CSP.

⁶²⁷ Art. L. 1123-7 CSP.

⁶²⁸ BARRET Luc et GRUNWALD J., « Législation de l'expérimentation humaine », *préc.*, p.10

⁶²⁹ Art. L. 1123-10 CSP.

cas de non réponse ou de risque pour la santé publique ou de non-respect dans la réglementation de l'expérimentation⁶³⁰. En effet, la procédure d'autorisation a été modifiée par les lois du 1^{er} juillet 1994 et du 6 août 2004, en introduisant notamment le Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherches dans le domaine de la santé, et ce :

- Pour les traitements de données ayant pour fin le suivi thérapeutique et médical du patient et pour ceux permettant d'effectuer des études à partir de ces données recueillies si l'étude est réalisée par les personnels assurant ce suivi et si celle-ci est destinée à leur usage exclusif ;

- Pour les recherches biomédicales et pour des données ne permettant pas l'identification directe des personnes concernées, depuis janvier 2006, seul un engagement de conformité aux normes homologuées par le Comité est envoyé à celui-ci, au vu duquel le Président pourra en autoriser la mise en œuvre après une procédure simplifiée d'examen.

Ce Comité doit donner un avis dans un délai maximum d'un mois (minimum de quinze jours) sur la méthodologie de la recherche par rapport aux dispositions de la présente loi, sur la nécessité du recours à des données à caractère personnel et la pertinence de celles-ci par rapport à l'objectif de la recherche⁶³¹.

Ces deux catégories de conditions strictement exigées par la loi HURIET-SERUSCLAT constituent donc le cadre législatif, cadre ne devant pas être dépassé par le chirurgien esthétique, ainsi que par tout autre praticien, pour que son travail expérimental soit considéré licite. Le dépassement des limites posées par ladite loi entraînerait alors une condamnation du praticien.

SECTION II

CONDAMNATION DE L'EXPERIMENTATION ILLICITE

409. Double responsabilité. Tout praticien désirant réaliser une expérimentation scientifique doit, pour que son acte soit licite, respecter les conditions strictes énoncées par la loi du 20 décembre 1988. Cette loi qui est une véritable dérogation au principe du

⁶³⁰ Art. L. 1123-11 CSP.

⁶³¹ Art. 54 introduit par la loi du 6 août 2004.

respect de l'intégrité physique de la personne, condamne toute défaillance à ses dispositions. Ainsi, l'expérimentation à laquelle procède un praticien sans conformité avec les conditions édictées par ladite loi, sera considérée illicite. Cette illicéité expose le praticien, et notamment le chirurgien esthétique, à une double responsabilité : d'une part, une responsabilité civile entraînant la condamnation du médecin à indemniser les victimes des atteintes qu'elles ont subies en raison de l'acte expérimental pratiqué illicitement (§1), et, d'autre part, une responsabilité pénale exposant le praticien à des sanctions pénales spécifiques (§2).

§1. Indemnisation des dommages

410. Assurance. L'article 1121-10 du Code de la Santé Publique exige du promoteur qui prend l'initiative de la recherche scientifique, une obligation de souscrire à une assurance garantissant sa responsabilité civile, et ce en vue de couvrir les conséquences pécuniaires des sinistres survenus du fait de la recherche entre le début de celle-ci et 10 ans après sa fin⁶³². A cet effet, les victimes ont droit à une indemnisation des conséquences de l'expérimentation à la charge de l'assurance du promoteur, sauf preuve à la charge de ce dernier, que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle d'autres intervenants.

En l'absence de faute du promoteur, les victimes peuvent s'adresser à la Commission régionale de la conciliation et d'indemnisation de leur ressort pour obtenir l'indemnisation des préjudices résultant d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 1121-7 du Code de la Santé Publique sans que le caractère de gravité en tant que condition d'accès ne soit dans ce cas pris en compte⁶³³. C'est ainsi que ces dispositions s'appliquent au chirurgien esthétique lorsque celui-ci réalise une expérimentation scientifique à visée esthétique sans respecter les dispositions de la loi HURIET-SERUSCLAT, et sera donc tenu de souscrire à une assurance pour indemniser les préjudices survenant de son acte illicite. Mais la responsabilité de ce dernier ne se limite pas au paiement d'indemnisations ; il peut aussi être tenu d'une responsabilité

⁶³² Article 1121-10 CSP.

⁶³³ Article 1142-3 CSP.

pénale et donc faire l'objet de poursuites répressives édictées spécifiquement dans cette loi.

§2. Condamnation pénale

411. Présentation. La loi HURIET-SERUSCLAT énonce une série de dispositions spécifiques applicables en cas de dérogation à ses règles et aux conditions exigées pour la licéité de la recherche scientifique. La condamnation pour la réalisation d'une expérimentation scientifique illicite est de nature pénale et provient de la défaillance d'au moins une condition imposée par ladite loi. Elle provient essentiellement du défaut du consentement préalable, du non-respect de règles particulières élaborées par cette loi, du défaut d'avis du Comité de Protection des Personnes, ou du défaut d'assurance.

412. Défaut d'un consentement préalable. Outre la sanction professionnelle⁶³⁴, si le chirurgien esthétique, pour qui s'applique les dispositions de la loi HURIET-SERUSCLAT comme déjà précisé, procède à la réalisation d'une expérimentation scientifique en l'absence du consentement préalable de la personne imposé par la loi, ou bien sans que ce consentement soit libre, éclairé exprès et écrit, il sera condamné à une sanction d'emprisonnement de trois ans et au paiement d'une amende de 45 000 euros, et ce par application des dispositions de l'article 223-8 du Code pénal⁶³⁵. En effet, ce dernier article dispose que « *le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par les dispositions du Code de la Santé Publique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*

Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche biomédicale est pratiquée alors que le consentement a été retiré.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à son identification par ses empreintes génétiques effectuées à des fins de recherche scientifique. ».

⁶³⁴ Cass. crim., 15 oct. 2002, n° 02-85608.

⁶³⁵ Cass. crim., 24 févr. 2009, Bull. crim. 2009, n°45.

La responsabilité pénale du chirurgien esthétique sera également engagée lorsqu'il réalise une recherche expérimentale sans respecter les règles particulières édictées par la loi HURIET-SERUSCLAT.

413. Défaillance aux règles particulières exigées. La loi HURIET-SERUSCLAT énonce une série de règles spécifiques devant être respectées par les praticiens avant de procéder à une expérimentation scientifique. Ces règles concernent, par exemple, les dispositions particulières relatives aux femmes enceintes, aux mineurs, aux majeurs protégés, etc.

La défaillance à ces règles est sanctionnée en vertu de l'article L.1126-3 du Code de la Santé Publique à trois ans d'emprisonnement et au paiement de 45 000 euros d'amende. En effet l'article L. 1126-3 du Code de la Santé Publique dispose que « *le fait de pratiquer ou de faire pratiquer une recherche biomédicale en infraction aux dispositions des articles L. 1121-5 à L. 1121-8 et de l'article L. 1122-1-2 est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*

Les personnes physiques coupables de l'infraction prévue à l'alinéa précédent encourrent également les peines suivantes :

1. l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 du Code pénal⁶³⁶ ;

2. l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ;

3. la confiscation définie à l'article 131-21 du Code pénal⁶³⁷ ;

4. l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus. ».

Outre cette sanction pénale, le chirurgien esthétique peut également être incriminé en cas de défaut d'avis du Comité de Protection des Personnes, ou bien de poursuite de l'expérimentation en dépit d'une suspension ou d'une interdiction prononcée par le Ministre de la santé, bref, en cas de défaillance au devoir de satisfaction de certaines dispositions administratives.

⁶³⁶ Article 131-26 du Code pénal.

⁶³⁷ Article 131-21 du Code pénal.

414. Défaillance aux dispositions d'ordre administratif. Cette sanction est donc essentiellement relative au cas où le praticien procède à une expérimentation scientifique sans prendre l'avis préalable du Comité de Protection des Personnes, ou en cas de poursuite d'une expérimentation malgré une interdiction ou une suspension prononcée par le Ministre de la santé ou par l'AFSSaP. Ce manquement à ces exigences obligatoires est sanctionné d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros. En effet, c'est l'article L.1126-5 du Code de la Santé Publique qui énonce ces règles en estimant qu'est puni « *d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de pratiquer ou de faire pratiquer une recherche biomédicale :*

1. *sans avoir obtenu l'avis favorable d'un Comité de Protection des Personnes et l'autorisation de l'autorité compétente conformément à l'article L. 1121-4 ;*
2. *dans des conditions contraires aux dispositions de l'article L. 1121-12 ;*
3. *dont la réalisation a été interdite ou suspendue par l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 1123-12.*

L'investigateur qui réalise une telle recherche en infraction aux dispositions de l'article L. 1121-13 est puni des mêmes peines. »⁶³⁸.

Une dernière condamnation pénale est édictée en cas de défaillance au devoir de souscrire à une assurance.

415. Défaut de la souscription à l'assurance. Le promoteur est tenu, comme déjà mentionné, de souscrire à une assurance garantissant les dommages qui peuvent survenir en raison de l'expérimentation scientifique qu'il réalise. Ainsi, la défaillance à ce devoir clairement exigé par la loi du 20 décembre 1988 est sanctionnée par un an d'emprisonnement et par le paiement d'une amende de 15 000 euros. Cette sanction est énoncée par l'article L. 1126-6 du Code de la Santé Publique en vertu duquel « *le promoteur dont la responsabilité civile n'est pas garantie par l'assurance prévue à l'article L.1121-7 est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.*

Le promoteur qui réalise ou fait réaliser une recherche biomédicale sans avoir transmis au Ministre chargé de la santé ou à l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé pour les produits mentionnés à l'article L. 5311-1 la lettre d'intention prévue à l'article L. 1123-8 est puni des mêmes peines »⁶³⁹.

⁶³⁸ Article 1121-4 et 1121-12 CSP.

⁶³⁹ Article 1123-8 CSP.

Cette double responsabilité provenant de la défaillance aux exigences et aux conditions requises par la loi HURIET-SERUSCLAT sont ainsi applicables au chirurgien esthétique qui doit réaliser une expérimentation scientifique dans les conditions de ladite loi afin que son travail soit considéré comme licite ; dans le cas contraire, l'expérimentation à visée esthétique revêt une caractère illicite et sera alors condamnée tant sur le plan civil, que sur le plan pénal.



CONCLUSION DU TITRE II

416. En conclusion, la triple responsabilité pénale du chirurgien esthétique vient encadrer à son tour la tâche de ce dernier par des dispositions extrêmement strictes et sévères plaçant l'intervention chirurgicale esthétique dans le cadre exclusif de sa finalité initiale, celle d'assurer une amélioration de la morphologie chez la personne qui réclame un changement physique afin de réaliser une certaine satisfaction d'ordre psychologique. La nature de cette intervention qui est loin de toute nécessité thérapeutique et de tout intérêt vital, a alors exigé une sévérité quant aux exigences préalables à la prise de la décision de la réalisation de l'intervention et quant à la responsabilité civile du chirurgien esthétique ; cette même sévérité, prenant en compte la nécessité d'assurer une protection aux personnes subissant des interventions chirurgicales esthétiques, a entraîné l'application de règles strictes concernant la responsabilité non seulement professionnelle et disciplinaire, mais également et surtout la responsabilité pénale du chirurgien esthétique.

Un triple champ d'application de cette dernière est principalement prévu à l'encontre du plasticien répondant à la spécificité de la chirurgie esthétique en exigeant une spécificité de sa condamnation pénale. En effet, outre les infractions générales auxquelles tout praticien, et notamment le chirurgien esthétique, peut être condamné, il est également possible de poursuivre ce dernier pénalement et de l'incriminer dans des cas spéciaux prenant en compte la spécificité de la chirurgie esthétique.

Cette spécificité apparaît particulièrement en cas d'opérations de remodelage sexuel, lesquelles ont finalement été adoptées par la jurisprudence française sous certaines conditions dont la défaillance entraîne une condamnation pénale du chirurgien esthétique. En outre, en cas de recours à la publicité, surtout lorsque cette dernière cache une absence de compétence et ne reflète pas la réalité des promesses énoncées par le

chirurgien esthétique, la poursuite du plasticien est engagée. Enfin, en cas de réalisation d'expérimentation scientifique à visée esthétique, laquelle est encadrée par les conditions exigées par la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, la défaillance aux conditions strictes énoncées par ce dernier texte entraîne l'incrimination spécifiquement énoncée par les dispositions de ladite loi du plasticien.



CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

417. La nature ainsi que la finalité de l'intervention chirurgicale esthétique n'ont pas seulement exigé une logique obligationnelle spécifique juxtaposée au processus décisionnel en chirurgie esthétique, mais elles ont exigé également une logique de responsabilité mesurée à cette spécificité. C'est ainsi qu'au niveau de la responsabilité civile du chirurgien esthétique, cette spécificité apparaît clairement dans la position critiquable de la jurisprudence française qui a procédé à une mutation des règles du droit commun pour essayer de les adapter à la nature de la chirurgie esthétique ce qui a abouti à une confusion, et même une dénaturation, de ces notions. Cette même spécificité apparaît aussi au niveau de la responsabilité pénale du chirurgien esthétique qui peut être condamné non seulement pour les infractions générales auxquelles tout praticien peut être condamné, mais il est également incriminé dans des cas spéciaux prenant en compte la spécificité de la chirurgie esthétique qui sont notamment, l'opération de remodelage sexuel, le recours à la publicité et la réalisation d'une expérimentation scientifique à visée esthétique.

CONCLUSION GENERALE

418. *L’imaginaire devenu réalité.* « Je me composai donc une femme de toutes les femmes que j’avais vues : elle avait la taille, les cheveux et le sourire de l’étrangère [...] ; je lui donnais les yeux de telle jeune fille du village, la fraîcheur de telle autre, les portraits des grandes dames [...] m’avaient fourni d’autres traits, et j’avais dérobé des grâces jusqu’aux tableaux des Vierges suspendues dans les églises. »

Cet extrait des *Mémoires d’Outre-tombe*⁶⁴⁰ de Chateaubriand montre de façon claire que la beauté qui était une fiction, qu’il fallait inventer, voire même qui était impalpable, est devenue une réalité vécue dans la société actuelle. Ainsi, la femme « *imaginaire* » décrite par Chateaubriand, peut avoir actuellement tous les traits de beauté « *de toutes les femmes qu’il avait vues* » et dont il a souhaité composer sa femme. Cette différence conceptuelle de la notion de beauté revient essentiellement à la globalisation ; celle-ci a déclenché une sorte de « *guide du beau* » tout en laissant à la chirurgie esthétique le soin de réaliser son contenu.

419. *La globalisation de la beauté.* On assiste actuellement à une universalisation de l’image. C’est en fait l’uniformisation des critères de beauté due à la globalisation qui a contribué à donner à la beauté sa portée nouvelle. Constituant essentiellement une valeur subjective dont les critères variaient d’une personne à une autre, la beauté s’est transformée, sous l’effet de la globalisation, en une valeur universelle parmi les autres valeurs humaines. Cet universalisme se réalise effectivement à travers les « *idéaux de beauté* » qui présentent une sorte de « *guide du beau* » et constituent ainsi l’exemple à suivre par toute personne visant à avoir une image conforme à ceux-ci. Les termes de David Le Breton expliquent bien la nouvelle conception de la relation de l’homme avec son corps, répandue dans la société actuelle. Cet auteur estime que « *bien loin d’être de mieux en mieux accepté, le corps tend à être de plus en plus vécu comme un brouillon à corriger ou un matériau à façonner* »⁶⁴¹. C’est alors la chirurgie esthétique qui sert de moyen susceptible de « *façonner ce matériau* » pour être conforme aux « *canons de beauté* » et pour répondre ainsi aux « *critères uniformisés* » de cette dernière.

Nonobstant les effets que peut produire un changement physique sur le devenir de la personne, l’encadrement juridique de cette discipline chirurgicale paraît toutefois

⁶⁴⁰ T. I : « Fantôme d’amour ».

⁶⁴¹ LE BRETON David, *Anthropologie du corps et modernité*, Quadriga, P.U.F., 2005.

insuffisant, voire même absent dans certains pays. Une singularité caractérise la France dans ce contexte.

420. *La singularité du droit français par rapport aux autres systèmes juridiques.* La chirurgie esthétique intervient sur une personne saine dans le but d'améliorer de sa morphologie. Elle est donc facultative, ce qui nécessite une protection exigeante de la personne subissant une telle intervention. La spécificité de cette discipline implique alors l'application de règles adaptées à sa particularité. L'étude ici présentée de la situation actuelle du droit français en matière de chirurgie esthétique a permis de démontrer l'effort, aussi bien législatif que prétorien, dudit droit dans le but de créer un encadrement juridique spécifique et adapté à cette discipline.

Ainsi, sur le plan législatif, la singularité française se manifeste par un nombre de textes spéciaux visant essentiellement la protection des patients d'une part, et la détermination des conditions de l'exercice de la chirurgie esthétique d'autre part. Un arrêté du 17 octobre 1996 a constitué la première étape législative en la matière ; il est relatif à la publicité des prix des actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a apporté à son tour des modifications au Code de la Santé Publique en y insérant des règles spécifiques à la chirurgie esthétique. Ces dernières concernent essentiellement les droits des patients, l'obligation d'information du chirurgien esthétique et les mesures de qualité dans l'exercice de la chirurgie esthétique. Les détails de ces mesures ont fait l'objet de décrets d'application de ladite loi datant du 11 juillet 2005 et relatifs aux conditions d'autorisation des installations de chirurgie esthétique. Une circulaire du 23 décembre 2005 relative à l'autorisation et au fonctionnement des installations de chirurgie esthétique a enfin constitué une sorte de récapitulatif des règles élaborées.

Quant à l'effort prétorien, il consiste dans la démarche de la jurisprudence française, qui essaie de compléter l'encadrement juridique spécifique de la chirurgie esthétique à travers des règles et des notions adaptées à la nature et à la finalité de cette discipline non curative. La démarche prétorienne concerne essentiellement la détermination du régime de la responsabilité du chirurgien esthétique et évidemment les obligations de ce dernier.

Par conséquent, et sachant que le cadre juridique de la chirurgie esthétique semble quasiment absent dans d'autres pays, dont le Liban fait partie, le système appliqué en France paraît cependant avancé, voire même singulier. Servir d'exemple au niveau de l'encadrement juridique de la chirurgie esthétique est certes important ;

pourtant, le régime français actuel demeure insuffisant ; d'où le besoin de corriger, mais aussi de perfectionner ce système.

421. *Perspectives d'un droit français unitaire de chirurgie esthétique.* Nonobstant la singularité du régime juridique appliqué en France en matière de chirurgie esthétique, la façon d'aborder cette discipline permet de révéler l'imperfection du système français actuel. Cette imperfection apparaît principalement sur le plan jurisprudentiel, mais elle se retrouve également au niveau de la législation.

Au niveau prétorien, la démarche de la jurisprudence française nous permet de constater que l'approche effectuée est à l'origine de l'inadaptation des règles appliquées à la chirurgie esthétique. Ainsi, une correction méthodique de l'approche jurisprudentielle s'avère fondamentale.

Au niveau législatif, c'est l'insuffisance des lois régissant la chirurgie esthétique qui est à la base de l'imperfection. Un perfectionnement peut alors apporter la solution adéquate.

422. *Correction.* La démarche de mutation de certaines règles et notions de droit commun suivie en matière de chirurgie esthétique a entraîné la confusion et l'instabilité au sein de la jurisprudence française, ce qui nécessite une correction quant à la manière d'aborder cette discipline non curative. En effet, compte tenu de la nature chirurgicale de l'opération esthétique, la similitude entre celle-ci et la chirurgie générale a été à la base de l'approche réalisée dans le règlement des litiges en matière de chirurgie esthétique. La jurisprudence a, à cet égard, transmis les notions régissant la chirurgie générale en essayant de les adapter à la chirurgie esthétique, notamment sur le plan de la responsabilité, du critère de la légitimité de l'intervention, etc.

Pourtant, quoique l'acte chirurgical, à savoir l'atteinte à l'intégrité physique de la personne, paraît être un point commun entre les deux branches chirurgicales, celles-ci se distinguent catégoriquement l'une de l'autre. C'est la nature et la finalité de chacune d'elles qui en tracent les points distinctifs. Cette différence de principe entraîne évidemment une différence méthodologique dans le traitement juridique qui rend les notions régissant la chirurgie générale inadaptées à la spécificité de la chirurgie esthétique. Ceci explique la confusion au sein de la jurisprudence et l'instabilité de la position de cette dernière puisque les litiges résultant d'une intervention chirurgicale esthétique ne peuvent pas être résolus en s'appuyant sur les règles appliquées en chirurgie générale.

Par conséquent, la première étape essentielle pour « *perfectionner* » le système juridique français en matière de chirurgie esthétique consiste en une « *correction* » de la façon d'aborder cette discipline par la jurisprudence. Ainsi, en abandonnant la démarche de mutation, la correction doit aboutir à un traitement juridique spécifique du chirurgien esthétique et adapté tant au niveau des obligations qu'au niveau de la responsabilité de celui-ci. Les propositions qu'on a présentées tout au long de cette étude peuvent contribuer à mettre fin à l'instabilité au sein de la jurisprudence actuelle. Outre la correction au niveau jurisprudentiel, le perfectionnement ne peut se réaliser qu'en vertu d'un système législatif complet.

423. *Perfectionnement.* C'est au niveau législatif que le perfectionnement du régime juridique français se réalise totalement pour mettre fin à la singularité « *imparfaite* » de ce système. En effet, le « *peu* » de textes législatifs appliqués actuellement en France n'est pas susceptible de régler les différents points juridiques que la chirurgie esthétique suscite. Les uns insérés dans le Code de la Santé Publique, les autres prenant la forme d'arrêtés ou de décrets, ces textes sont en fait « *circonstanciés* » ; leur promulgation vise le traitement d'un point juridique précis uniquement. Pourtant, le cadre législatif d'une discipline aussi spécifique que la chirurgie esthétique doit être non seulement adapté à cette dernière, mais également complet prenant en compte deux finalités essentielles :

En premier lieu, assurer une meilleure protection de la personne saine qui subit une intervention chirurgicale à visée esthétique. Le patient a besoin, dans ce cas, d'une protection beaucoup plus forte que celle qui est envisagée pour les personnes subissant une intervention chirurgicale à visée curative. En effet, exposer une personne jouissant d'une bonne santé aux risques d'une intervention chirurgicale qui n'est pas justifié par un but curatif, mais par un désir d'amélioration physique, implique normalement une plus grande prudence en vue de protéger cette personne.

En second lieu, « *dissuader* » et « *responsabiliser* » le chirurgien esthétique :

Il s'agit de « *dissuader* » le praticien d'un exercice « *non conditionné* » de la chirurgie esthétique, surtout que cette dernière est une discipline non curative. Il serait alors possible que le praticien exploite la fragilité psychologique du patient et son obsession de beauté pour l'encourager à subir une intervention chirurgicale esthétique, nonobstant les risques qui peuvent survenir ou même son inutilité ou son illégitimité.

Il s'agit par ailleurs de le « *responsabiliser* » en cas de défaillance des règles qui lui sont imposées.

Cette double finalité qui constitue alors le cadre essentiel pour perfectionner le régime juridique de la chirurgie esthétique, se réalise à travers une législation complète, exhaustive, adaptée et évidemment distincte des règles applicables en chirurgie générale.

Quant à la forme, le régime juridique complet peut prendre la forme d'un code spécifique similaire à celui de la consommation. L'objectif essentiel du Code de la consommation est de protéger le consommateur, considéré comme la partie faible dans le contrat de consommation conclu avec un professionnel. Le patient est également la partie faible dans le contrat de chirurgie esthétique qui le lie au praticien, mais sa protection s'avère plus exigeante. En effet, c'est l'intégrité physique de la personne saine qui subit une intervention chirurgicale esthétique qui sera visée par un code spécifique de chirurgie esthétique. C'est son corps, sa fragilité physique et psychique, son avenir, sa vie qui sont mis en cause dans la relation du patient avec son chirurgien esthétique. Cependant, la forme du perfectionnement législatif en matière de chirurgie esthétique ne pose pas de problème. Peu importe qu'il soit sous forme d'un code ou d'une législation complète et exhaustive ; ce qui importe, est d'avoir une codification unifiée et méthodique de la chirurgie esthétique qui met fin à l'élaboration des textes éparpillés et même circonstanciés.

424. Quelques exemples. Les trois propositions de loi présentées en Belgique en 2010, puis élaborées en 2011 et 2013 tel que détaillé dans cette étude⁶⁴², peuvent servir d'exemple à une législation future complète en France. Ces trois propositions concernent : L'interdiction de la publicité, les installations extrahospitalières, les qualifications et la compétence du chirurgien esthétique. Elles comportent également des règles spécifiques quant à la protection des patients.

Le guide de la « *bonne pratique médicale en chirurgie esthétique* » publié en Angleterre par le *General Medical Council* peut également être un exemple pour une législation future en France. L'objectif principal de ce guide est de donner des directives claires sur les obligations des chirurgiens esthétiques et sur leur relation avec les patients.

Le projet de la nouvelle loi des droits des patients qui comportent des règles spécifiques pour la chirurgie esthétique en Allemagne pourrait également entrer dans le

⁶⁴² V. *supra* n°12 et s.

même contexte. Ainsi, le recours à la chirurgie esthétique est de plus en plus accentué actuellement ; l'uniformisation des critères de beauté sous l'effet de la globalisation a été à l'origine de la création des « *idéaux de beauté* » dont toute personne tend à se conformer. C'est la raison pour laquelle la réglementation de cette discipline s'avère fondamentale.

De même, le progrès des opérations réalisées et des techniques utilisées lors d'interventions chirurgicales à visée esthétique, avancée par ailleurs particulièrement remarquable, amène à s'interroger quant aux limites de cette discipline chirurgicale non curative ; est-ce à dire que le droit de la personne à subir des changements de son image est un droit absolu ou bien limité ?

425. *Le droit à la chirurgie non curative : droit limité ou droit absolu ?* L'énorme progrès effectué en matière de chirurgie esthétique a transformé le corps en un « *moyen* » à la disposition de l'homme, comme l'a affirmé J.-F. Mattei, ancien Ministre de la santé : « *l'homme d'aujourd'hui éprouve en définitive plus de difficultés à accepter l'image de son corps et surtout son altération par la vieillesse. (...) Or, ces techniques, au cours des dernières décennies, ont contribué subrepticement à nourrir la croyance problématique selon laquelle le corps serait un moyen à notre disposition* ». Il a conclu en posant la question suivante : « *le législateur doit-il laisser tout faire ?* »⁶⁴³ En d'autres termes, le droit à la chirurgie non curative est-il un droit absolu ou bien limité ?

Il est certes évident que ce droit est reconnu, voire même largement répandu actuellement ; pourtant, cette reconnaissance n'implique pas le caractère absolu dudit droit. Une double exigence de normalisation nécessite de prévoir des limites au recours à la chirurgie non curative : il s'agit d'une part d'une régularisation « *obligationnelle* » visant à encadrer la relation du praticien avec le patient dans son exercice de la chirurgie esthétique et, d'autre part, d'une régularisation « *psychique* » visant à évaluer les motifs justificatifs du patient.

Quant à la mise en œuvre de ces limites, elle est confiée aussi bien au législateur qu'à la jurisprudence comme constater précédemment dans l'étude. En vue de la régularisation « *obligationnelle* », des règles spécifiques sont imposées au chirurgien

⁶⁴³ MATTEI J.-F., Ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, *Le corps et son image*, Discours d'ouverture des 1^{ères} Rencontres internationales, vendredi 20 septembre 2002.

esthétique vis-à-vis de son patient ; il est ainsi tenu de les respecter sous peine d'être condamné. En effet, la nature non curative de cette discipline et sa finalité qu'est l'amélioration de l'image, exigent qu'une protection spécifique soit assurée au patient. Pour cette raison, le chirurgien esthétique est tenu de se conformer aux exigences relatives à ses obligations, notamment à son obligation rigoureuse d'information accompagnée de la remise d'un devis écrit et préalable à l'intervention, à son obligation de ne pas avoir recours à la publicité, à celles relatives aux installations, aux établissements, aux qualifications requises, à celles relatives aux opérations esthétiques autorisées par la loi, etc.

Pour ce qui est de la régularisation « *psychique* », elle tend à évaluer l'état du patient en ce domaine, à affiner ses motivations et à les régler en vue d'empêcher les changements qui sont déformateurs, voire même dangereux pour le corps. Un psychiatre serait davantage à même à déterminer ces exigences. A cet égard, il ne sera permis au chirurgien esthétique de réaliser l'opération qu'à la suite d'un entretien du patient avec un psychiatre. La nature de l'intervention chirurgicale esthétique dépourvue de toute nécessité médicale, qui plus est survenant sur une personne saine, ainsi que sa finalité à savoir l'amélioration de morphologie, exigent une telle régularisation. Ainsi, pour juger de l'opportunité de l'intervention et de son utilité, le chirurgien esthétique est tenu de respecter ce mécanisme précis de consultation psychiatrique préalable à l'opération. Il permet donc de bien déterminer les motivations du patient et ses attentes susceptibles soit de justifier l'intervention, soit de la rendre inutile ou même dangereuse. Ce mécanisme empêche en outre le chirurgien esthétique d'exploiter la fragilité psychologique de son patient en l'encourageant à subir une intervention qui s'avère inutile ou dangereuse ; c'est par exemple le cas des personnes qui réclament un changement « *déformateur* » de leur corps qui aura des effets néfastes et choquants pour lui comme pour la société.

La problématique « *célèbre* » de la disposition par l'individu de son corps avec toute liberté se pose alors dans ce contexte ; et c'est particulièrement le cas des personnes subissant des actes chirurgicaux « *anormaux* » sur leur corps qui suscite cette problématique.

Ainsi, le législateur doit-il laisser tout faire ? Même lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une chirurgie déformatrice provenant principalement de certaines pratiques culturelles et religieuses qui caractérisent un certain nombre de sociétés, comme celle d'Ethiopie examinée dans l'introduction de cette étude ? La primauté dit-elle être

donnée à la liberté de l'individu de disposer de son corps, quel qu'en soient les formes et les résultats, ou bien faut-il limiter cette liberté en vertu du principe de l'inviolabilité du corps humain ?

En principe, ni le législateur ni la jurisprudence ne doivent admettre la réalisation de telles interventions chirurgicales, même si elles constituent des traits culturels ou religieux d'une société déterminée.

A notre avis, la primauté doit être donnée dans ce cas précis au principe de l'inviolabilité du corps humain qui prévaut sur le consentement préalable et sur la liberté de la personne, et ce au regard des résultats déformateurs de telles pratiques. Ainsi, ces actes « *anormaux* » doivent être prohibés, peu importe leur origine ou base.

Néanmoins, il apparaît que cette exigence ne fait pas encore l'objet d'une unanimité jurisprudentielle, ni d'une consécration législative spécifique ; les termes de Stéphane Prieur en apportent le témoignage : « *l'être humain, face à lui-même, semble pouvoir s'autodétruire partiellement sans que le droit y trouve à redire* »⁶⁴⁴.

⁶⁴⁴ PRIEUR Stéphane, *La disposition par l'individu de son corps*, Thèse de droit, Dijon, 1998, n°158.

ANNEXES

ANNEXE 1 : Arrêt du tribunal fédéral suisse rendu le 16/09/2011.

ANNEXE 2 : Arrêt du tribunal fédéral suisse rendu le 19/08/2011.

ANNEXE 3 : Arrêt rendu par la Cour de cassation française en date du 30/09/2010.

ANNEXE 4 : Arrêt rendu par la Cour de cassation française en date du 17/02/1998.

ANNEXE 5 : Position de la jurisprudence sur la subtilité de l'obligation d'information du chirurgien esthétique.

ANNEXE 6 : Nature de l'obligation d'information du chirurgien esthétique.

ANNEXE 7 : Position de la jurisprudence entre 29/05/1951 et 27/2/1997 sur le fardeau de la preuve de l'obligation d'information.

ANNEXE 8 : Position de la jurisprudence après le 25/02/1997 sur le fardeau de la preuve de l'obligation d'information.

ANNEXE 9 : Transcription de la notion de proportionnalité appliquée en matière curative à la chirurgie esthétique.

ANNEXE 10 : Les conséquences de la disproportion sur la décision du chirurgien esthétique.

ANNEXE 11 : L'obligation de résultat.

ANNEXE 12 : La nature des obligations de faire.

ANNEXE 13 : L'obligation de moyens.

ANNEXE 14 : L'extension exceptionnelle vers une obligation de résultat du praticien dans le cas où la nature de certains actes médicaux l'exige.

ANNEXE 15 : Responsabilité pénale générale du chirurgien esthétique.

ANNEXE 16 : Hostilité absolue de l'opération de remodelage sexuel par la jurisprudence durant la période allant de 1965 jusqu'au 1975.

ANNEXE 17 : Refus catégorique de l'opération de remodelage sexuel par la jurisprudence française durant la période allant de l'année 1990 jusqu'au 1992

ANNEXE 18 : Reconnaissance de l'opération de remodelage sexuel par la jurisprudence française à partir du 11 décembre 1992.

ANNEXE 19 : Responsabilité pénale du chirurgien esthétique : incrimination de l'opération de remodelage sexuel pour castration.

ANNEXE 20 : Condamnation pénale des chirurgiens esthétiques pour avoir eu recours à la publicité.

ANNEXE 21 : Conditions de licéité de l'expérimentation scientifique relative à la recherche.

Annexe 1

Arrêt du Tribunal fédéral suisse rendu le 16/09/2011

Source : Suisse, Tribunal fédéral suisse, Cour de cassation pénale, 16 septembre 2011, 6B 869/2010, <http://www.juricaf.org/arret/SUISSE-TRIBUNALFEDERALSUISSE-20110916-6B8692010>, consulté le 15/06/2012.

« Le consentement éclairé du patient constitue un fait justificatif à l'atteinte à l'intégrité corporelle que représente une intervention médicale touchant une partie du corps ou qui lèse ou diminue, de manière non négligeable et au moins temporairement, les aptitudes ou le bien-être physique du patient (ATF 133 III 121 consid. 4.1.1 p. 128 s. ; 124 IV 258 consid. 2 p. 260 s.). L'exigence de ce consentement découle ainsi du droit à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle. Il suppose, d'une part, que le patient ait reçu du médecin, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance (ATF 133 III 121 consid. 4.1.2 p. 129). Il faut, d'autre part, que la capacité de discernement du patient lui permette de se déterminer sur la base des informations reçues (ATF 134 II 235 consid. 4.1 p. 237 ; 114 Ia 350 consid. 7a p. 360).

Est capable de discernement au sens de l'art. 16 CC, toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables. La capacité de discernement est la règle. Elle est présumée. Celui qui en allègue l'absence doit prouver l'incapacité de discernement au stade de la vraisemblance prépondérante. En revanche, lorsque l'expérience de la vie conduit à présumer (par exemple pour les jeunes enfants, en présence de certaines affections psychiques ou pour les personnes affaiblies par l'âge) que la personne en cause, en fonction de sa constitution, ne doit pas être jugée capable de discernement, la preuve est considérée comme suffisamment rapportée et la présomption renversée. L'autre partie peut alors tenter de prouver un intervalle de lucidité (cf. ATF 124 III 5 consid. 1b, p. 8

s. ; sur le degré d'exigence en matière de preuve : arrêt 5C.32/2004 du 6 octobre 2004 consid. 3.2.2).

La présomption d'incapacité de discernement concerne, selon la jurisprudence, les cas dans lesquels la personne en cause se trouve, au moment d'agir, diminuée psychiquement de manière durable en raison de l'âge ou de la maladie, comme cela est notoirement le cas en présence de démences séniles. Elle n'est, en revanche, pas présumée et doit, partant, être prouvée, par exemple chez une personne d'un âge avancé qui n'est que faible, atteinte dans sa santé et confuse par moment, chez une personne qui ne souffre que d'absences sporadiques ensuite d'une apoplexie ou encore qui ne souffre que de trous de mémoire liés à l'âge (arrêt du 16 mars 2009, 5A_748/2008 consid. 5.2 et les références citées). La jurisprudence a aussi jugé qu'un syndrome psycho-organique avec diminution moyenne des capacités cognitives et de volonté pouvait constituer un cas limite dans lequel la capacité de discernement serait encore admise compte tenu du caractère hautement personnel de l'acte en cause et des intérêts en jeu (arrêt 5C.32/2004, précité, consid. 4.3.2). Ces délimitations ont été posées en relation avec la capacité de tester et prennent notamment en considération la complexité inhérente aux dispositions de dernières volontés, eu égard au caractère relatif de la capacité de discernement (ATF 124 III 5 consid. 1a, p. 8). On peut ainsi s'y référer en ce qui concerne le consentement éclairé du patient, tout au moins dans la mesure où rien n'indique que l'information donnée à la recourante aurait été d'un abord intellectuel plus ardu qu'un règlement successoral.

C'est une question de droit que de savoir si l'on peut tirer des constatations de fait, telles que l'état de santé mentale et les troubles qui lui sont liés, ou la capacité de s'opposer à des tentatives d'influence, la conclusion que l'intéressé était capable de discernement. Le Tribunal fédéral peut revoir cette conclusion dans la mesure où elle dépend de la notion même de capacité de discernement, de l'expérience générale de la vie et du degré de vraisemblance exigé pour exclure cette capacité (ATF 124 III 5 consid. 4 p. 13).

Il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient la recourante, un simple doute sur l'état mental ne suffit pas à renverser la présomption de capacité de discernement et il n'en va pas différemment lorsqu'il s'agit, au pénal, d'examiner si celle du patient suffisait à fonder un consentement éclairé. Il est vrai qu'en matière de responsabilité médicale, la jurisprudence impose au médecin d'établir avoir obtenu le

consentement éclairé de son patient (ATF 133 III 121 consid. 4.1.3 p. 129) et qu'il lui incombe, en cas de doute, d'éclaircir la question de l'état mental de celui-ci, au besoin en recourant à une expertise, à un consilium psychiatrique ou des tests (arrêt du 19 mars 2002, 4P.9/2002, consid. 2c; v. aussi VOLKER DITTMANN, *Urteilsfähigkeit als Voraussetzung für Aufklärung und Einwilligung*, Medizin und Recht, 2008, p. 367 ss; JOHANNE GAGNEBIN, *Le consentement libre et éclairé du patient: une notion transversale ou décloisonnée-*, in: « Le droit décloisonné », interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, 2009, p. 62). La recourante se méprend cependant sur la portée de ces exigences.

La violation des obligations du médecin en relation avec le consentement éclairé du patient peut certes constituer une infraction, si le droit cantonal le prévoit (v. p. ex.: art. 21, 23, 23c en corrélation avec l'art. 184 de la Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985; RS/VD 800.01). Elle peut également fonder une responsabilité contractuelle ou délictuelle, de droit public ou privé. Les art. 117 et 122 ss CP ne répriment cependant pas la violation des obligations du médecin comme telles, mais l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle. Le consentement éclairé du patient constitue, dans ce contexte, un fait objectif justificatif dont le fardeau de la preuve incombe à l'accusé, qui y satisfait déjà en rendant vraisemblables ses allégations (GÉRARD PIQUERETZ, *Traité de procédure pénale suisse*, 2e éd. 2006, § 702, p. 443). Ce que le médecin aurait pu ou dû savoir de l'état mental de son patient, respectivement les doutes qu'il a pu éprouver sur la capacité de discernement, n'est, en revanche, susceptible de jouer un rôle qu'au plan subjectif de l'infraction soit en ce qui concerne une éventuelle erreur sur les faits relative au consentement éclairé du patient (cf. art. 13 CP). Le consentement éclairé, qui suppose la capacité de discernement, excluant d'emblée l'infraction, ces éléments subjectifs ne sont cependant susceptibles de jouer un rôle que lorsque la capacité de discernement n'est pas donnée. En d'autres termes, au plan pénal, le médecin qui éprouve un doute sur l'état mental de son patient et entreprend d'élucider ce point, au besoin avec l'aide d'un spécialiste, pourra, le cas échéant, invoquer en sa faveur l'existence d'une erreur de fait s'il devait apparaître, par la suite, que son patient n'était, en réalité, pas capable de discernement. Celui dont il est établi qu'il éprouvait ou aurait dû éprouver un doute sur ce point mais qui n'a pas entrepris les démarches nécessaires, ne pourra pas se prévaloir de son erreur, l'homicide et les lésions corporelles étant punissables par négligence (art. 13 al. 2 CP). Ce doute demeure, en revanche, sans incidence sur le système des présomptions du droit civil qui

détermine l'existence ou non de la capacité de discernement au niveau objectif du fait justificatif. La recourante reproche ainsi à tort à la Cour cantonale de ne pas avoir considéré que le seul doute que pouvait éprouver l'intimé sur son état mental devait conduire à présumer l'incapacité. »

Annexe 2

Arrêt rendu par le Tribunal fédéral suisse le 19/08/2011

Source : Suisse, Tribunal fédéral suisse, 1re Cour civile, 19 août 2011, 4A 266/2011, <http://www.juricaf.org/arret/SUISSE-TRIBUNALFEDERALSUISSE-20110819-4A2662011>, consulté le 15/06/2012.

« Il ressort des constatations cantonales - qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) - que l'intimée a chargé la recourante, en sa qualité de médecin, d'examiner son état et de prendre les mesures thérapeutiques adéquates; un tel accord constitue un contrat de mandat au sens de l'art. 394 al. 1 CO (ATF 132 III 353 consid. 3.1 p. 362).

Le mandataire (en l'occurrence : le médecin) est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO). L'art. 398 al. 1 CO renvoie aux règles régissant la responsabilité du travailleur dans les rapports de travail, soit l'art. 321e CO. Cette disposition prévoit que le travailleur est responsable du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence et elle détermine la mesure de la diligence requise (ATF 133 III 121 consid. 3.1 p. 123 s.). En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de son obligation de diligence, le mandataire est tenu de réparer le dommage qui en résulte, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al. 1 CO).

La responsabilité du mandataire suppose la réunion de quatre conditions qui sont cumulatives : une violation d'un devoir de diligence, une faute, un dommage et une relation de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation fautive du devoir de diligence et le dommage survenu; il appartient au demandeur d'apporter la preuve des faits permettant de constater que chacune de ces conditions est remplie (art. 8 CC), sauf pour la faute qui est présumée (art. 97 al. 1 CO) (TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4e éd. 2009, n° 5196 ss).

La recourante se réfère, dans son mémoire, à l'art. 41 CO. Il est vrai que l'action délictuelle, notamment en cas de lésions corporelles, concourt avec l'action contractuelle ; toutefois, la demande a été fondée en l'espèce sur la violation du contrat et il n'y a donc aucune raison de se référer à l'art. 41 CO.

Selon l'art. 47 CO, le juge peut, en tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles ou, en cas de mort d'homme, à la famille, une indemnité équitable à titre de réparation morale. Lorsque - comme c'est le cas en l'espèce - la demande porte sur une indemnité pour tort moral, la partie demanderesse doit prouver non pas l'existence d'un dommage, mais d'un tort moral qui soit en relation de causalité avec la violation fautive du contrat.

La recourante se réfère dans son mémoire à l'art. 49 CO, mais cette disposition, qui concerne le tort moral en cas d'atteinte à la personnalité, n'est d'aucune utilité en l'espèce, puisque l'octroi d'une réparation morale en cas de lésions corporelles est prévu spécialement par l'art. 47 CO.

S'agissant plus précisément de la responsabilité contractuelle dans le domaine médical, il faut apporter quelques précisions quant au devoir de diligence du médecin.

Le médecin doit accomplir tous les actes qui paraissent appropriés, selon les règles de l'art médical, pour atteindre le but du traitement (arrêt 4A_403/2007 du 24 juin 2008 consid. 5.2 publié in RtiD 2009 I p. 696). Dans l'exécution de sa mission, le médecin doit mettre à disposition ses connaissances et ses capacités ; il ne garantit cependant pas d'obtenir un résultat. L'étendue de son devoir doit être déterminée selon des critères objectifs ; les exigences dépendent des particularités de chaque cas, telles que la nature de l'intervention ou du traitement et les risques qu'ils comportent, la marge d'appréciation, le temps et les moyens disponibles, la formation et les capacités du médecin (ATF 133 III 121 consid. 3.1 p. 124). Les règles de l'art médical, que le médecin doit suivre, constituent des principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens ; savoir si le médecin a violé son devoir de diligence est une question de droit; dire s'il existe une règle professionnelle communément admise, quel était l'état du patient et comment l'acte médical s'est déroulé relève du fait (ATF 133 III 121 consid. 3.1 p. 124).

Par ailleurs, le mandat confié au médecin implique pour lui un devoir d'information à l'égard du patient. Le médecin doit donner à celui-ci, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de succès, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance; des exceptions ne sont

admises que dans des cas très précis, par exemple lorsqu'il s'agit d'actes courants sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle, s'il y a une urgence confinant à l'état de nécessité, si, dans le cas d'une opération en cours, il y a nécessité évidente d'en effectuer une autre ou encore si le patient a déjà subi une ou plusieurs opérations du même genre (pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences) (ATF 133 III 121 consid. 4.1.2 p. 129). C'est au médecin qu'il appartient de prouver qu'il a renseigné correctement le patient (ATF 133 III 121 consid. 4.1.3 p. 129).

Si le médecin a violé fautivement son devoir de diligence, le patient ne pourra obtenir des dommages-intérêts ou une indemnité pour tort moral que s'il prouve que cette violation est en relation de causalité naturelle et en relation de causalité adéquate avec la survenance d'un dommage, respectivement d'un tort moral (art. 8 CC, art. 97 al. 1 CO).

Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue une condition *sine qua non* ; le constat de la causalité naturelle relève du fait (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 470 ; 132 III 715 consid. 2.2 p. 718).

Un fait constitue la cause adéquate d'un résultat s'il est propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit ; le constat de la causalité adéquate relève du droit (ATF 123 III 110 consid. 2 p. 111 et 3a p. 112).

Par tort moral, on entend des souffrances physiques ou psychiques (arrêt 4C.114/1993 du 27 décembre 1993 consid. 8a). Il incombe à la partie demanderesse d'en prouver l'existence (art. 8 CC). L'existence d'un tort moral relève des constatations de fait (arrêt 4C.114/1993 déjà cité consid. 8b).

L'indemnité pour tort moral a pour but exclusif de compenser le préjudice que représente une atteinte au bien-être moral ; le principe d'une indemnisation du tort moral et l'ampleur de la réparation dépendent d'une manière décisive de la gravité de l'atteinte et de la possibilité d'adoucir de façon sensible, par le versement d'une somme d'argent, la douleur physique ou morale. La fixation de l'indemnité satisfaisante relève de l'appréciation du juge; il s'agit d'une question que le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec retenue; il n'intervient que lorsque l'autorité cantonale s'écarte sans motif des critères fixés par la doctrine et la jurisprudence, prend en considération des faits sans

pertinence ou, au contraire, ignore ceux qu'elle aurait dû prendre en compte ou encore lorsque, dans son résultat, le montant fixé apparaît manifestement inéquitable ou choquant (ATF 123 III 306 consid. 9b p. 315).

En l'espèce, la Cour cantonale a choisi de suivre les constatations des experts qu'elle a elle-même désignés et dont les conclusions lui ont paru claires, précises et convaincantes. Il ne s'agit pas là d'une question de droit fédéral, mais d'une pure question d'appréciation des preuves, que le Tribunal fédéral ne saurait revoir en l'absence d'un grief d'arbitraire régulièrement formulé (art. 106 al. 2 LTF).

Se prononçant sur le contenu de l'art médical, les experts ont affirmé que l'ablation du sein droit ne s'imposait pas et ne constituait pas une option médicalement reconnue.

Les règles de l'art étant ainsi constatées - ce qui relève du fait -, il en découle, sans violation du droit fédéral que la recourante a manqué fautivement à son devoir de diligence en procédant à cette opération.

Il ressort d'ailleurs bien des constatations cantonales - qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) - que la mammographie n'avait révélé aucune anomalie du sein droit et que la biopsie n'a pas porté sur le sein droit ; en conséquence, au moment où l'ablation a été effectuée, il n'y avait aucun indice que ce sein soit malade; l'examen effectué ultérieurement a prouvé que ce sein n'était pas atteint d'un cancer. Ainsi, la recourante a procédé à l'ablation d'un organe qui n'était pas malade et dont elle n'avait aucune raison sérieuse de penser qu'il le soit. Admettre en pareilles circonstances qu'il y a eu violation fautive du devoir de diligence est conforme au droit fédéral.

Pour tenter de se justifier, la recourante fait valoir que le cancer aurait pu s'étendre un jour au sein droit. Ce risque étant connu, on peut raisonnablement penser que ce sein aurait fait l'objet d'un examen attentif et régulier ; à la moindre apparition d'une anomalie, les experts ont relevé qu'il était possible d'intervenir avec une technique moins invasive, qui était déjà connue à l'époque. En suivant sur ce point l'opinion des experts judiciaires, la Cour cantonale s'est prononcée sur le contenu de l'art médical, ce qui relève des constatations de fait qui, faute d'un grief d'arbitraire, n'ont pas à être revues par le Tribunal fédéral (art. 106 al. 2 LTF). Ainsi, la recourante a utilisé une méthode plus mutilante qu'il n'était nécessaire, de sorte que son argument ne supprime pas l'existence d'une violation fautive du devoir de diligence.

La recourante soutient que la double ablation répondait à un souci esthétique, pour assurer la symétrie des deux seins. La Cour cantonale a cependant constaté - d'une manière qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) - que la patiente avait expliqué qu'elle avait accepté la double ablation parce que «sa priorité était de mettre toutes les chances de son côté pour éviter une récurrence» (arrêt attaqué p. 3). Il est donc clairement établi que la patiente a accepté la double ablation parce qu'elle craignait que le cancer n'atteigne le sein droit. Si la recourante avait informé sa patiente - comme elle le devait - que l'ablation du sein droit n'était pas imposée par des considérations médicales, mais pouvait se justifier pour des raisons esthétiques, il est évident que la situation se serait présentée d'une manière différente et il est fort possible que la patiente n'aurait pas accepté l'ablation de ce sein. Le devoir d'information du médecin impliquait que la patiente soit renseignée sur les alternatives thérapeutiques moins invasives et sur les motifs réels pour lesquels la recourante pensait l'intervention nécessaire. Il est manifeste que l'information due n'a pas été donnée, puisque la patiente a compris qu'elle devait accepter la double ablation pour se protéger contre une apparition du cancer dans le sein droit. Ainsi, l'argumentation présentée n'est pas propre à faire disparaître l'existence d'une violation fautive du devoir de diligence.

La Cour cantonale a constaté que l'ablation du sein droit, qui n'aurait pas dû être effectuée, a provoqué chez la patiente d'importantes souffrances physiques (ce sein a été opéré quatre fois) et psychiques (stress lié aux opérations, sentiment d'être mal soignée et perte d'attributs de la féminité). Le constat d'un tort moral relève du fait et ne saurait être revu par le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF).

Les souffrances constatées par la Cour cantonale résultent, pour moitié, de l'ablation du sein droit. Le rapport de causalité naturelle, dont la constatation relève du fait, ressortit à l'évidence et on ne saurait dire que la Cour cantonale a perdu de vue de cette exigence légale.

La recourante tente de contester l'existence d'un rapport de causalité adéquate, mais son argumentation est dépourvue de toute consistance. Il tombe sous le sens que l'ablation d'un sein est propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner des souffrances du genre de celles qui se sont produites. Le rapport de causalité adéquate a donc été admis sans violation du droit fédéral.

Quant à la quotité de l'indemnité, la Cour cantonale s'est référée à un précédent, remontant à 1982, où le Tribunal fédéral, dans un cas d'ablation des deux seins, avait

admis une indemnité pour tort moral de 25'000 fr. (ATF 108 II 59 consid. 4 p. 64). Il est vrai qu'en l'espèce l'ablation d'un seul sein est contraire aux règles de l'art, de sorte que le montant de l'indemnité doit être réduit de moitié. Il faut aussi tenir compte de la hausse du coût de la vie depuis 1982 pour revaloriser le montant alloué à cette époque. Même s'il est vrai que les deux cas ne sont pas identiques, on ne saurait dire que l'octroi en l'espèce d'une indemnité de 15'000 fr. procède d'un abus du large pouvoir d'appréciation accordé au juge en cette matière.

Ainsi, l'octroi de l'indemnité pour tort moral ne viole pas le droit fédéral et le recours doit être rejeté sur ce point. »

Annexe 3

Arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 30/09/2010

Source : Cass. Civ., 30 septembre 2010, inédit, n°08-18159.

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que MM. X..., A... et B..., médecins, et le Syndicat libéral des chirurgiens qualifiés pour l'exercice de la chirurgie réparatrice du cuir chevelu (le syndicat), ayant fait assigner la société Clinique de micro-greffe capillaire (la clinique) et M. Y..., aux droits de qui vient la société Y..., en qualité de commissaire à l'exécution du plan de cette société, ainsi que M. Z..., médecin exerçant dans l'établissement, ceux-ci ont été condamnés sous astreinte à cesser toute activité de micro-greffe capillaire et condamnés en outre solidairement au paiement de diverses sommes ; que ces derniers ayant interjeté appel et sollicité l'arrêt de l'exécution provisoire, leur demande a été rejetée par une ordonnance qui a fixé au 31 mars 2008 le jour auquel l'affaire serait appelée par priorité ; que les intimés ont demandé à la Cour d'appel, devant laquelle l'audience s'est tenue le 8 avril 2008, de constater la caducité de la déclaration d'appel de la clinique et de la société Y..., ès qualités, en soutenant que ces appelants ne les avaient pas assignés pour la date fixée pour l'ordonnance ;

Que si les juges du fond ont distingué une première technique consistant « à prélever une bandelette de cuir chevelu d'environ 8 à 10 cm de long sur 1 cm de large au niveau de la nuque, à découper cette bandelette en fragments contenant 1 à 4 cheveux et constituant des micro-greffes, puis à implanter ces derniers à l'endroit de la calvitie », et une seconde technique qui serait distincte de la précédente et consistant en un « prélèvement de lambeaux, qui consiste à découper une bande de cuir chevelu en conservant le pédicule vasculaire et à l'orienter par un déplacement vers la zone glabre », ils n'ont pas dit pour quelles raisons, compte tenu de la nature, de l'importance ou des risques des gestes opératoires, la première des deux techniques, à la différence de la seconde, ne pouvait relever d'un acte chirurgical ; que, de ce point de vue, l'arrêt attaqué est dépourvu de base légale au regard de l'article L. 6322-1 du Code de la Santé Publique ; mais attendu que la Cour d'appel a justement énoncé que les textes législatifs et réglementaires issus de la loi du 4 mars 2002, qui réglementent les interventions de chirurgie esthétique, n'énumèrent pas les actes relevant de cette pratique et que la

circulaire du ministre de la santé du 23 décembre 2005 relative à l'autorisation et au fonctionnement des installations de chirurgie esthétique qui fait état, à titre indicatif, des actes les plus courants, prévoit que le « traitement de la chirurgie esthétique de la calvitie par démonstration ou prélèvement de lambeaux » entre dans le champ de la réglementation ; qu'elle a retenu, s'appuyant sur des documents administratifs et médicaux pertinents, que la technique de micro-greffe par prélèvement de bandelettes employée par M. Z..., était un procédé différent de ceux visés par la dite circulaire en ce que l'intervention ne dépassait pas le derme ; qu'elle en a exactement déduit, sans déléguer ses pouvoirs, que les micro-greffes capillaires par prélèvement de bandelettes n'étaient pas soumises aux dispositions précitées ; qu'elle n'a encouru aucun des griefs invoqués... »

Source : Cass. Civ., 12 janvier 2012, inédit, n° 10-24036.

« Moyen annexe au présent arrêt ; il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté le Docteur X... de ses demandes tendant à voir constater la rupture de la convention d'exercice libéral à durée indéterminée conclu avec la Société Clinique de Saint-Omer au torts et griefs de celle-ci, et à la voir condamnée à réparer son entier préjudice provoqué par la rupture brutale et abusive de ladite convention, d'avoir constaté que la Société Clinique de Saint-Omer a résilié unilatéralement cette convention et d'avoir dit que les conditions de cette résiliation ne présentent pas un caractère abusif (...) ; aux motifs Qu'il est acquis aux débats que la Clinique, tenue de garantir la qualité des soins et la sécurité des patients, doit notamment veiller à la mise-en-place et au respect des procédures de gestion des risques médicaux ; qu'il convient notamment de souligner que le contrat d'hospitalisation met à la charge de l'établissement de soins en matière d'infections nosocomiales, une obligation de sécurité de résultat ; que sont versées aux débats les deux lettres qui ont été adressées le 11 janvier 2007 au directeur de la Clinique par les Docteurs Y..., Z..., A... et B... ; (...) ; que le second courrier comporte les mentions suivantes :

Un décret récent (2005) réglemente strictement la chirurgie esthétique dans les établissements de soins. Comme vous le savez, la Clinique de Saint-Omer ne dispose ni

des assurances, ni des locaux, ni de l'administration requise pour se conformer aux dispositions légales en matière de chirurgie esthétique. Le Dr X... continue malgré cela à pratiquer ce type de chirurgie à la clinique. Il n'y a pas de chirurgie reconstructrice. Nous aimerions savoir s'il s'agit d'une méconnaissance de cette situation illégale, s'il s'agit d'une attitude permissive délibérée... »

Annexe 4

Arrêt rendu par la cour de cassation en date du 17/02/1998

Source : Cass. Civ. 1, 17 février 1998, n° 95-21715, Bull. civ. 1998 I, n° 67 p. 45.

« Attendu que le docteur Y... a pratiqué sur la personne de Mme X... une intervention de chirurgie esthétique, sous anesthésie, consistant en une lipoaspiration d'un excès de graisse abdominale ; que l'intervention, qui a nécessité des incisions plus importantes que celles annoncées à Mme X..., a provoqué des complications dues à des difficultés de cicatrisation et à une infection ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Papeete, 12 octobre 1995), retenant que M. Y... n'avait pas rempli son devoir d'information vis-à-vis de sa patiente, a accueilli la demande d'indemnisation de celle-ci ;

Attendu, d'autre part, qu'en matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter ; que c'est, dès lors, sans mettre à la charge du praticien une obligation de résultat, que l'arrêt attaqué a estimé qu'il aurait du informer Mme X... qu'il était possible qu'il soit dans l'obligation, pour mener à bien l'intervention, de faire deux incisions abdominales et non pas une seule. »

Dans le même sens :

Source : CA Aix-en-Provence, 19 février 2008, n° du RG : 07/00359.

« Attendu que si le Professeur D... constate l'insuffisance du résultat espéré et donc l'absence de succès de l'intervention toutefois cette absence de résultat ne suffit pas à mettre en cause la responsabilité du Docteur X... compte tenu de la part d'aléa, même dans le cas de la chirurgie esthétique, due au fait que le chirurgien opère sur des tissus vivants dont les réactions ne sont jamais entièrement prévisibles ;

Attendu que par ailleurs la décision de prendre en charge chirurgicalement le problème de Mme Z... qui souhaitait un relèvement de la queue du sourcil des 2 côtés n'est pas fautive; que les experts admettent que même si cette prise en charge chirurgicale du problème est controversée, les techniques admises vont du lifting frontal au simple lifting tel qu'il a été proposé par le Docteur X... ou à l'injection de toxine botulique; que la prise en charge chirurgicale du problème de Mme Z... n'est pas constitutive d'une faute; qu'il ne peut être reproché au Docteur X... de ne pas avoir refusé d'entreprendre une intervention dont les résultats apparaissaient inconstants ;

Attendu que les experts soulignent par ailleurs que la prise en charge de la patiente « a été attentive et diligente conforme aux données acquises de la science » ce qui exclut donc toute faute dans la réalisation de l'acte chirurgical ; attendu que les cicatrices que déplorent Mme Z... sont imputables nécessairement à l'intervention ; qu'elles ne sont pas révélatrices toutefois d'un geste fautif du chirurgien car si elles sont disgracieuses, ce caractère disgracieux résulte d'une réaction de la peau imprévisible et par conséquent d'un aléa inhérent à l'opération ;

Attendu qu'enfin la perte d'expression invoquée est liée selon les experts au décollement sous cutané généré par l'intervention ; qu'elle constitue un aléa de celle-ci et la reprise de cette perte d'expression est selon les experts tout aussi aléatoire; attendu que par conséquent il ne peut être reproché à M. X... aucune faute dans l'indication opératoire et dans le geste chirurgical ou ses suites de nature à engager sa responsabilité; attendu qu'en revanche force est de constater que le docteur X... n'a informé sa patiente ni de la controverse existante sur la prise en charge chirurgicale de son problème ni des résultats inconstants de la technique qu'il proposait à Mme Z...; que le chirurgien a commis une faute de nature à engager sa responsabilité en n'obtenant pas de sa patiente son consentement éclairé; attendu que ce manquement à son obligation d'information a eu pour conséquence de priver Mme Z... du choix de refuser l'intervention et d'échapper au risques qui se sont finalement réalisés; que le préjudice subi constitue une perte de chance ; que le jugement en retenant que le manquement du docteur X... à son obligation d'information avait été la source des préjudices résultant des souffrances endurées et esthétiques et que M. X... doit réparer l'entier préjudice de Mme Z... , doit donc être infirmé... »

Annexe 5

Position de la jurisprudence sur la subtilité de l'obligation d'information du chirurgien esthétique

Source : CA Paris, 13 janvier 1959, JCP 1959, II, 11142.

« Considérant que ce chirurgien devait non seulement attirer personnellement l'attention de la demoiselle Le Ligeour sur les risques des interventions envisagés, ce qu'il n'a pas fait, mais devait, quelle que soit la volonté de sa cliente se refuser catégoriquement à l'opérer en raison de la disproportion manifeste entre les risques qu'elle encourait du fait de l'opération et les avantages qu'elle pouvait escompter... »

Source : CA Lyon, 8 janvier 1981, D. 1982, IR 274 ; JCP 1981, II, 19699, note CHABAS.

« Attendu que le chirurgien esthétique doit donc plus que tout autre informer très exactement son client sur tous les risques inhérents à l'opération qu'il conseille... »

Source : CA Versailles, 23 juin 1997, RG n° 1994-7809.

« Attendu qu'en matière de chirurgie esthétique, comme pour tout acte médical à finalité non curative, cette information doit être extrêmement détaillée et s'entend non seulement de tous les risques, exceptionnels ou non, de l'intervention, mais aussi de toutes les complications ou séquelles pouvant en résulter.

Attendu dès lors que le Docteur Y... devait, préalablement à l'intervention, informer Madame X... de la nécessité de remplacer au bout d'un ou deux ans sa prothèse, permettant à celle-ci soit d'accepter cette intervention en parfaite connaissance

de cause, soit d'opter pour un autre type de prothèse, soit encore de renoncer à l'intervention, celle-ci n'étant pas indispensable en raison de son caractère purement esthétique... »

Source : Cass. Civ., 10 décembre 2002, inédit, n° 01-10752.

« Sur le moyen unique, tel qu'il figure au mémoire en demande et est annexé au présent arrêt :

Attendu que Mlle X... a subi, le 23 juillet 1986, à l'âge de 22 ans, une intervention de chirurgie esthétique pratiquée par M. Y..., chirurgien, sous anesthésie générale effectuée par M. Z... ; qu'au cours de l'intervention, le pouls et la pression artérielle de la patiente ont chuté ; qu'en dépit de la réanimation entreprise, elle n'a pas repris conscience et est demeurée dans un état de coma végétatif chronique ;

Que M. Claude X..., agissant tant en son nom personnel qu'en qualité d'administrateur légal de sa fille Florence, et les consorts X..., ont assigné la Clinique Claude Bernard et MM. Y... et Z... aux fins de les voir déclarer solidairement responsables de l'intervention et condamner à réparer les préjudices subis par la patiente et ses proches ; que l'arrêt attaqué (Metz, 23 janvier 2001) a retenu que Mlle X... n'avait pas été informée du risque survenu et a condamné MM. Y... et Z... *in solidum* à réparer à hauteur de 90 % le préjudice subi par la patiente ;

Attendu que la Cour d'appel, appréciant l'ensemble des éléments qui lui étaient soumis, a estimé, par une décision motivée et sans commettre la dénaturation alléguée, que MM. Y... et Z... ne démontraient pas avoir informé Florence X... du risque inhérent à l'intervention sous anesthésie générale qui lui avait été proposée ; qu'elle a ensuite souverainement évalué la probabilité que la patiente aurait eu de refuser cette intervention si cette information lui avait été donnée ; qu'elle a, par ces motifs, légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé... ».

Source : CA Lyon, 3 novembre 2005, www.legifrance.gouv.fr, mis à jour le 09/06/2012, consulté le 09/06/2012.

« Madame Françoise X... née le 14 septembre 1952 demeurant à Paris a consulté au cours de l'année 1997 le Docteur Morgan-Jefferson Y... exerçant à Lyon en vue de subir une opération à but esthétique sur le visage.

L'intervention a eu lieu le 18 décembre 1997 à la clinique Sainte Anne-Lumière à Lyon.

Le Docteur Y... réalisait les actes suivants : - une chirurgie des paupières ou blépharoplastie, - un lifting fronto-temporal, - une retouche du nez ou rhinoplastie itérative avec prise de greffon, - une augmentation des lèvres avec réimplantation des chutes du lifting. Madame X... se plaignant du mauvais résultat de l'intervention, de l'absence d'information préalable, de l'absence de consentement éclairé au lifting à la rhinoplastie et à l'augmentation des lèvres, de l'absence de suivi postopératoire et de séquelles iatrogènes a saisi le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Lyon qui par ordonnance en date du 3 octobre 2000 a désigné le Docteur Anne-Marie A... en qualité d'expert pour donner son avis sur la qualité des soins.

L'expert a accompli sa mission et a déposé son rapport. Madame X... a saisi le Tribunal de Grande Instance de Lyon qui par jugement en date du 14 juin 2004 a relevé :

- que le Docteur Y... avait manqué à son obligation d'information dès lors qu'il s'était contenté d'informer sa patiente sur la blépharoplastie pour laquelle Madame X... était venue le consulter, - que le programme opératoire avait été tardivement modifié aux fins d'y ajouter la réalisation d'un lifting d'une rhinoplastie et de la réimplantation des chutes du lifting dans la lèvre supérieure sans que la patiente ait été informée des risques inhérents à ces gestes supplémentaires, et sans qu'elle ait pu donner un consentement libre et éclairé, - que le Docteur Y... avait commis des fautes techniques dans la réalisation du lifting et de la rhinoplastie itérative, - qu'il avait par ailleurs manqué à son obligation de donner à sa patiente des soins postopératoires nécessaires, ce qui avait eu des conséquences directes sur son rétablissement.

Le Tribunal déclarait en conséquence le Docteur Y... responsable des conséquences dommageables de l'intervention du 18 décembre 1997 ; (...); Par

déclaration en date du 6 août 2004 Madame X... a relevé appel de cette décision contre le Docteur Y... ; (...)

Elle expose qu'elle s'est mise en rapport en avril 1997 avec le Docteur Y... dans le but exclusif de s'informer sur une intervention de chirurgie plastique au niveau des paupières, que par la suite et sous l'empire d'un état dépressif elle a accepté qu'il lui soit fait un demi lifting et que l'intervention du nez n'a été évoquée qu'une heure avant l'opération du 18 décembre 1997.

Elle précise qu'elle a été hospitalisée du 18 au 20 décembre 1997, qu'elle a présenté dans les suites opératoires un problème infectieux au niveau temporal pour lequel elle a dû être suivie médicalement en décembre 1997, qu'elle présente par ailleurs des zones cicatricielles associées à une alopecie au niveau temporal ainsi que des troubles fonctionnels au niveau du nez pour lesquels des interventions doivent être envisagées. Elle précise qu'elle a subi une baisse importante de l'acuité visuelle, quelle ne supporte plus le port de lunettes, que l'échec esthétique est flagrant au niveau du nez, et qu'elle subit des perturbations psychologiques.

Le Docteur Y... expose pour sa part que Madame X... l'a consulté pour la première fois en novembre 1997 et qu'à la suite de cette consultation et de plusieurs conversations téléphoniques elle a donné son consentement à un lifting et une chirurgie des paupières, le consentement à la rhinoplastie ayant été donné la veille de l'intervention ;

[...]

Il insiste sur le fait que Madame X... a voulu sortir rapidement de la clinique et n'est pas revenue le voir pour le suivi opératoire en prétextant qu'elle n'était pas en état de venir à LYON alors qu'elle s'est rendue dans le même temps à La Baule.

Il conclut à la réformation de la décision déferée dans le sens d'un rejet des demandes de Madame X... [...]

Attendu que la Cour, s'appuyant comme les premiers juges sur le rapport d'expertise constate que le Docteur Y... n'apporte pas la preuve qui lui incombe d'avoir donné à Madame X... une information complète et détaillée sur l'ensemble des gestes opératoires qu'il a réalisés ;

Attendu que l'expert a relevé des fautes techniques dans la réalisation de ces gestes, notamment une reprise du nez de manière imprudente et insuffisante, une

contention post-opératoire inadaptée, une erreur d'appréciation concernant la tension des tissus, un suivi personnel imprudent ;

Attendu que la Cour adopte intégralement les motifs du jugement déféré qui ont conduit à retenir la responsabilité du Docteur Y... dans les conséquences dommageables de l'intervention ;

Attendu que compte tenu des appréciations de l'expert et des justifications produites le Tribunal a équitablement évalué le préjudice de Madame X... ».

Source : CA Aix-en-Provence, 5 novembre 2008, RG n° 07/00191bis.

« Attendu que les premiers juges ont retenu que M. Michel X... avait commis une faute en négligeant d'informer sa patiente Mme Z... d'une part sur les risques inhérents à la pose des prothèses PIP et plus particulièrement après la première opération de remplacement du 17 juin 1998 sur le risque anormalement élevé de rupture du type de prothèse fabriqué par la SA PIP et en décidant cependant de procéder le 29 avril 1999 à la pose d'une nouvelle prothèse de même type ;

Attendu que l'historique susvisé est révélateur des ruptures à répétition dans un intervalle très bref des prothèses de marque PIP posées par le docteur X... entre 1996 et 1999 (4 ruptures) ; que dès l'instant que les experts s'accordent sur le caractère spontané des ruptures et sur l'absence de relation de celles-ci avec une malposition chirurgicale ou un traumatisme force est d'admettre que les risques qui se sont réalisés sont révélateur de l'absence de pérennité de ce type de prothèse à laquelle la patiente s'attendait et de leur défaillance ;

Or attendu que dans le cadre de ses obligations contractuelles il n'est pas contestable, ni d'ailleurs contesté par M. X... de ce qu'il avait une obligation d'information spécifique sur les caractéristiques et les inconvénients et avantages du type de prothèse mammaire qu'il proposait à sa patiente ainsi que sur les autres types de prothèses existantes avec leurs avantages et inconvénients ;

Attendu que rien ne permet de retenir que le Docteur X..., auquel la charge de la preuve incombe, a fourni à sa patiente une telle information complète spécifique lui

permettant d'effectuer un choix éclairé et donc d'accepter l'intervention en connaissant le risque de rupture ou dégonflement du type de prothèse que le docteur X... envisageait d'implanter, soit avant l'opération de 1996 soit avant celle de 1997 ;

Attendu que surtout, alors qu'il est établi que le docteur X... ne pouvait ignorer les risques de ruptures du type de prothèse proposé pour avoir constaté le 7 janvier 1997 le dégonflement de la prothèse qu'il avait implantée en juillet 1996 soit 6 mois après (160g au lieu de 175 g), alors que l'expert souligne que d'autres patientes ont subi avec un prothèse de même type le même inconvénient et que le pourcentage moyen de rupture de prothèse mammaire correspond à un taux de 3, 5 % par an inférieur aux ruptures subies par Mme Z..., M. X... ne justifie, par aucun élément probant, avoir recueilli le consentement éclairé de Mme Z... sur les interventions de remplacement qu'il a réalisées le 17 juin 1998 et le 26 avril 1998 en implantant le même type de prothèse de la marque PIP ;

Attendu que s'il peut être admis que Mme Z... dûment éclairée sur les caractéristiques et risques du type de prothèse PIP proposées en Juillet 1996 et janvier 1997 n'aurait pas refusé l'opération proposée en raison de sa grande motivation que révèle ses demandes d'opérations sur un délai de 6 mois en juillet 1996 et janvier 1997 de sorte qu'il ne résulte du défaut d'information avant ces deux opérations aucun préjudice indemnisable, en revanche il est presque certain que Mme Z... pour compenser la rupture de la prothèse du sein droit en juin 1998 puis celle de la prothèse du sein gauche en avril 1999 n'aurait pas accepté l'opération telle que proposée par le docteur X... avec le même type de prothèse de marque PIP ; que par conséquent en ne recevant pas une information complète et suffisante avant les deux opérations de juin 1998 et d'avril 1999 Mme Z... a été privée d'une chance de refuser les opérations et d'éviter les conséquences dommageables de celle-ci - nouvelles ruptures de juillet 1999 et de janvier 2000 nécessitant 2 interventions de remplacement ;

Attendu que le jugement est donc confirmé en ce qu'il a retenu que le défaut d'information du Docteur X... préalablement aux opérations du 17 juin 1998 et 29 avril 1999 engageait sa responsabilité ; que l'appel incident du Docteur X... est donc écarté ; que le Docteur X... est déclaré responsable d'une perte de chance de Mme Z... de refuser les 2 opérations de Juin 1998 et d'Avril 1999...».

Source : Cass. Civ., 9 juillet 2009, inédit, n° 08-17468.

« [...] alors qu'en matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter ; que Madame Y... avait expressément fait valoir (conclusions signifiées le 4 janvier 2007 p. 8) que si elle avait eu connaissance des risques de nécrose, de ceux liés à l'atteinte de la glande salivaire et du risque de dysphonie, elle n'aurait pas accepté l'intervention, précisant que les opérations de la poitrine ne présentaient pas les mêmes risques que celles effectuées sur le visage ; que pour limiter à 20 % la perte de chance de Madame Y... de refuser l'opération litigieuse, la Cour d'appel s'est seulement fondée sur « la forte demande de Madame Y... en matière de chirurgie esthétique », faisant ainsi référence aux plasties mammaires et à la mise en place d'implants de pommettes et de menton ; qu'en se fondant sur ce motif inopérant, impropre à caractériser la perte de chance pour Madame Y... d'avoir pu refuser l'opération litigieuse concernant son visage, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de 1147 du Code civil... ».

Source : Cour administrative d'appel de Lyon, 5 avril 2012, <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURADMINISTRATIVEDAPPELDELYON-20120405-11LY00958>, consulté le 13/06/2012.

« Considérant que le patient doit être informé des risques connus, même bénins, que comporte un acte médical à visée esthétique, dans des conditions permettant de s'assurer de son consentement éclairé ; que lorsque l'établissement n'apporte pas la preuve qui lui incombe d'une telle information, le patient est fondé à demander réparation de la perte de chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé ;

Considérant que pour rejeter les conclusions que M. A a formulées sur le fondement d'un manquement du service public hospitalier à son obligation d'information, le Tribunal a estimé que les préjudices invoqués ne pouvaient donner lieu à indemnisation dès lors qu'ils ne caractérisaient pas une invalidité ; que, cependant, tous les risques connus, même mineurs, devant être portés à la connaissance des patients faisant l'objet d'un traitement ou d'une opération à but esthétique, le Tribunal ne pouvait se fonder sur un tel motif pour rejeter la demande de M. A ;

Considérant toutefois qu'il appartient à la Cour, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. A tant devant le Tribunal que devant la Cour ;

Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que, dans le cadre des interventions pratiquées les 18 mai et 25 octobre 2001, le praticien hospitalier aurait commis des fautes médicales de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier ;

Considérant que le centre hospitalier universitaire de Grenoble n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que M. A aurait été préalablement informé de tous les risques, pourtant connus, générés par l'intervention, notamment du risque d'éventration et mis dans la situation d'exercer un choix éclairé au regard en particulier des alternatives thérapeutiques dont il avait été par ailleurs informé ; que, compte tenu de l'objectif d'ordre esthétique poursuivi, le caractère bénin de cette complication, qui est directement en rapport avec les interventions des 18 mai et 25 octobre 2001, ne dispensait pas l'hôpital de porter ces éléments à la connaissance de l'intéressé ; que, par suite, ce défaut d'information a constitué une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement hospitalier ; que si M. A supportait particulièrement mal, d'un point de vue psychologique notamment, la malformation thoracique dont il souffrait, il ne résulte pas de l'instruction que, même informé du risque d'éventration, il se serait obstiné à vouloir subir l'opération alors que celle-ci n'était pas indispensable et que le risque d'éventration présente une certaine fréquence ; que, dès lors, le manquement par le centre hospitalier à son devoir d'information a fait perdre à M. A, une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé... ».

Annexe 6

Nature de l'obligation d'information du chirurgien esthétique

Source : CA Paris, 13 janvier 1959, JCP 1959, II, 11142.

« Considérant que le contrat médical intervenu entre le docteur X... et sa cliente faisait naître à la charge du premier une obligation générale de prudence et de diligence autant dans l'examen de l'opportunité des actes opératoires qu'éventuellement et ultérieurement dans exécution ; que sans doute, on ne saurait mettre à la charge d'un spécialiste de la chirurgie réparatrice une obligation de résultat ; que toute opération chirurgicale , autant lorsque celui qui l'effectue se propose de corriger des disgrâces et des imperfections du corps humain que lorsqu'il s'applique à guérie, comporte un aléa, mais que le chirurgien plasticien méconnaît l'obligation de prudence et de diligence qui lui incombe s'il fait courir au patient un risque sans proportion avec les avantages escomptés... » .

Source : CA Paris, 5 juin 1962, JCP 1962, II, 12809.

« Considérant que l'intervention pratiquée par l'appelant, qui avait moins pour but d'apporter une guérison à un mal et de supprimer des altérations fonctionnelles que de réparer de simples imperfections et disgrâces du corps, se situe manifestement dans le cadre de la chirurgie réparatrice ; que le contrat médical entre les parties intervenu entre les parties faisait naître à la charge du chirurgien une obligation générale de prudence et de diligence, autant dans l'examen de l'opportunité des actes opératoires qu'éventuellement et ultérieurement dans leur exécution ; considérant que les risques inhérents à l'opération litigieuse étaient des plus sérieux et parfaitement prévisibles... que sans doute, on ne saurait mettre à la charge d'un spécialiste de la chirurgie réparatrice une obligation de résultat ; que toute opération chirurgicale comporte un aléa, mais que le chirurgien plasticien méconnaît l'obligation de prudence et de diligence qui lui incombe et commet une faute professionnelle s'il fait courir au patient un risque sans proportion avec les avantages escomptés... ».

Source : CA Lyon, 8 janvier 1981, D. 1982, IR 274 ; JCP 1981, II, 19699, note CHABAS.

« Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement de donner au patient des soins consciencieux et attentifs et réserve faite de circonstances exceptionnelles conformes aux données acquises de la science, la violation même volontaire de cette obligation contractuelle étant sanctionnée par une responsabilité de même nature ; attendu sans doute que cette obligation ne peut être de moyens, le praticien ne pouvant jamais garantir absolument le succès de son intervention, même dans le cas de chirurgie plastique ou esthétique, compte tenu de la part d'aléas due au fait qu'il opère sur des tissus vivants dont les réactions ne sont jamais entièrement prévisibles ; mais qu'il est certain que dans ce cas, l'obligation qui lui incombe doit être appréciée beaucoup plus strictement qu'en chirurgie classique, la chirurgie esthétique proposant un certain résultat qui n'est pas de rétablir la santé, mais d'apporter une amélioration et un réconfort esthétique à une situation jugée insupportable par le patient... ».

Source : CA Versailles, 21 février 1991, D. 1993, somm. 29.

« Dans le domaine de la chirurgie esthétique, le chirurgien, même s'il n'est tenu que d'une obligation de moyen, doit toutefois comparer les risques et les avantages escomptés pour sa cliente en s'interdisant de mettre en œuvre une thérapeutique dont les inconvénients risqueraient de surpasser la disgrâce qu'il prétend traiter ou dont la gravité serait hors de proportion avec l'embellissement espéré... ».

Source CA Paris, 16 juin 1995, D. 1995, IR p. 194.

« Si, en matière de chirurgie esthétique, l'obligation de moyen demeure la règle compte tenu de la part d'aléas due au fait que le praticien opère sur des tissus vivants dont les réactions ne sont jamais prévisibles, il reste que, dans ce cas, cette obligation doit être interprétée très strictement, dès lors que le but recherché n'est pas de recouvrer la santé mais d'apporter une amélioration à un état préexistant jugé non satisfaisant par le patient... ».

Source : Cass. Civ. 1, 17 février 1998, arrêt précité.

« Attendu que le docteur Y... a pratiqué sur la personne de Mme X... une intervention de chirurgie esthétique, sous anesthésie, consistant en une lipoaspiration d'un excès de graisse abdominale ; que l'intervention, qui a nécessité des incisions plus importantes que celles annoncées à Mme X..., a provoqué des complications dues à des difficultés de cicatrisation et à une infection ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Papeete, 12 octobre 1995), retenant que M. Y... n'avait pas rempli son devoir d'information vis-à-vis de sa patiente, a accueilli la demande d'indemnisation de celle-ci ;

Attendu, d'autre part, qu'en matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter ; que c'est, dès lors, sans mettre à la charge du praticien une obligation de résultat, que l'arrêt attaqué a estimé qu'il aurait dû informer Mme X... qu'il était possible qu'il soit dans l'obligation, pour mener à bien l'intervention, de faire deux incisions abdominales et non pas une seule. ».

Annexe 7

Position de la jurisprudence entre 29/05/1951 et 27/2/1997

sur le fardeau de la preuve de l'obligation d'information

Source : Cass. Civ. 1, 29 mai 1951, D. 1952, p. 53, note Savatier.

« Vu les articles 1147 et 1315 du Code civil ; attendu que si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir, au préalable obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération... ».

Dans le même sens :

Source : CA Lyon, 25 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1980, p. 36

« C'est au patient demandeur qu'incombe la charge de la preuve qu'un chirurgien-dentiste n'ait pas fourni à son client une information préalable suffisamment complète et intelligible pour lui permettre de donner son accord en connaissance de cause à l'exécution de la prothèse conseillée. ».

Source : Cass. Civ, 22 septembre 1981, arrêt précité.

« Attendu que, selon l'arrêt attaqué, le docteur Y.... a procédé à une opération de chirurgie esthétique à remodeler le cou et le bas du visage de M. Z..., âgé de 65 ans,

que celui-ci se plaignant après l'intervention de présenter des cicatrices chéloïdes, d'être atteint de névralgies de la face, de céphalées et de troubles divers... ; que la Cour d'appel en retenant un manquement du chirurgien à son devoir d'information et un défaut de prudence en n'obtenant pas avant l'opération l'avis d'un psychiatre, s'agissant d'un sujet ayant des problèmes importants d'ordre psychique, a condamné M. Y.... ; attendu qu'il est reproché aux juges du second degré d'avoir ainsi statué alors selon le moyen, d'une part, qu'il appartient à M. Z... d'apporter la preuve du défaut d'information dont il se plaignait et que cette preuve ne pouvait résulter de la seule existence d'une lettre envoyée à son médecin et que ce dernier aurait laissé sans réponse de sorte que la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve, d'autre part, que l'arrêt attaqué n'a pas précisé le lien de causalité existant entre le manquement du praticien à son devoir d'information et le dommage invoqué et qu'il manque dès lors de base légale ; mais attendu, d'abord, que la Cour d'appel qui a justement relevé qu'en matière de chirurgie esthétique, le chirurgien était tenu d'une obligation d'information particulière, n'a pas inversé la charge de la preuve puisqu'elle a dans l'exercice de son pouvoir souverain estimé que M. Z... avait prouvé que M. Y... ne l'avait pas informé des risques prévisibles de l'opération et des effets dommageables et douloureux que celle-ci pouvait entraîner, et, en second lieu, que les juges du second degré ont admis que le manquement du praticien à son devoir d'information était avec le manque de prudence de M. Y... la cause du dommage dont la réparation était demandée... ».

Source : Cass, civ., 4 avril 1995, Bull. civ. 1995 I N° 159 p 114.

« Attendu qu'ensuite, sans inverser la charge de la preuve, la Cour d'appel a justement énoncé qu'il appartient au patient d'apporter la preuve que le praticien a manqué à son obligation contractuelle de le renseigner sur la nature de l'intervention projetée et sur les risques pouvant en découler, et a souverainement estimé que Mme Renault n'apportait pas cette preuve... ».

Annexe 8

Position de la jurisprudence après le 25/02/1997

sur le fardeau de la preuve de l'obligation d'information

Source : Cass. Civ 1, 25 février 1997, Gaz. Pal. 1997, 1, 274 rapport Sargos ; JCP, I, 4025, obs. Viney ; D. 1997, somm. 319 obs. Penneau ; RTD Civ. 1997, p. 343, Jourdain.

« Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ;

Attendu qu'à l'occasion d'une coloscopie avec ablation d'un polype réalisée par le docteur X..., M. Y... a subi une perforation intestinale ; qu'au soutien de son action contre ce médecin, M. Y... a fait valoir qu'il ne l'avait pas informé du risque de perforation au cours d'une telle intervention ; que la Cour d'appel a écarté ce moyen et débouté M. Y... de son action au motif qu'il lui appartenait de rapporter la preuve de ce que le praticien ne l'avait pas averti de ce risque, ce qu'il ne faisait pas dès lors qu'il ne produisait aux débats aucun élément accréditant sa thèse ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la Cour d'appel a violé le texte susvisé... »

Dans le même sens :

Source : CA Toulouse, 18 février 2008, RG: n° 07/02662.

« Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, son médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé.

Il appartient au praticien de rapporter la preuve qu'il a rempli son obligation.

Le droit à réparation de la victime reste subordonné à la preuve de l'existence d'un préjudice ayant un lien de causalité avec le défaut d'information allégué. »

Source : CA Lyon, 3 novembre 2005, arrêt précité, la Cour d'appel a retenu la responsabilité du chirurgien esthétique pour n'avoir pas prouvé qu'il a bien rempli son devoir d'information en estimant :

« Attendu que la Cour, s'appuyant comme les premiers juges sur le rapport d'expertise constate que le Docteur Y... n'apporte pas la preuve qui lui incombe d'avoir donné à Madame X... une information complète et détaillée sur l'ensemble des gestes opératoires qu'il a réalisés... »

Source : Cass. Civ., 9 juillet 2009, inédit, n° 08-17468.

« S'agissant du devoir d'information auquel est tenu le praticien, et sur qui pèse la charge de rapporter la preuve de son exécution, s'il est constant que cette preuve peut être faite par tous moyens, et notamment par présomptions, force est de constater qu'en l'espèce, Monsieur X... est défaillant sur ce point ; qu'en effet, l'attestation de consentement libre et éclairé versé aux débats concerne l'opération de 1999 et ne saurait établir l'accomplissement de son obligation d'information lors de l'opération de 2002 ; que s'agissant de l'acte chirurgical litigieux du 18 janvier 2002, aucune attestation de consentement libre et éclairé n'est produite, seul le devis du 9 janvier 2002 est versé aux débats et ce document ne rapporte pas la preuve de ce qu'une information claire et détaillée, sur les risques encourus au titre de la chirurgie envisagée, a été donnée à Madame Y... ; que ce document précise que « toute les informations d'ordre médical concernant cet acte seront données de façon claire, loyale et appropriée dès la première consultation ; qu'il en sera de même pendant toute l'évolution en cas d'intervention » ; que cette déclaration est insuffisante pour établir la preuve de ce que le docteur X... a effectivement informé sa patiente des risques inhérents au type d'opération envisagé, d'autant que le devis fait état d'un délai de réflexion de quinze jours qui n'a pas été respecté en l'espèce et qui n'a fait l'objet d'aucune mention de renonciation expresse,

comme stipulé audit devis, sur aucun des deux exemplaires du devis produit ; que le fait que Madame Y... ait déjà eu recours, à plusieurs reprises, à différentes opérations de chirurgie esthétique, ne dispense pas le chirurgien de son obligation d'information, à l'occasion de chaque opération, compte-tenu des spécificités de chaque acte opératoire et également de la nécessité de prendre en considération les interventions antérieures ; que c'est par conséquent à tort que le Tribunal a estimé que le docteur X... avait rempli correctement son devoir d'information et débouté Madame Y... de l'ensemble de ses demandes ; que le jugement querellé sera par conséquent infirmé et il sera retenu un manquement du docteur X... à son devoir d'information, ayant occasionné à Madame Y... une perte de chance de refuser l'opération qui lui était proposée par son chirurgien ; que compte-tenu de la forte demande de Madame Y... en matière de chirurgie esthétique, caractérisée par le nombre et la nature des différentes opérations subies antérieurement, la perte de chance de refuser l'opération en cause doit être chiffrée à 20%... »

Annexe 9

Transcription de la notion de proportionnalité appliquée en matière curative à la chirurgie esthétique

Source : CA Paris, 13 janvier 1959, JCP 1959, II, 11142.

« Considérant que le contrat médical intervenu entre le docteur X... et sa cliente faisait naître à la charge du premier une obligation générale de prudence et de diligence autant dans l'examen de l'opportunité des actes opératoires qu'éventuellement et ultérieurement dans exécution ; que sans doute, on ne saurait mettre à la charge d'un spécialiste de la chirurgie réparatrice une obligation de résultat ; que toute opération chirurgicale , autant lorsque celui qui l'effectue se propose de corriger des disgrâces et des imperfections du corps humain que lorsqu'il s'applique à guérie, comporte un aléa, mais que le chirurgien plasticien méconnaît l'obligation de prudence et de diligence qui lui incombe s'il fait courir au patient un risque sans proportion avec les avantages escomptés... »

Source : CA Paris, 5 juin 1962, arrêt précité.

« Considérant que l'intervention pratiquée par l'appelant, qui avait moins pour but d'apporter une guérison à un mal et de supprimer des altérations fonctionnelles que de réparer de simples imperfections et disgrâces du corps, se situe manifestement dans le cadre de la chirurgie réparatrice ; que le contrat médical entre les parties intervenu entre les parties faisait naître à la charge du chirurgien une obligation générale de prudence et de diligence, autant dans l'examen de l'opportunité des actes opératoires qu'éventuellement et ultérieurement dans leur exécution ; considérant que les risques inhérents à l'opération litigieuse étaient des plus sérieux et parfaitement prévisibles... que sans doute, on ne saurait mettre à la charge d'un spécialiste de la chirurgie réparatrice une obligation de résultat ; que toute opération chirurgicale comporte un aléa, mais que le chirurgien plasticien méconnaît l'obligation de prudence et de

diligence qui lui incombe et commet une faute professionnelle s'il fait courir au patient un risque sans proportion avec les avantages escomptés... »

Source : CA Lyon, 8 janvier 1981, D. 1982, IR 274 ; JCP 1981, II, 19699, note CHABAS.

« Attendu que le chirurgien esthétique doit (...) d'autre part maîtriser parfaitement la technique chirurgicale, son action n'étant jamais ni urgente, ni obligatoire et ne pas mettre en œuvre une thérapeutique dont les inconvénients risqueraient de surpasser la disgrâce qu'il prétend traiter ou dont la gravité serait hors de proportion avec l'embellissement espéré... »

Source : CA Aix-en-Provence, 16 avril 1981, arrêt précité v. *supra* n°37.

« Attendu qu'il est vrai que des motifs personnels peuvent éventuellement justifier des risques opératoires mineurs pris librement par une personne dument éclairée et responsable de sa destinée. Mais attendu que l'intervention chirurgicale majeure entreprise par le docteur X... sur Martine L... comportait des aléas, des souffrances et des inconvénients divers d'une importance sans commune mesure avec l'intérêt esthétique que pouvait présenter ce grave acte médical... »

Source : Cass. Civ. 1, 22 septembre 1981, arrêt précité.

« Le chirurgien est tenu d'une obligation d'information particulièrement rigoureuse à l'égard de son client, qu'il ne doit pas exposer à un risque sans proportion avec les avantages escomptés... »

Source : Cass. Civ. 1, 20 octobre 1982, arrêt précité.

« Attendu que le docteur A... reproche aux juges du second degré d'avoir laissé sans réponse des conclusions dans lesquelles il soutenait d'une part, comme l'avaient admis les experts, que l'intervention pratiquée dans les règles de l'art, et suivie d'un résultat morphologique correct, n'avait pas fait courir à la patiente un risque sans proportion avec les avantages escomptés ; d'autre part, que la patiente ne pouvait pas avoir été insuffisamment informée des risques de l'intervention et de troisième part, qu'aucun élément ne permettait d'imputer à l'opération les troubles de la personnalité ultérieurement constantes chez la patiente et notamment, trois ans plus tard, sa tentative de suicide, qu'il est encore prétendu que l'arrêt attaqué manque de base légale au regard des dispositions de l'article 1147 du Code civil, la Cour d'appel ne précisant pas en quoi ces troubles étaient effectivement imputables à l'opération, alors qu'elles énoncent, en revanche, qu'ils existaient avant l'intervention et que leur degré reste à déterminer, et ne constatant pas l'existence d'une dysmorphophobie ; mais attendu que le Cour d'appel, qui n'était pas liée par l'avis des experts précédemment... Attendu qu'en énonçant..., que l'intervention pratiquée comportait des aléas des souffrances et des inconvénients divers sans commune mesure avec l'intérêt esthétique ou personnel que pouvait présenter ce grave acte médical pour cette jeune fille à peine sortie de l'adolescence et dont la personnalité était fragile et mal assurée, l'arrêt attaqué a répondu aux conclusions par lesquelles le docteur A... soutenait au contraire que les risques de l'opération étaient proportionnés aux avantages escomptés. »

Source : Cass. Civ., 29 mai 1984, Bull. civ. I, n. 178, p.151.

« ... mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé que « c'est le docteur Toty qui a pris la décision de faire pratiquer l'aortographie » et que, d'après les experts, le pourcentage des risques était suffisant pour que le praticien, qui ne les ignorait pas, fût tenu « d'aviser son client ou ses représentants des conséquences possibles de

l'intervention » de façon à le mettre « à même de comparer les bienfaits estimés et les risques encourus », la Cour d'appel a retenu à bon droit responsabilité du prescripteur de l'aortographie... »

Source : CA Versailles, 21 février 1991, D. 1993, somm. 29.

« Dans le domaine de la chirurgie esthétique, le chirurgien, même s'il n'est tenu que d'une obligation de moyen, doit toutefois comparer les risques et les avantages escomptés pour sa cliente en s'interdisant de mettre en œuvre une thérapeutique dont les inconvénients risqueraient de surpasser la disgrâce qu'il prétend traiter ou dont la gravité serait hors de proportion avec l'embellissement espéré... »

Source : CA Paris, 16 juin 1995, arrêt précité.

« ... en particulier, il appartient au chirurgien esthétique, plus que tout autre, de faire preuve de prudence et de diligence en s'abstenant de faire courir à son client un risque sans proportion avec les avantages escomptés... »

Source : CA Paris, 14 septembre 1990, D. 1991, somm. 359 note Penneau.

« En acceptant de réaliser l'opération, le médecin a fait courir à sa patiente un risque hors de proportion avec les avantages escomptés dès lors qu'il est prouvé que le bilan cicatriciel n'a pas diminué sur l'un des deux emplacements que la patiente voulait voir améliorer, et qu'il a été créé du fait des prélèvements pour les greffes une troisième zone de cicatrices disgracieuses. »

Source : CA Versailles, 17 janvier 1991, JCP 1992, II, 2192 ; D. 1991, somm. 359.

« Considérant que si le médecin doit effectivement donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises par la science, il a également l'obligation de se comporter avec prudence dans les soins qu'il donne ; que notamment en matière de chirurgie esthétique, l'atteinte à l'intégrité physique de malade ne peut se justifier que si elle respecte l'existence d'un certain équilibre entre le mal causé par l'intervention et le profit espéré de sorte que le médecin ne doit pas mettre en œuvre une thérapeutique dont les inconvénients risqueraient de surpasser la disgrâce qu'il prétend traiter ou dont la gravité serait hors de proportion avec l'embellissement espéré... »

Source : Cass. Civ. 1, 7 octobre 1992, n°90-21141, Bull. civ. 1992, I n° 243 p. 161.

« Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que M. Y... a effectué plusieurs interventions de chirurgie esthétique, dont l'implantation de deux prothèses mammaires, sur Mme A... ; que celle-ci, mécontente du résultat, a refusé de régler ses honoraires ; que deux expertises médicales, confiées l'une à un spécialiste de la chirurgie esthétique, le docteur Z..., l'autre à un neurologue, le docteur X..., ont été ordonnées ; qu'au vu de ces rapports, l'arrêt attaqué (Paris, 28 septembre 1990) a considéré qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à M. Y... ; Attendu que Mme A... reproche à la Cour d'appel d'avoir ainsi statué en l'absence de toute énonciation de nature à faire apparaître que M. Y..., qui avait suggéré une « refonte complète », ait informé la patiente de l'aléa attaché à l'intervention chirurgicale ou lui ait permis d'apprécier objectivement une adéquation quelconque du risque existant du chef des prothèses mammaires avec les avantages escomptés par celle-ci, la décision étant ainsi privée de base légale ; Mais attendu qu'après avoir relevé que, selon l'avis du docteur Z..., le résultat inesthétique n'était pas dû à une faute du chirurgien mais à la méthode

elle-même, les résultats des prothèses mammaires étant encore statistiquement aléatoires, les juges du second degré ont estimé, au vu des rapports d'expertise et dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, que Mme A..., dont la décision de subir l'intervention avait été raisonnée n'apportait pas la preuve d'un manquement de M. Y... à ses obligations. »

L'avis de M. Chabas propose une classification différente des risques secrétant l'illégitimité de l'opération.

Il suggère, en fait, que trois types de risques se présentent :

Le premier est celui qui est causé par un préjudice supplémentaire (par rapport à la disgrâce à supprimer), ce risque est similaire au risque d'aggravation puisqu'il aggrave l'état initial du patient ; tel le cas d'un médecin qui a été condamné pour avoir littéralement défiguré une cliente qui désirait redresser le profil de son nez. Cette jeune femme subit une première opération qui aboutit à un résultat si malencontreux que, cinq mois plus tard, ce chirurgien estimait nécessaire d'intervenir à nouveau. Cette deuxième tentative fut un désastre, le nez devint tordu et des cicatrices épaisses empêchaient la respiration. La seconde intervention n'aurait jamais dû être tentée cinq mois seulement après la première, les experts qu'un an au moins devait s'écouler entre les deux cas.

Le second est le risque « impesable » qui est celui de la mauvaise cicatrisation et qui peut se rapprocher du risque éventuel et prévisible aboutissant à une disproportion incluse entre le profit de l'opération et ses inconvénients ;

Le troisième est le risque de « échec de l'opération elle-même va du risque de mort à celui de l'aggravation de la difformité ». Ce risque s'approche du risque de nature grave puisque le plasticien expose la vie du patient, dans ce cas, à un danger, tel par exemple l'injection d'un produit suspect dans les seins d'une danseuse destinée à augmenter leur volume, et qui entraîne la mort de la cliente.

Annexe 10

Les conséquences de la disproportion sur la décision du chirurgien esthétique

Source : CA 13 janvier 1959, arrêt précité.

« Considérant que ce chirurgien devait non seulement attirer personnellement l'attention de la demoiselle Le Ligeour sur les risques des interventions envisagés, ce qu'il n'a pas fait, mais devait, quelle que soit la volonté de sa cliente se refuser catégoriquement à l'opérer en raison de la disproportion manifeste entre les risques qu'elle encourait du fait de l'opération et les avantages qu'elle pouvait escompter... »

Source : CA Paris, 5 juin 1962, arrêt précité.

« Considérant en conséquence que le docteur X... qui, selon le rapport, n'avait pas commis de faute opératoire, devait cependant tenir compte de la profession de sa cliente et quelle que fût la volonté de celle-ci, se refuser catégoriquement à l'opérer, le risque prévisible qui était en disproportion manifeste avec les avantages envisagés ; que sans doute, on ne saurait mettre à la charge d'un spécialiste de la chirurgie réparatrice une obligation de résultat ; que toute opération chirurgicale comporte un aléa, mais que le chirurgien plasticien méconnaît l'obligation de prudence et de diligence qui lui incombe et commet une faute professionnelle s'il fait courir au patient un risque sans proportion avec les avantages escomptés... »

Source : CA Paris, 24 novembre 2006, n° RG : 298.

« Considérant qu'il se forme entre le médecin et son client un 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 à la date des soins ;

Que, s'agissant de chirurgie esthétique, cette obligation de moyens demeure, le praticien devant faire preuve de prudence et de diligence en s'abstenant de faire courir à son client un risque disproportionné avec les avantages escomptés, alors même que le but recherché n'est pas de recouvrer la santé mais d'apporter une amélioration à un état préexistant jugé non satisfaisant par le patient... »

Source : CA Paris, 24 novembre 2006, n. du RG : 298.

« Considérant qu'il se forme entre le médecin et son client un 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 à la date des soins ;

Que, s'agissant de chirurgie esthétique, cette obligation de moyens demeure, le praticien devant faire preuve de prudence et de diligence en s'abstenant de faire courir à son client un risque disproportionné avec les avantages escomptés, alors même que le but recherché n'est pas de recouvrer la santé mais d'apporter une amélioration à un état préexistant jugé non satisfaisant par le patient... »

Annexe 11 : l'obligation de résultat

Source : Cass. Civ. 1, 9 décembre 1986, Bull. civ., I, n. 288.

« Attendu qu'un incendie imputable à un court-circuit survenu sur un branchement électrique désaffecté, mais laissé sous tension par Electricité de France, a partiellement détruit un immeuble appartenant à Mme Morand ; que l'arrêt infirmatif attaqué a dit que les tribunaux de l'ordre judiciaire étaient incompétents pour statuer sur l'action en responsabilité engagée par Mme Morand et par son assureur contre EDF en se bornant à énoncer que le " branchement n'apportait aucune fourniture de courant à Mme Morand, qu'il constituait donc un ouvrage public dont l'exploitation et l'entretien incombait à l'EDF et que Mme Morand ne peut prétendre à la qualité d'abonnée de cette installation inutile et ne peut être considérée que comme un tiers ; qu'en conséquence le litige tendant à la réparation des dommages causés par l'exploitation de l'EDF ressort de la seule compétence de la juridiction de l'ordre administratif " ;

Attendu, cependant, que les liens existant entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers sont des liens de droit privé et que les obligations contractuelles incombant à EDF vis-à-vis de ses usagers ne se limitent pas à la fourniture de courant mais lui imposent également une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité des branchements qu'elle installe, modifie ou supprime chez ses abonnés ; que les litiges nés d'un manquement à cette obligation ressortissent à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, alors même que la cause du dommage résiderait dans un défaut d'entretien ou un vice de fonctionnement d'un ouvrage public... »

Source : Cass. Civ. 1, 4 octobre 1989, JurisData, n. 003009.

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 16 mars 1988), qu'à la suite d'importantes chutes de neige la société des Mines et produits chimiques de Salsigne s'est trouvée privée de courant électrique du 12 janvier au 18 janvier 1981 et que pour

demander à EDF réparation des dégradations et des pertes d'exploitation que lui a causées cette interruption de la distribution, elle s'est fondée sur l'article de son contrat d'abonnement qui fait obligation à EDF "de tenir en permanence la puissance souscrite à la disposition de l'abonné" ; que pour s'exonérer de toute responsabilité EDF a soutenu que cet évènement constituait un cas de force majeure ou, en tout cas, devait être "assimilé à un cas de force majeure" en vertu de l'article 12 alinéa 5 du même contrat, qui est ainsi conçu : "les parties reconnaissent que la fourniture de courant reste, malgré toutes les précautions prises, soumise à des aléas, variables d'ailleurs suivant les régions et les lieux desservis, et qu'ainsi peuvent se produire des interruptions qui, dans certaines limites en durée et en nombre, variables dans chaque espèce, doivent être assimilées à des cas de force majeure" ; que la Cour d'appel a déclaré cette stipulation applicable en l'espèce et a rejeté la demande ; Attendu que, la société des Mines de Salsigne fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen, en premier lieu, qu'en présence de conclusions qui invoquaient la carence inexcusable d'EDF dans la remise en état de la ligne, origine essentielle du dommage, la Cour d'appel ne pouvait, sans dénaturer la clause précisée et priver sa décision de base légale, passer sous silence la référence claire et précise de cette stipulation aux "limites en durée" des interruptions assimilables à la force majeure ; alors, encore, qu'en se bornant à relever l'absence de faute d'EDF, qui ne pouvait la libérer de son obligation de résultat, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ; et alors, enfin, qu'en retenant une faute à la charge de la société des Mines de Salsigne dans le fait de n'avoir pas usé de la simple faculté qui lui était reconnue d'installer des groupes de secours, la Cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil ; Mais attendu que, pour déclarer l'évènement litigieux assimilable à un cas de force majeure l'arrêt a procédé, hors de toute dénaturation, à une recherche à la commune intention des parties rendue nécessaire par l'imprécision de l'article 12 alinéa 5 du contrat d'abonnement ; que la Cour d'appel a ainsi retenu, d'une part, que l'interruption de fourniture de courant avait eu pour origine des phénomènes atmosphériques dont le caractère exceptionnel avait déchargé EDF de son obligation de résultat ; que, d'autre part, constatant qu'EDF avait mis en œuvre, pour réparer ses installations, tous les moyens dont elle pouvait disposer, elle a par là-même jugé que ne lui était pas imputable la durée de la privation de courant subie par son abonné ; qu'ainsi, sans encourir les griefs du pourvoi, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la troisième branche du moyen, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision... »

Annexe 12

La nature des obligations de faire

Source : Cass. Civ., 5 avril 2012, inédit, n° 11-16986.

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 22 février 2011) que M. X... a conclu avec la société TMR France un contrat relatif à l'organisation d'une croisière au Pôle Nord du 12 au 27 août 2006, mettant notamment à la charge de l'agent de voyage l'obtention du visa nécessaire d'entrée sur le territoire de la fédération de Russie ; qu'après qu'un tel visa eut été apposé sur le passeport dont était titulaire, M. X... celui-ci a sollicité l'obtention d'un nouveau passeport dont la délivrance a entraîné l'annulation du précédent ; que lorsque M. X... s'est présenté à Mourmansk avec ses deux passeports, le premier comportant le visa et la mention "annulé" et le second sans visa, l'entrée sur le territoire russe lui a été refusée ; qu'il a recherché la responsabilité de la société TMR qui ne l'avait pas informé des conséquences de la délivrance d'un nouveau passeport après l'apposition du visa ; attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté les demandes de M. X... tendant au remboursement du coût du voyage d'un montant de 18 950 €, outre le paiement de dommages-intérêts alors, selon le moyen, que les agences de voyages sont tenues d'une obligation de résultat quant aux prestations fournies ; qu'elles doivent informer leur client par écrit préalablement à la conclusion du contrat, du contenu des prestations proposées relatives au transport et au séjour, du prix et des modalités de paiement, des conditions d'annulation du contrat ainsi que des conditions de franchissement des frontières ; qu'en retenant, pour exonérer la société TMR France Europe, agence de voyages, de toute responsabilité, qu'elle n'avait pas à informer M. X... des conséquences de la délivrance d'un nouveau passeport après l'obtention d'un visa, quand elle s'était engagée à fournir un visa à son client et qu'elle était tenue de l'informer des conditions de franchissement des frontières, ce qui impliquait qu'elle l'avise de ce que le visa qu'elle s'était chargée d'obtenir n'était valide qu'à la condition de figurer sur un passeport en cours de validité, la Cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil, ensemble les articles L. 211-8 et L. 211-16 du Code du tourisme... »

Source : Cass. Civ., 5 avril 2012, inédit, n°11-14788.

« Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes de dommages-intérêts alors, selon le moyen, subsidiairement :

1°/ que l'article L. 132-2 du Code de la propriété intellectuelle met expressément à la charge de l'éditeur une obligation d'assurer la diffusion de l'ouvrage avec une publication suffisante ; qu'en déboutant M. X... de ses demandes subsidiaires tendant à la condamnation de la société Page de garde à lui verser la somme de 5 000 euros à titre de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1147 du Code civil outre celle de 16 000 euros à titre de dommages-intérêts pour le préjudice moral, au motif adopté pris de ce que « dans le cadre de l'exécution d'un contrat à compte d'auteur, l'éditeur ne prend en effet aucun engagement concernant la diffusion et la promotion de l'ouvrage », la Cour d'appel a violé derechef de telles dispositions ;

2°/ que l'obligation de fabrication et de publication qui pèse sur l'éditeur est par nature une obligation de résultat ; qu'à cet égard, M. X... soutenait précisément que la société Page de garde aurait dû effectuer une prestation qui consiste à reproduire l'ouvrage en nombre et à le diffuser le plus largement possible ; qu'il exposait ensuite que sa responsabilité devait dès lors être engagée puisqu'elle n'a pas déployé des efforts suffisants pour assurer la promotion de l'ouvrage, bien qu'elle s'y était engagée ; qu'il précisait que la société d'édition Page de garde devait effectuer une large diffusion de l'ouvrage du concluant, notamment dans le secteur des ventes classiques telles que les librairies et que cette dernière ne justifiait nullement de l'exécution de son obligation de résultat ; qu'en retenant, tant par motif propre qu'adopté, que M. X... n'a établi aucun manquement de l'éditeur à ses obligations dans le cadre du contrat de louage d'ouvrage liant les parties, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la société Page de garde, en sa qualité d'éditeur, a démontré qu'elle a satisfait à l'obligation de résultat qui pesait sur cette dernière, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 132-2 du Code de la propriété intellectuelle ;

3°/ qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il incombait à la société Page de garde, en sa qualité d'éditeur, de démontrer qu'elle a satisfait à l'obligation qui lui incombait d'assurer la diffusion de l'ouvrage avec une publication suffisante afin de

donner à l'œuvre toutes les chances de succès auprès du public, laquelle obligation est de résultat, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation de l'article 1315 du Code civil ensemble l'article L. 132-2 du Code de la propriété intellectuelle ;

Mais attendu qu'ayant, d'une part, constaté, par motifs propres et adoptés, que soixante-dix ou soixante-et-onze exemplaires de l'ouvrage litigieux avaient été fabriqués et que celui-ci avait été diffusé dans une librairie et un centre commercial par l'éditeur et, d'autre part, relevé qu'il n'était pas démontré que ce dernier aurait pris l'engagement d'en réaliser un plus grand nombre, la Cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve, a pu décider que la société n'avait pas manqué à ses obligations nées du contrat de louage d'ouvrage liant les parties ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli... »

Source : Cass. Civ., 24 mai 2012, inédit, n°10-27972.

« Attendu que la société Sécurité et services fait grief à l'arrêt de dire qu'elle a manqué à ses obligations d'installateur du système d'alarme de la société Cadaques, et de la condamner à payer diverses sommes à la société Aviva à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen, que si l'installateur d'un système d'alarme est tenu d'une obligation de résultat pour ce qui concerne le fonctionnement de cette alarme, laquelle emporte présomption de faute et présomption de causalité, il peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant son absence de faute ; qu'en retenant en l'espèce que la société Sécurité et services, qui avait manqué à son obligation de résultat, ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère, la Cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil ; mais attendu que l'arrêt retient qu'il résulte du relevé de la société de télésurveillance afférent au magasin de Vitry-le-François géré par la société Cadaques, que l'alarme mise en service le jeudi 25 mars 2004 à 19 heures 07 a été désactivée le vendredi 26 mars 2004 à 9 heures 14, sans qu'elle se soit déclenchée entre ces deux dates, alors qu'une effraction a été commise sur ce magasin dans la nuit du 25 au 26 mars 2004 ; que la société Sécurité et services, installateur de ce système d'alarme et de surveillance, ne peut sérieusement conclure que la société Aviva a entendu attribuer ce dysfonctionnement à la circonstance que

deux des détecteurs ne captaient pas sur la longueur complète des longs pans arrière et latéraux du bâtiment, alors que, selon un bon d'intervention du 26 mars 2004, c'est un de ses employés qui a fait le constat que le détecteur à infrarouge ne captait pas au bout de l'allée et a procédé au changement de deux détecteurs à infrarouge ; que de ces constatations et énonciations procédant de son appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve, la Cour d'appel a pu déduire que la société Sécurité et services avait manqué à son obligation de résultat d'assurer efficacement le déclenchement des signaux d'alarme ; d'où il suit que le moyen, qui s'attaque à des motifs surabondants, n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Sécurité et services fait grief à l'arrêt de dire qu'elle a manqué à ses obligations d'installateur du système d'alarme de la société Somiette, et de la condamner à payer diverses sommes à la société Aviva à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que si l'installateur d'un système d'alarme est tenu d'une obligation de résultat pour ce qui concerne le fonctionnement de cette alarme, laquelle emporte présomption de faute et présomption de causalité, il peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant son absence de faute ; qu'en retenant en l'espèce que la société Sécurité et services, qui avait manqué à son obligation de résultat, ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère, la Cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil ;

2°/ que la société Sécurité et services faisait valoir dans ses conclusions d'appel que la limitation du champ de détection dans les locaux de la société Somiette était dû au réaménagement des locaux par celle-ci postérieurement à la visite du 28 avril 2004, le déplacement d'étagères ayant créé un "angle mort" qui n'existait pas lors de cette visite ; qu'en énonçant, pour retenir la responsabilité de la société Sécurité et services, qu'elle avait commis une négligence en ne détectant pas cette zone de non-détection lors de sa visite du 28 avril 2004, sans rechercher si, comme le soutenait celle-ci, cette zone de non-détection ne résultait pas du réaménagement de ses locaux par la société Somiette postérieurement à cette visite, la Cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil ; mais attendu que l'arrêt retient qu'il résulte du relevé de la société de télésurveillance que l'alarme afférente au magasin de Fains Veel, géré par la société Somiette, mise en service le 3 juin 2004 à 19

heures 23, a été désactivée le vendredi 4 juin 2004 à 9 heures 03, sans qu'elle se soit déclenchée entre ces deux dates, alors qu'une effraction a été commise sur ce magasin dans la nuit du 3 au 4 juin 2004 ; que la société Somiette a souscrit un contrat de maintenance, prévoyant deux visites annuelles pour, notamment, le réglage des détecteurs, auprès de la société Sécurité et services pour l'entretien du système d'alarme et de surveillance installé par cette dernière en 1991 ; que cette société est intervenue le 28 avril 2004 sur le site pour procéder à sa première visite semestrielle, mais n'a pas effectué le réglage des détecteurs ; que selon les constatations des services de police, les cambrioleurs n'ont pas pénétré dans le magasin par les entrées et issues habituelles, mais par un trou découpé à l'emplacement de rayonnages qui se trouvaient hors du champ des faisceaux du détecteur et ont ainsi pu opérer dans un angle mort ; que la société Sécurité et services n'a lors de sa visite du 28 avril 2004, ni remarqué ni signalé qu'un détecteur, placé dans un angle mort, n'avait pas une portée suffisante ; que de ces seules constatations et énonciations procédant de son appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve, la Cour d'appel a pu déduire que la société Sécurité et services avait manqué à son obligation de résultat d'assurer efficacement le déclenchement des signaux d'alarme...

D'où il suit que le moyen, qui s'attaque en sa première branche, à des motifs surabondants, n'est pas fondé... »

Source : Cass. Civ. 3, 11 avril 2012, inédit, n°11-14171

« Alors que les vendeurs qui s'engagent à délivrer des locaux libres de toute occupation ont une obligation de résultat et l'inexécution de cette obligation, cause aux acquéreurs un préjudice consistant à n'avoir pas pu entrer dans les locaux qui leur ont été vendus ; que la Cour d'appel a rejeté la demande de l'exposant au motif que le vendeur avait commis une faute en ne faisant pas délivrer congé mais que ce manquement ne portait pas à conséquence en raison du droit au maintien dans les lieux des preneurs ; qu'en se prononçant de la sorte, alors qu'elle avait constaté que l'acte de vente contenait une clause selon laquelle les vendeurs s'engageaient à faire libérer les lieux au terme du bail, que les parties étaient convaincues de l'accord du locataire et que

finalement les locaux n'avaient pas été libérés, la Cour d'appel qui n'a pas retenu la faute du vendeur en raison du manquement à son obligation de résultat de faire libérer les lieux à la date prévue, n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et a violé l'article 1604 du Code civil... »

Annexe 13

L'obligation de moyens

Source : CA Versailles, 28 septembre 2011, RG n° 10/04629.

« Considérant qu'il reste à la Cour à déterminer si l'employeur a bien en l'espèce satisfait à l'obligation de reclassement qui lui incombe avant de procéder au licenciement ; étant toutefois précisé qu'il s'agit d'une obligation de moyen; considérant qu'il résulte des documents produits au débat qu'à partir de fin mars 2009, après la convocation des membres du Comité d'entreprise pour avis sur le sujet, la société HELLERMANN TYTON FRANCE a bien entrepris une démarche de recherche active et sérieuse de reclassement des six salariés dont le licenciement était envisagé, recherche qui a d'ailleurs abouti positivement pour l'un deux ; qu'en effet Monsieur A... agent technique qualité, dont le poste devait être supprimé, s'est vu proposer un poste de reclassement de magasinier chariste qu'il a accepté le 17 avril 2009 ; considérant que démarches ont été faites auprès des sociétés du groupe qui se sont révélés infructueuses en raison de la crise du secteur ; considérant enfin que le poste de directeur des ventes France industrie OEM et SELECT dont Monsieur Emmanuel X... soutient qu'il aurait dû lui être proposé à titre de reclassement était d'ores et déjà pourvu bien avant la date à laquelle son licenciement devait être envisagé et que de surcroît il appartient au responsable d'une entreprise dans le cadre de son pouvoir de direction de choisir la personne la mieux à même d'assurer efficacement la responsabilité d'un poste d'encadrement qui en l'occurrence n'était d'ailleurs pas identique à celui qu'occupait Monsieur Emmanuel X... , qui n'avait pas d'expérience dans le secteur industrie et la distribution électrique ; qu'il suit de ce qui précède que l'obligation de reclassement qui incombait à l'employeur a bien été respecté conformément à la loi... »

Dans le même sens :

Source : CA Versailles, 31 août 2011, RG n° 10/04881.

« Considérant que le salarié soutient que l'employeur n'a pas respecté son obligation d'adaptation à son poste en le plaçant sur des missions de développement, que l'employeur ne rapporte pas la preuve d'une quelconque recherche de reclassement, alors qu'il existait au moins un poste dans l'entreprise d'ingénieur système, qu'en sa qualité d'ingénieur-cadre, il aurait aisément pu s'adapter à tout poste dans l'entreprise, qu'il reproche à l'employeur de ne pas lui avoir formulé d'offres de reclassement ; considérant que la société réplique qu'une telle adaptation ne pouvait être réalisée au moyen d'une brève formation, dans la mesure où le salarié occupait des missions de test et n'était pas ingénieur de développement ou de conception, qu'il n'existait aucun poste disponible au sein de la société ou au sein d'Acco Semi-conductor composée de trois personnes, qu'aucun poste n'était compatible avec le profil de M. X... ; mais considérant qu'il résulte des pièces produites, que l'employeur ne démontre pas avoir fait des recherches sérieuses des possibilités de reclassement du salarié et ne justifie pas de l'impossibilité de reclasser M. X..., compte tenu de la taille de l'entreprise et de son appartenance à un groupe, étant rappelé qu'il s'agit d'une obligation de moyens renforcée ; (...); que dès lors, faute par l'employeur de rapporter la preuve qu'il a recherché un emploi disponible de même catégorie ou à défaut de catégorie inférieure, que celle de M. X..., de ne pas avoir formulé d'offres de reclassement au salarié, le jugement sera infirmé en ce qu'il a dit que l'employeur a satisfait à son obligation de reclassement ; que la sanction de la violation de l'obligation de reclassement est le prononcé d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse... »

Source : CA Versailles, 14 septembre 2011, RG n° 10/05131.

« Considérant qu'il résulte de la lettre de rupture dont les termes ont été ci-avant rappelés que le licenciement litigieux a été motivé par une réorganisation de l'entreprise pour en sauvegarder la compétitivité ; considérant qu'il est constant qu'une

réorganisation de l'entreprise peut être une cause économique de licenciement si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de cette dernière ; considérant que, dans le cas présent, il est établi par les pièces justificatives produites au débat que le centre technique de GARNAY a connu une baisse très importante de la location des grues, un accroissement important du nombre des grues non loués, un effondrement des tarifs locatifs de près de 30 % ; que certains établissements tel que celui de SOFRAL Nord ont d'ailleurs été mis en sommeil ; qu'il apparaît que le chiffre d'affaires de location a été en baisse constante dans les années 2008, 2009 et 2010 ; qu'au niveau de l'ensemble des filiales de SOFRAL pour les mêmes années il y a lieu de constater une régulière et significative baisse du chiffre d'affaire ; qu'il suit de ce qui précède qu'en l'espèce il était de la responsabilité du chef d'entreprise, dans le cadre de son pouvoir de direction de procéder à une réorganisation pouvant entraîner des suppressions de poste pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise dans un secteur à l'époque fortement concurrentiel ; qu'il apparaît que la suppression du poste de Monsieur Alain X... qui n'avait que onze mois d'ancienneté et qui avait plus spécifiquement pour activité le reconditionnement technique et la maintenance sur le site de GARNAY, était justifiée à l'époque de la rupture ; que toutefois la S. A. S SOFRAL avait à sa charge une obligation de reclassement, certes obligation de moyen, mais qu'il lui appartient toutefois de rapporter la preuve qu'elle a réellement et sérieusement rechercher toutes les possibilités de reclassement au niveau du groupe et que des propositions ont été faites au salarié ; que ces propositions doivent être faites en priorité sur des emplois de même nature que celui occupé par le salarié, qu'il s'agisse d'emploi disponibles de la même catégorie ou équivalents ou à défaut des emplois disponibles de catégorie inférieure ; que ces propositions doivent être antérieures à la notification du licenciement ; considérant qu'à cet égard il est simplement fait mention dans la lettre de licenciement que la S. A. S SOFRAL a examiné " sans succès, les possibilités d'embauche dans les autres sociétés du groupe " ; que la société n'a produit aucun élément probant établissant qu'au-delà de cette affirmation formelle elle a fait une recherche loyale et sérieuse soit dans les établissements secondaires rattachés au siège de Jouy-en-Josas, soit dans les autres sociétés en activité sur l'ensemble du territoire ; qu'il s'ensuit qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit le licenciement économique de Monsieur Alain X... sans cause réelle et sérieuse ; considérant que Monsieur Alain X... avait moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise, qu'il lui appartient dès lors de rapporter la preuve du préjudice résultant de

son licenciement ; qu'à cet égard Monsieur Alain X... a nécessairement subi un préjudice que, compte tenu des pièces justificatives produites par ce dernier,... que le jugement entrepris sera donc confirmé... »

Source : CA Paris, 26 octobre 2011, RG n° 10/03568.

« Le salarié soutient également que l'employeur ne lui a pas fait d'offre de reclassement écrite, précise et personnalisée comportant la localisation, la description des tâches, le niveau de formation requis et la rémunération alors que son reclassement était possible puisqu'elle a par ailleurs publié des offres d'emploi moins de 10 mois après le licenciement. Il croit pouvoir en déduire que la société METROLEC n'a pas satisfait à l'obligation posée par l'article L 1233-4 du Code du travail de notification individuelle de l'offre ou de l'absence d'offre de reclassement.

Toutefois, une offre écrite répondant aux critères ci-dessus évoqués suppose qu'un poste susceptible de convenir au salarié soit disponible ou ait pu être aménagé, à défaut de quoi l'obligation de reclassement de l'employeur, qui n'est que de moyen, se limite à la démonstration que les recherches possibles ont été vainement entreprises dans ce but. »

Annexe 14

L'extension exceptionnelle vers une obligation de résultat du praticien dans le cas où la nature de certains actes médicaux l'exige

Source : Cass. Civ. 1, 4 février 1959, D. 1959, p. 153, note P. Eismen.

« Attendu que l'accident étant, selon l'expert, l'effet d'une injection de liquide irritant ou altéré, la Cour d'appel a admis la responsabilité de la clinique au motif que, si cet accident pouvait provenir soit d'une erreur sur la nature du sérum, résultant d'une confusion d'ampoule commise par l'infirmière ou d'une erreur du fabricant, soit d'une altération du sérum, consécutive à une stérilisation insuffisante ou à une pénétration d'air septique provoquée par une fêlure de l'ampoule, il n'y avait lieu de rechercher laquelle de ces éventualités s'était réalisée en l'espèce, l'obligation de la clinique consistant à "fournir un liquide répondant par sa nature et ses qualités au but poursuivi", et l'injection d'un liquide nocif constituant dès lors un manquement à cette obligation... »

Source : Cass. Civ. 2, 17 décembre 1954, D. 1955, p. 269, note R. Rosière ; JCP G. 1954, II, 8490, note R. Savatier.

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué qu'une transfusion de sang fut ordonnée, au cours d'un traitement auquel était soumise la dame L... à l'hôpital Boucicaud ; que les services de cet établissement firent appel au centre national de transfusion sanguine, qui désigna la demoiselle V... comme donneuse de sang ; que celle-ci étant atteinte de syphilis, cette maladie fut transmise à la dame L..... mais attendu qu'il appartient à la Cour de cassation de restituer leurs véritables caractères aux rapports juridiques déduits par le juge des faits qu'il a souverainement constaté ; attendu qu'il n'est point contesté que la convention passée entre l'assistance publique et le centre, demandeur au pourvoi, avait pour objet de procurer à la malade hospitalisée le concours d'une donneuse de sang, pour l'exécution d'une prescription médicale ; que cette convention était ainsi

accompagnée d'une stipulation pour autrui faite au nom de la dame L..., qui, bien qu'étrangère au contrat originaire et n'y ayant point été représentée, devait bénéficier de l'engagement contracté à son profit ; que l'inexécution de celui-ci par le débiteur rendait donc ce dernier, par l'effet des dispositions combinées des art. 1121 et 1135 c. civ., directement responsable, envers la créancière, du préjudice en résultant ; et attendu qu'en l'état des relations contractuelles par lui-même invoquées, le débiteur n'a ni prouvé ni même allégué que, selon l'art. 1147 du même Code, la contravention à l'engagement litigieux dérivât d'une cause étrangère, telle que la force majeure, qui ne pût lui être imputée ; qu'en constatant, dans des circonstances exclusives de toute responsabilité d'ordre médical, le fait de « l'inoculation à la dame L... d'un sang vicié », les juges du fond ont établi que le centre de transfusion sanguine n'avait pas fourni la prétendre, et fondé sur la faute ainsi commise le droit à réparation... »

Source : Cass. Civ. 1, 12 avril 1995 (2 arrêts), JCP G 1995, II, 22467, note P. Jourdain.

1^{er} arrêt :

« Attendu que Francette Lagane, épouse Martial, a reçu, les 8 décembre 1982, 23 février 1983 et 21 mars 1984, des transfusions de sang total à la suite d'interventions chirurgicales ; qu'en 1989, un examen a révélé qu'elle était contaminée par le virus de l'immunodéficience humaine, ce dont elle est décédée le 20 mars 1990 ; que ses héritiers ont assigné le centre de transfusion sanguine de Toulouse-Purpan, fournisseur du sang transfusé à leur auteur, en déclaration de responsabilité et en indemnisation de leur préjudice ; que l'arrêt attaqué a considéré qu'en 1982 le centre n'avait pas manqué à l'obligation de moyens qui était la sienne, et, avant-dire droit sur les autres prétentions des parties, a ordonné un complément d'expertise ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices et qu'ils ne peuvent s'exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée, la Cour d'appel a violé le texte susvisé... »

2^{ème} arrêt :

« Vu l'article 1147 du Code civil ; attendu que, pour retenir la responsabilité de la clinique, l'arrêt attaqué se borne à énoncer qu'en raison de la confiance que le malade doit nécessairement lui faire, la clinique a l'obligation de fournir des produits sanguins non viciés et qu'en fournissant un sang contaminé par le virus VIH, elle a engagé sa responsabilité ; attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la clinique, tenue d'une simple obligation de prudence et de diligence dans la fourniture de produits sanguins livrés par un centre de transfusion, avait la possibilité de contrôler la qualité du sang transfusé à Marie-Laure Dupuy, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé... »

Source : Cass. Civ. 1, 12 juin 1990, D. 1991, somm., p. 358, obs. J. Penneau.

« L'obligation attachée à la confection d'une prothèse est une obligation de résultat ; celle qui est liée aux soins nécessaires à la pose de cette prothèse est une obligation de moyens ; justifie légalement sa décision la Cour d'appel qui, pour faire droit à une demande de dommages et intérêts formée par une patiente à l'encontre du chirurgien-dentiste ayant réalisé et posé deux bridges céramo-métalliques, la céramique du bridge de droite commençant à présenter des signes d'un effritement, retient, pour caractériser les diverses fautes commises par ce praticien, que celui-ci n'avait pas mis convenablement en état la cavité buccale avant la pose des prothèses, puis, lors de celle-ci a procédé à un meulage « anormal », cause de l'effritement et du descellement, imputables par conséquent à ce travail défectueux et non à une faute de la patiente. »

Source : Cass. Civ., 1^{er} juillet 2010, inédit, n° 09-15404.

« Vu l'article 1147 du Code civil ; attendu que pour écarter toute responsabilité de M. Y... du fait de la fourniture d'une prothèse non conforme, et condamner ce dernier au règlement du montant des travaux dentaires tels que fixés par l'expert, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que M. X..., à qui incombe la charge de la preuve, n'établit nullement que la prothèse permanente actuellement en place serait affectée d'un vice ou qu'elle ne pourrait pas être utilisée par le patient ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher

si, comme il le lui était demandé, la restauration finalement opérée, composée de prothèses en résine et non en céramique comme prévu au devis, n'était pas dépourvue de toute fiabilité, inconfortable et esthétiquement limitée et donc inapte à rendre à M. X... le service qu'il pouvait légitimement en attendre, le dentiste étant tenu d'une obligation de résultat incluant la conception de l'ensemble prothétique, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

Source : CA Nîmes, 25 novembre 2008, RG n° 06/05150.

« Le Tribunal a, par des motifs précis et pertinents, caractérisé la responsabilité du docteur Y... tenu de répondre de tout acte de maladresse pendant l'intervention chirurgicale qu'il a réalisée et d'une obligation de sécurité quant aux instruments qu'il a utilisés. C'est donc à bon droit que ce médecin, seul mis en cause avec son assureur devant le Tribunal par M. X..., a été condamné à réparer le préjudice subi par ce dernier à la suite de l'intervention chirurgicale du 4 juillet 2003... ».

Source : CA Riom, 15 septembre 2005, RG n° 2233.

« Attendu que la chronologie des interventions subies par Mme X... met en évidence que cette patiente a consulté le docteur Y... aux fins d'obtenir une amélioration des importantes séquelles cicatricielles qu'elle présentait après la plastie mammaire réalisée par un autre praticien, quatre années auparavant ; qu'elle a donc été sollicitée pour réaliser un geste de chirurgie réparatrice dont l'efficacité a été reconnue par le médecin-expert sans ambiguïté puisqu'il a précisé que les cicatrices verticales et horizontales bien que de qualité passable, déhiscentes et très légèrement pigmentées avaient été considérablement améliorées par rapport à l'aspect préopératoire initial où ces cicatrices étaient épaisses, fortement pigmentées et hypertrophiques, avec des aréoles aux mamelons invaginés ; que, par contre, les brûlures des aréoles, dues à un surdosage lors des séances de radiothérapie prescrites par le docteur Y..., laissent

subsister un placard cicatriciel important, avec pigmentation irrégulière et cicatrices péri-aréolaires déhiscentes mais fines ;

Qu'en effet, l'appelante est intervenue à plusieurs reprises pour tenter d'améliorer la caractère inesthétique de ces brûlures dont le docteur Z... et le CENTRE JEAN PERRIN dont il était le salarié ne contestent aucunement qu'elles sont la conséquence d'une faute qui leur incombe, faute résultant de l'erreur de transcription du dosage ; que cette faute engageant leur responsabilité, ils sont tenus de réparer l'entier préjudice en résultant pour Mme X... ; qu'il n'y a donc pas lieu de rechercher en ce qui les concerne s'ils ont failli à leur devoir d'information ;

Attendu que le médecin-expert a souligné que le docteur Y... n'avait pas participé à la commission de cette faute et avait, au contraire, en ce qui concerne les gestes de chirurgie réparatrice, apporté à sa patiente des soins consciencieux et conformes aux données acquises de la science ;

Attendu, par contre, qu'il est constant que dès la première consultation de Mme X..., le docteur Y... lui a préconisé la mise en place de prothèses mammaires afin de corriger les effets de l'échec de l'intervention initiales (de 1989) ;

Or attendu qu'outre les dégonflements successifs des prothèses qui ont dû être remplacées, leur mise en place a abouti à la formation d'une coque, complication n'impliquant aucun manquement du praticien dans la réalisation de son geste chirurgical ainsi que noté par l'expert judiciaire ; que, toutefois, la répétition des dégonflements attestent de l'insuffisance du matériel mis en place dont, doit-il être souligné, le remplacement a été assuré gracieusement par le laboratoire fournisseur des prothèses qui a ainsi au moins implicitement admis la défectuosité de son matériel, ce qui conforte la conclusion de l'expert selon laquelle la rupture des prothèses était due à une défaillance du matériel ;

Or attendu que le médecin est tenu à l'égard de son patient d'une obligation de sécurité de résultat pour le matériel qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins ; que les circonstances ci-dessus rappelées établissent de manière suffisante que les prothèses utilisées se trouvent directement à l'origine du dommage complémentaire de celui résultant des brûlures subi par Mme X..., laquelle a subi à plusieurs reprises un affaissement symétrique ou non des seins, auquel il n'a pu être remédié qu'en recourant à de nouvelles interventions chirurgicales ; Attendu que le préjudice dont Mme X... sollicite réparation participe tant de la faute commise par le

docteur Z... que du manquement du docteur Y... à son obligation de sécurité de résultat ; qu'elle sollicite, en conséquence, à bon droit leur condamnation *in solidum* à réparer ledit préjudice... »

Source : Cass. Civ. 1, 17 janvier 1995, D. 1995, p. 350, note P. Jourdain ; JCP G 1995, I, 3853, n° 9, chron. G. Viney.

« Sur le premier moyen du pourvoi incident et provoqué de la Sté Armand Colin et Bourrelier : Attendu que la Sté Armand Colin et Bourrelier reproche à l'arrêt de l'avoir déclarée responsable des conséquences de l'accident dont a été victime la jeune Nelly Morice, lié au vice de fabrication que représentait le cerceau litigieux, alors selon le moyen que la société distributeur du cerceau, qui avait obtenu l'agrément du Centre national de documentation pédagogique lors de la commercialisation de ce produit, ce que constate l'arrêt, ne pouvait être considérée comme ayant commis un manquement pour n'avoir pas procédé à un examen technique approfondi, dès lors que le vice affectant le cerceau, imputable au seul fabricant, n'était pas apparent et qu'il n'était pas soumis à des normes entrées en vigueur ultérieurement ; que dès lors, l'arrêt n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a entaché sa décision d'une violation de l'article 1382 C. civ. ; mais attendu que le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens ; qu'il en est responsable tant à l'égard des tiers que de sons acquéreur ; que la Cour d'appel qui retient souverainement que des cerceaux présentaient, en principe même de leur conception, un risque d'accident, a par ce seul motif légalement justifié sa décision et que le moyen est inopérant ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé... »

Source : Cass. Civ. 1, 9 novembre 1999, D. 2000, n. 6, jur., p. 117 ; JCP 2000, II, 10251, note Ph. Brun.

« Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (Grenoble, 3 mars 1997), que, le 4 décembre 1991, Louis Y..., âgé de 83 ans, a subi à la Clinique Belle donne une intervention pratiquée sous péridurale en raison de son âge et de sa fragilité ; que, vers 23 h 30 il est tombé de son lit, se fracturant le fémur droit ; que cette fracture a nécessité une seconde opération, réalisée le 7 décembre sous anesthésie générale en raison de l'importance de l'intervention ; qu'au cours de celle-ci de sévères troubles ventilatoires se sont manifestés et ont été à l'origine de son décès ; que les consorts Y... ont assigné la clinique et son assureur, la compagnie GAN, reprochant à la première un défaut de surveillance et sollicitant la réparation de leur préjudice ; que, retenant cette faute et la perte de chance qui en est découlée, l'arrêt attaqué a condamné *in solidum* la clinique et son assureur à payer à chacun des trois fils de Louis Y... une somme de 30 000 francs ;

Attendu, d'abord, qu'après avoir justement énoncé que l'obligation de surveillance qui incombe à une clinique s'analyse en une obligation de prudence et de diligence dont les exigences varient suivant l'état du patient, la Cour d'appel a retenu qu'au moment de sa chute, Louis Y... se trouvait encore dans le service de réanimation post-opératoire ;

Qu'elle a aussi relevé le grand âge du patient et l'effet de l'anesthésie subie le jour même le laissant dans un état de semi-éveil ; qu'elle a, en outre, considéré que le personnel, informé des risques de chute des lits hospitaliers, étroits, et des conséquences dommageables pour les personnes âgées, aurait dû prendre des précautions particulières en plaçant des barrières de sécurité de chaque côté du lit ; que la Cour d'appel a ainsi caractérisé l'erreur d'appréciation dans le choix des mesures de protection, constitutive d'une faute de la part de la clinique ;

Qu'ensuite, cette dernière n'ayant pas soutenu dans ses conclusions devant les juges du fond que les patients situés en salle de réanimation demeurent sous la surveillance du médecin anesthésiste ou à tout le moins du chirurgien ayant pratiqué l'opération, le grief pris de ce chef est nouveau, mélangé de fait et de droit ; qu'ainsi, irrecevable en sa seconde branche, le premier moyen n'est pas mieux fondé que le second pour le surplus... »

Annexe 15

Responsabilité pénale générale du chirurgien esthétique

Source : Cass. Crim., 29 octobre 2002, n° 01-87374, Bull. crim. n° 196 p. 728.

« Sur le deuxième moyen de cassation, en ce que l'arrêt infirmatif attaqué a déclaré le docteur X... coupable d'homicide involontaire et l'a condamné pénalement et civilement ; aux motifs que la preuve est ainsi rapportée de fautes d'imprudence et de négligence imputables au docteur X..., qui n'a pas, dans l'intervention dont Madeleine Y... a été victime, accompli les diligences médicales normales compte tenu de la nature de sa mission, de ses fonctions et de ses compétences, ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait; que ces fautes, consistant en une sous-évaluation du risque lié à l'intervention et en une conduite insuffisamment rigoureuse de la décision et du processus opératoire, ont directement causé la mort de Madeleine Y... ; qu'il convient, infirmant la décision frappée d'appel, de déclarer le prévenu coupable des faits qui lui sont reprochés ; (...); qu'aux termes de la loi n. 2000-647 du 10 juillet 2000 "les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer" ; que la nouvelle loi qui contient des dispositions plus favorables au prévenu s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur ; que doit être annulée en conséquence la décision qui, pour déclarer un médecin coupable d'homicide involontaire, lui reproche des fautes ayant entraîné la réalisation du dommage, sans avoir procédé à un examen de l'affaire au regard des dispositions plus favorables de la nouvelle loi ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Madeleine Chapuis, épouse Y..., âgée de 64 ans, dotée d'une double prothèse des hanches et ayant récemment subi un stripping veineux des jambes, est décédée d'une embolie pulmonaire massive consécutive à une thrombose bilatérale des vaisseaux poplités survenue cinq jours après

une intervention de chirurgie esthétique effectuée par Jacques X... et consistant en un lifting cervico-facial, une reprise des paupières inférieures et supérieures et une liposuction associée à un lifting de la face interne des cuisses ;

Attendu que, pour déclarer Jacques X... coupable d'homicide involontaire, la juridiction du second degré prononce par les motifs repris aux moyens ; qu'elle retient notamment, à sa charge, comme "faute essentielle et déterminante" ayant directement entraîné le décès, la décision d'intervention et la conduite d'ensemble du processus opératoire sans qu'ait été suffisamment examiné et pris en compte le risque avéré de thrombose présenté par la victime en raison de son âge et de ses antécédents ; attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que Jacques X... n'a pas accompli les diligences normales qui lui incombent compte tenu de la nature de sa mission et de sa fonction, de sa compétence ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait, la Cour d'appel a justifié sa décision au regard des articles 121-3 et 221-6 du Code pénal, tant dans leur rédaction antérieure à la loi du 10 juillet 2000 que dans leur rédaction issue de cette loi ; d'où il suit que les moyens ne sont pas fondés. »

Source : Cass. Crim., 19 octobre 2004, n°04-80317, Bull. crim. n° 246 p. 911.

« Attendu que, pour déclarer Christian X..., chirurgien, spécialiste d'oto-rhino-laryngologie, compétent en chirurgie cervico-faciale et titulaire d'un diplôme de la société française de chirurgie esthétique, coupable de blessures involontaires sur la personne de Françoise Y..., l'arrêt retient qu'après avoir tenté, le 20 janvier 1998, de réaliser sur sa patiente, atteinte d'une mastopathie récidivante, une reconstruction des seins autour d'implants gonflables dans le prolongement de la mastectomie sous-cutanée bilatérale réalisée par un confrère gynécologue, il a procédé tardivement, le 30 avril 1998, malgré l'échec de la cicatrisation puis l'objectivation d'un abcès sous-cutané et d'une nécrose des tissus des mamelons à l'occasion de deux autres interventions chirurgicales inefficaces, à l'ablation des prothèses infectées en les remplaçant par des prothèses d'expansion cutanée ; que les juges ajoutent qu'en omettant de faire procéder aux examens bactériologiques que justifiaient les signes d'infection apparus dès le 2 mars 1998, en laissant en place trop longtemps les prothèses rejetées puis en les

remplaçant par de nouvelles prothèses dans les loges rétropectorales largement ouvertes sur une zone infectée, le prévenu, qui n'a pas accompli les diligences normales lui incombant compte tenu de sa mission, de ses compétences ainsi que des moyens dont il disposait, a commis de graves fautes de négligence et d'imprudence ayant un lien de causalité certain avec le dommage subi par la victime dont l'incapacité totale de travail a été fixée à six mois ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, procédant de son appréciation souveraine des éléments de preuve soumis au débat contradictoire, d'où il résulte que le prévenu est l'auteur direct des dommages subis par la victime, que rien ne permet d'attribuer à une infection nosocomiale, la Cour d'appel a justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens ne sont pas fondés ;

Sur le cinquième moyen de cassation, pris de la violation des articles 222-44, 131-27 du Code pénal, 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, défaut de réponse à conclusions, manque de base légale ;

"En ce que l'arrêt attaqué a prononcé l'interdiction définitive d'exercer la chirurgie plastique et réparatrice ;

"Aux motifs que, compte tenu des fautes commises dans l'exercice de son activité professionnelle, il y a lieu, par application de l'article 222-44 du Code pénal, de confirmer le jugement en ce qu'il a prononcé l'interdiction définitive d'exercer la chirurgie plastique et réparatrice ;

"Alors, d'une part, que le docteur X... faisait valoir que lui interdire de manière définitive d'exercer une activité de chirurgie plastique, esthétique et réparatrice telle qu'il l'a accomplie avec succès depuis de fort nombreuses années constitue une sanction manifestement disproportionnée aux faits susceptibles de lui être reprochés ; que la Cour d'appel aurait donc dû rechercher si la peine complémentaire d'interdiction définitive d'exercer la chirurgie plastique et réparatrice était bien en rapport avec les fautes qui sont reprochées au docteur X... et avec le dommage subi par Françoise A... épouse Y..., "perte de substance aréolaire et sous- aréolaire" du sein gauche ne mettant en cause ni sa santé ni ses capacités physiques ; qu'en ne s'expliquant pas sur la disproportion alléguée entre la sanction d'interdiction professionnelle définitive et les faits reprochés au docteur X..., la Cour d'appel n'a pu justifier sa décision au regard des textes susvisés ;

"Alors, d'autre part, qu'une interdiction professionnelle définitive d'opérer dans sa spécialité constitue une sanction aux conséquences tellement graves pour un médecin qu'elle ne peut être prise que pour réprimer un comportement en lui-même inexcusable ayant eu des conséquences irrémédiables pour la victime ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, la peine complémentaire d'interdiction définitive infligée au docteur X... pour n'avoir pas su, selon la Cour, gérer de manière prudente les complications postopératoires de cicatrisation consécutives au phénomène de nécrose du sein gauche de la patiente, ce, en tentant d'éviter à cette patiente le traumatisme de l'abandon de la reconstruction mammaire préconisée par certains experts, étant manifestement disproportionnée tant au regard des faits reprochés qu'à leur conséquence dommageable ; que l'arrêt attaqué a ainsi violé le principe de proportionnalité de la peine avec le délit réprimé" ;

Attendu qu'aucune disposition légale n'imposant au juge de motiver le choix d'une peine autre que l'emprisonnement sans sursis, le moyen ne saurait être accueilli. »

Source : Cass. Crim., 15 novembre 2005, inédit, n° 05-82978.

« En ce que l'arrêt a condamné le demandeur du chef d'exercice illégal de la médecine et de publicité mensongère ; "aux motifs que, sur le délit d'exercice illégal de la médecine, Sam X... conteste les faits qui lui sont reprochés, faisant notamment valoir que les soins d'épilation au laser "Alexandrite", seul laser visé par la prévention, ont toujours été effectués sous sa surveillance ou celle d'un autre médecin présent au centre et que de ce fait l'infraction n'est pas constituée ; que les premiers juges ont cependant estimé à bon droit que Sam X... s'était bien rendu coupable du délit d'exercice illégal de la médecine dans les termes de la prévention ; qu'en effet, s'il n'est nullement contestable qu'en application des dispositions des articles 2-5ème de l'arrêté du 6 janvier 1962 et 2, alinéa 1er, de l'arrêté du 30 janvier 1974, le prévenu était autorisé à confier l'utilisation du laser à "Alexandrite" à ses assistantes, encore convenait-il que l'intervention de ces dernières s'effectue sous sa responsabilité ; qu'il résulte cependant des pièces de la procédure et des témoignages recueillis que Sam X..., auquel il appartient de démontrer que ses assistantes faisaient usage du laser "Alexandrite" sous

sa direction et sa surveillance ou celle d'un médecin lorsque ni l'un ni l'autre n'effectuait des soins, ne produit aucun élément permettant de vérifier qu'il exerçait une responsabilité effective ; qu'il n'est notamment en mesure de fournir ni l'énoncé d'éventuelles consignes destinées à ses assistantes, ni le moindre document permettant de vérifier la durée et l'étendue de leur formation, ni un quelconque planning de leurs interventions, pas plus d'ailleurs que des siennes ou de celles du médecin auquel il fait référence ; qu'à l'exception de l'une de ses assistantes, toutes, et en particulier Christelle Y..., Samia Z..., Aïcha A... et Laëtitia B..., pour la période considérée, soutiennent que Sam X... n'était que très rarement au centre et qu'elles réalisaient les séances seules, sans la moindre surveillance, les unes et les autres se formant essentiellement sur "le tas" ; que leur référence essentielle et seule susceptible d'intervenir en cas de problème n'était autre que Ruth C..., responsable administrative et belle-sœur du prévenu, dont les déclarations et l'attestation établie le 21 février 2005 n'ont, en raison de ce lien de parenté, qu'une très relative valeur probante ; qu'en s'abstenant ainsi, sciemment, de respecter les dispositions réglementaires susvisées, en raison très vraisemblablement de la diversification de ses activités, Sam X... s'est bien rendu coupable des faits visés aux poursuites ; que sera en conséquence confirmée la déclaration de culpabilité ;

(...)

Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la Cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnel, les délits dont elle a déclaré le prévenu coupable, et a ainsi justifié l'allocation, au profit de la partie civile, de l'indemnité propre à réparer le préjudice en découlant ; d'où il suit que le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis. »

N.B. : l'arrêté du 6 janvier 1962 mentionne à l'article 2, al. 5 que « ne peuvent être pratiqués que par les docteurs en médecine, conformément à l'article L. 372 du Code de la Santé Publique, les actes médicaux suivants : 5. Tout mode d'épilation, sauf les épilations à la pince ou à la cire ».

Quant à l'arrêté au 30 janvier 1974, il précise dans son article 2 que « tout mode d'épilation, sauf les épilations à la pince ou à la cire ».

Source : Cass. Crim., 18 mai 2010, n. de pourvoi : 09-83032, www.legifrance.gouv.fr, mis à jour le 12/06/2012, consulté le 12/06/2012.

« Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 223-1, 223-18, 223-20 du Code pénal, 591 à 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ; en ce que l'arrêt confirmatif attaqué a déclaré Michel X... coupable de mise en danger d'autrui ;

Aux motifs que le décret n.2002-194 du 11 février 2002 relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier est de portée générale et s'applique d'une manière générale à tout acte entrant dans la catégorie de ceux décrits et détaillés dans ce décret, quel que soit le lieu ou le type d'intervention pratiquée et plus particulièrement de la chirurgie esthétique qui n'est en aucune manière exclue de l'application du décret précité ; qu'en ce qui concerne les personnels employés par Michel X... durant ses opérations et quel que soit d'ailleurs le type de contrat qui les liait à ce médecin, aucun n'avait la qualité ou la compétence d'infirmière de bloc opératoire ou encore d'aide-opératoire ou d'aide instrumentiste ; qu'ainsi, Michel X... a délibérément violé une obligation de sécurité à portée générale et à caractère réglementaire édictée par l'article 12 du décret n° 2002-194 du 11 février 2002 et, ce faisant, a mis en danger la vie de ses clients puisqu'il n'avait aucun personnel dûment qualifié durant ses opérations de chirurgie esthétique pour l'assister d'une manière compétente et efficace au cas où aurait surgi une complication anesthésique, comme il s'en produit, y compris lors d'anesthésies locales, ces incidents étant cités par les experts ou encore pour faire face à tout accident de nature cardiaque, vasculaire ou respiratoire tel qu'il en existe dans toute opération, y compris de chirurgie esthétique ; que Michel X... était d'autant plus à même d'évaluer les risques encourus par ses clients qu'il possédait, outre son diplôme de docteur en médecine, une orientation de médecin-anesthésiste, qu'il avait même dans le passé pratiqué l'anesthésie médicale et qu'il ne pouvait donc ignorer tous les risques encourus par ses clients du fait du manque de

personnel infirmier ou autre personnel qualifié tels que spécifiés à l'article 12 du décret n° 2002-194 du 11 février 2002 ; (...); attendu que, pour déclarer Michel X... coupable de mise en danger de la vie d'autrui, l'arrêt attaqué retient qu'il pratiquait sans précaution des interventions de chirurgie esthétique et notamment qu'il avait recours à du personnel sans qualification, alors qu'il résulte de l'article 12 du décret du 11 février 2002 que seuls peuvent assister le chirurgien au cours d'une opération des infirmiers diplômés ou en cours de formation ; que les juges ajoutent que le prévenu, qui a faussement affirmé aux enquêteurs que l'une de ses assistantes était infirmière, était parfaitement conscient de cette obligation et qu'il ne pouvait ignorer les risques d'accidents cardiovasculaires, respiratoires et nosocomiaux, pouvant être mortels, qu'il faisait ainsi courir à ses patients; attendu qu'en l'état de ses motifs procédant de ses constatations souveraines, qui caractérisent en tous ses éléments le délit de mise en danger de la vie d'autrui, la Cour d'appel a justifié sa décision dès lors que l'article 12 du décret précité édicte une obligation particulière de sécurité au sens de l'article 223-1 du Code pénal ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé. »

N.B. : le décret n° 2002-194 du 11 février 2002 relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier énonce dans son article 10 que : « l'infirmier anesthésiste diplômé d'Etat est seul habilité, à condition qu'un médecin anesthésiste-réanimateur puisse intervenir à tout moment, et après qu'un médecin anesthésiste-réanimateur a examiné le patient et établi le protocole, à appliquer les techniques suivantes :

1. Anesthésie générale ;
2. Anesthésie loco-régionale et réinjections dans le cas où un dispositif a été mis en place par un médecin anesthésiste-réanimateur ;
3. Réanimation peropératoire.

Il accomplit les soins et peut, à l'initiative exclusive du médecin anesthésiste-réanimateur, réaliser les gestes techniques qui concourent à l'application du protocole.

En salle de surveillance post-interventionnelle, il assure les actes relevant des techniques d'anesthésie citées aux deuxième, troisième et quatrième alinéas et est habilité à la prise en charge de la douleur postopératoire relevant des mêmes techniques.

Les transports sanitaires visés à l'article 9 du présent décret sont réalisés en priorité par l'infirmier anesthésiste diplômé d'Etat.

L'infirmier en cours de formation préparant à ce diplôme peut participer à ces activités en présence d'un infirmier anesthésiste diplômé d'Etat. »

Annexe 16

Hostilité absolue de l'opération de remodelage sexuel par la jurisprudence durant la période allant du 1965 jusqu'au 1975

Source : CA Limoges, 4 juin 1975, D. 1975, somm., p. 121.

« Le respect des principes d'indisponibilité et d'imprescriptibilité qui régissent l'état des personnes, interdit de prendre en considération les modifications corporelles - au surplus réprimées par le Code pénal- obtenues par un individu, qui ont eu pour effet de dénaturer son sexe normal et primitif sans pour autant lui conférer véritablement le sexe opposé.

Tel est le cas lorsqu'il résulte d'un rapport d'experts que les caractères essentiels du sexe féminin que revendique un individu, déclaré à sa naissance comme étant du sexe masculin, ne préexistent pas aux interventions médicales et chirurgicales auxquelles il a cru devoir se soumettre, alors qu'il est ainsi démontré que ces interventions ont été, chez un sujet né et resté de sexe masculin, artificiellement créatrices, et non révélatrices, de féminité.

Les inconvénients que peut présenter pour l'intéressé, sur le plan psycho-social, la conservation du sexe masculin déclaré à l'état civil, bien que dénaturé, reste le sien, ne sauraient faire échec à la rigueur de la loi. »

Source : Cass. Civ., 16 décembre 1975, D. 1976, 397 ; JCP 1976, II, 18503, note Penneau.

1^{ère} espèce :

« Attendu que A... a engagé contre le ministère public, en se fondant sur l'article 326 ancien c. civ., une action d'état tendant à faire remplacer, dans son acte de naissance, la mention 'sexe masculin' par celle de 'sexe féminin' ; que lorsqu'il est né, le 10 avril 1943, A... avait des organes génitaux masculin ; que les experts médicaux

commis ont estimé que, par suite des transformations intervenues dans sa morphologie, il était maintenant raisonnable de lui attribuer le sexe féminin ; que l'arrêt confirmatif attaqué a débouté A... de sa demande ; attendu qu'il est fait grief aux juges du fond d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen, que le sexe se définit avant tout par référence à une certaine conformation, parfois sujette à une évolution, dont le principe de l'indisponibilité de l'état n'interdit nullement de tenir compte, d'autant que l'état doit être le reflet de la réalité et que la mutation de sexe, si elle résulte d'une opération librement décidée, n'est généralement pas possible sans une prédisposition dont l'intéressé n'est point le maître ; qu'un changement de sexe devrait donc être pris en considération lorsque l'intervention a été révélatrice de caractères préexistants, et non artificiellement créatrice ; qu'il est également soutenu qu'en l'état du rapport d'expertise, qui aurait été dénaturé par l'arrêt attaqué, A... rapportait la preuve d'une féminité remontant pratiquement à la naissance, ainsi que de l'apparition spontanée des symptômes de cette féminité, les experts ayant conclu que l'intéressé n'était pas le maître de l'état psychique et de l'orientation sexuelle antérieurs à l'opération et qui ont motivé celle-ci ; mais attendu qu'après avoir relevé, sans dénaturer le rapport d'expertise, que A... s'est délibérément soumis à un traitement hormonal, puis, hors de France, à une intervention chirurgicale qui ont entraîné la modification artificielle des attributs de son sexe, la Cour d'appel a décidé, à bon droit, que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération les transformations corporelles ainsi obtenues. »

2^{ème} espèce :

« Attendu que, d'après son acte de naissance, S..., né le 9 juin 1909, est de sexe masculin et porte les prénoms de Georges, Marie, André ; qu'il s'est marié en 1940 et que son mariage a été dissous, en 1948, par un divorce ; que, pendant la guerre 1939-1945, il a été incarcéré par les autorités d'occupation à la prison d'Epinal où, selon ses affirmations, des médecins allemands du camp de Struthof auraient pratiqué sur sa personne certaines interventions ; que, peu après, sa morphologie s'est transformée ; que, notamment ses organes génitaux se sont atrophiés, sa poitrine est devenue volumineuse, le timbre de sa voix a pris un caractère nettement féminin ; que, sur le fondement de l'art. 57, al. 3. C. civ., il a sollicité une modification de ses prénoms, consistant à supprimer celui de Georges et à réunir, par un trait d'union, ceux de Marie et de André ; attendu que, pour réformer la décision des premiers juges qui avaient fait droit à cette prétention, aux motifs, notamment, que la morphologie de S... 'ne lui

permet pas de se vêtir comme un gomme sans attirer l'attention ou provoquer le scandale' et que l'intérêt de celui-ci 'de faire supprimer son prénom exclusivement masculin de Georges, qui l'expose à des tracasseries administratives et aux quolibets du public, dépasse singulièrement la simple convenance personnelle', la Cour d'appel retient que ledit S... 'est loin de justifier d'un intérêt légitime, car le prénom de Georges n'est nullement ridicule' ; qu'en se bornant à rappeler que le prénom dont il s'agit, considéré en lui-même, n'est pas ridicule, l'arrêt attaqué a entaché sa décision d'un défaut de motifs. »

Source : CA Paris, 24 février 1978, JCP 1979, II, 19202, note Penneau.

« Considérant (...) que, lors de sa naissance, l'enfant Annie R... était bien du sexe féminin ; qu'en tout cas Annie R... ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, qu'il y ait eu erreur lors de la déclaration faite à l'officier de l'état civil ; considérant, sans doute, que les documents versés aux débats et l'expertise du professeur Derobert établissent qu'à l'époque de l'adolescence, les organes génitaux internes d'Annie R... ont régressé au lieu de se développer ; que ce phénomène procède de causes pathologiques ou constitutionnelles, notamment d'origine hormonale, et ce, malgré un traitement endocrinien entrepris pour obvier à l'insuffisance des glandes génitales féminines ; que, dans ces conditions, les interventions chirurgicales pratiquées étaient légitimées par le but thérapeutique poursuivi ; considérant néanmoins, que si Annie R... a, actuellement, l'aspect extérieur d'un jeune homme portant la barbe, si son comportement dans la société est celui d'un homme, elle ne peut être assimilée à un individu du sexe masculin ; qu'il importe, en effet, de relever que, bien que l'appelante n'ai plus d'organes génitaux internes de type féminin, les opérations chirurgicales pratiquées à une époque récente, n'ont jamais permis de mettre en évidence des organes génitaux internes, même atrophiés, de type masculin ; que la pseudo-verge qui a été artificiellement créée est sans utilité fonctionnelle ; qu'au demeurant, l'appelante présente une constitution chromosomique féminine de type normal ; considérant, en définitive, que si R..., en raison de l'évolution survenue dans son sexe, ne présente plus les attributs de la féminité, -évolution dont il serait possible de tenir compte dans la mesure où elle a été subie et non voulue,- il n'apparaît pas pour autant que cette

personne présente des caractères suffisants permettant de la rattacher au sexe masculin ; que dès lors, la Cour ne peut accueillir la prétention de l'appelante à faire constater qu'elle appartient à ce sexe ; considérant, en revanche, qu'il peut être fait droit à la demande subsidiaire tendant à l'attribution du prénom masculin de Philippe ; qu'il n'est pas douteux, comme l'atteste le Docteur Papertian, que l'état civil féminin, qui se traduit matériellement par la possession de documents d'identité où figurent les prénoms d'Annie, Elisabeth, Eliane, Albertine, est de nature à entraîner, des inconvénients d'ordre psychologique, qui sont d'autant plus ressentis que la personne intéressée est amenée à franchir fréquemment les frontières pour l'exercice de son commerce de meubles anciens ; que, selon le médecin consulté, cette situation serait génératrice d'une angoisse conduisant à un état dépressif profond avec apparition de tendances suicidaires ; que compte tenu de l'ambiguïté sexuelle naturelle constatée par les médecins, il apparaît à la Cour que l'attribution du prénom de Philippe répond à un intérêt. »

Source : Trib. Gr. Inst. Saint-Etienne, 26 mars 1980, D. 1981, 270.

« Attendu qu'une jurisprudence quasi-unanime a toujours rejeté le changement volontaire de sexe, cette intransigeance ne cédant parfois que devant certains syndromes dépressifs dont l'individu ne paraissait pas maître, (...) ; attendu en effet, qu'il est apparu peu à peu sous la pression de l'évolution des sciences que la détermination du sexe et sa définition ne pouvait plus être uniquement envisagé du seul point de vue somatique ou biologique, mais d'autres éléments devaient être pris en considération afin de préciser plus exactement l'identité profonde d'un individu ; qu'il incombe donc aux tribunaux de rechercher, en l'état des connaissances auxquelles ils peuvent accéder, si au cours de sa croissance un individu a vu prédominer en lui tel ou tel critère entrant dans la définition de son identité et si en conséquence la demande est justifiée ; attendu qu'il importe donc de faire la distinction entre les différents états qui peuvent donner lieu à de telles demandes pour ne retenir que ceux pour lesquels ne se posent pas de déviations redressables par la rééducation ou un traitement psychologique, moral ou médical ; (...) ; attendu que C.. s'est fait opérer en un premier temps à Casablanca puis en suisse, sans que les médecins qui ont pratiqué ces interventions aient pu (ou voulu)

donner aucune indication permettant de se faire une idée même superficielle des motivations de l'intéressé, alors que sa propre mère déclare que C... a été un enfant bien portant, au développement psychomoteur normal, n'ayant jamais rien remarqué de particulier dans son anatomie sexuelle si ce n'est, à un certain moment, du penchant de son enfant à s'habiller en fille ; (...); attendu qu'il y a donc lieu de retenir que C... a fait pratiquer sur lui des interventions chirurgicales sans que les indications requises en matière de transsexualisme aient été réellement décelées et encore moins qu'aient été pratiqués des examens par des praticiens compétents révélant cette conviction profonde et authentique d'appartenir au sexe opposé ; qu'il s'agit plutôt d'un travestisme qui pratiqué depuis longtemps, a entraîné une confusion de l'identité qui aurait mérité un traitement autre que celui pratiqué ; qu'il n'y a donc pas lieu d'accorder le changement d'état sollicité ; attendu par contre que C... présente aujourd'hui une apparence physique féminine puisque doué de tous les attributs essentiels et naturels du sexe revendiqué ; qu'il fut pour cette raison refusé au service national ; qu'il serait donc extrêmement choquant de révéler que cette personne qui a l'aspect féminin et qui vit conformément à cette possession d'état, serait en fait un homme qui devrait être traité comme tel ; qu'il convient de faire application de l'art. 57 C. civ. qui permet au tribunal en cas d'intérêt légitime de modifier les prénoms figurant dans l'acte de naissance. »

Annexe 17

Refus catégorique de l'opération de remodelage sexuel par la jurisprudence française durant la période allant de l'année 1990 jusqu'au 1992

Source : Cass. Civ., 21 mai 1990 (4 arrêts), JCP 1990, II, 21588, concl. Flipo.

1^{ère} espèce :

« Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que Jocelyne A..., née le 2 novembre 1947, a été déclarée sur les registres de l'état-civil comme étant de sexe féminin ; qu'après s'être soumise à divers traitements médicaux et avoir subi plusieurs opérations chirurgicales, elle a saisi le Tribunal de Grande Instance en lui demandant de dire qu'elle était de sexe masculin, d'ordonner la mention de ce sexe en marge de son acte de naissance et de lui attribuer le prénom de 'Jocelyn' ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Nîmes, 7 mai 1987), après avoir énoncé que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait obstacle qu'à des modifications volontaires de cet état et que, par suite, le transsexualisme pouvait, lorsqu'il était véritable, être pris en considération au plan juridique, a cependant rejeté sa demande ; Attendu que Jocelyne A... fait grief à la Cour d'appel d'avoir ainsi statué alors, d'une part, qu'ayant retenu qu'une conviction profonde et impérieuse remontant à l'enfance l'avait conduite à subir un traitement médical et des opérations chirurgicales, elle avait caractérisé l'existence d'une cause étrangère à sa volonté constitutive d'un transsexualisme véritable, de sorte qu'elle ne pouvait refuser la modification d'état-civil demandée ; alors, d'autre part, que l'arrêt attaqué ne pouvait, sans contradiction, estimer que l'état actuel de l'intéressée relevait d'une volonté délibérée de modifier sa morphologie et constater par ailleurs qu'elle n'avait entrepris cette modification qu'en raison de la conviction profonde et irréprouvable qui était la sienne d'appartenir au sexe opposé ; et alors, enfin, que la Cour d'appel ne pouvait non plus se fonder sur le fait que les modifications physiques intervenues n'avaient pu la doter d'un sexe masculin capable d'activité spécifique et de procréation pour lui dénier l'état d'un véritable transsexuel ; Mais attendu que le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ; qu'il s'ensuit

que la Cour d'appel, qui constate que Jocelyne X... a conservé, en dépit des opérations chirurgicales auxquelles elle s'est soumise, une identité physique féminine, a légalement justifié sa décision ; que le moyen ne peut donc être accueilli en aucune de ses branches. »

2^{ème} espèce :

« Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que Santa Michèle V..., née le 25 juin 1955, a été déclarée sur les registres de l'état civil comme étant de sexe féminin ; qu'elle s'est, dès l'enfance, considérée comme un garçon ; qu'après avoir subi plusieurs opérations chirurgicales, elle a saisi le Tribunal de Grande Instance en lui demandant de dire qu'elle était de sexe masculin, d'ordonner la mention de ce sexe en marge de son acte de naissance et de lui attribuer les prénoms de Santo, Michel" ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Nîmes, 2 juillet 1987), après avoir énoncé que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait obstacle qu'à des modifications volontaires de cet état et que, par suite, le transsexualisme pouvait, lorsqu'il était véritable, être pris en considération au plan juridique, a cependant rejeté sa demande ; attendu que Santa V. fait grief à la Cour d'appel de s'être déterminée par des motifs contradictoires en relevant, d'une part, que, dès l'enfance, elle avait eu la conviction profonde d'appartenir au sexe masculin, et en affirmant, d'autre part, que son état actuel relevait d'une volonté délibérée, et d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article 57 du Code civil ; mais attendu que le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ; qu'il s'ensuit que la Cour d'appel, qui constate que Santa V. a conservé, en dépit des opérations chirurgicales auxquelles elle s'est soumise, une identité physique féminine, a légalement justifié sa décision ; que le moyen ne peut donc être accueilli en aucune de ses branches. »

3^{ème} espèce :

« Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que Dominique N..., née le 18 juin 1948, a été déclarée sur les registres de l'état-civil comme étant de sexe féminin ; que dès son plus jeune âge, elle s'est considérée comme un garçon dont elle empruntait

les jeux ; qu'après s'être soumise à divers traitements médicaux et avoir subi plusieurs opérations chirurgicales, elle a saisi le Tribunal de Grande Instance d'une action tendant à la substitution, dans son acte de naissance, de la mention 'sexe masculin' à celle de 'sexe féminin' ; que l'arrêt attaqué (Bordeaux, 5 mars 1987), après avoir admis, avec les experts, que Dominique N... était un transsexuel vrai, l'a déboutée de sa demande aux motifs que le sexe psychologique ou psycho-social ne peut à lui seul primer le sexe biologique, anatomique ou génétique, que le sexe est un élément objectivement déterminé et intangible dont le meilleur critère est celui tiré de la formule chromosomique ; attendu qu'en un premier moyen, Dominique N... fait grief à la Cour d'appel d'avoir, en refusant de reconnaître son identité sexuelle masculine, telle qu'elle résulte de sa morphologie modifiée et de son psychisme, violé l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en un second moyen, elle lui reproche d'avoir refusé de modifier son état civil alors que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne s'oppose pas à un changement de sexe en cas de transsexualisme vrai, c'est-à-dire lorsque la discordance entre le sexe psychologique et le sexe génétique est indépendante de la volonté du sujet, irrésistible, prépondérante et irrémédiablement acquise ; mais attendu que le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ; et attendu que l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien ; d'où il suit que les moyens ne peuvent être accueillis. »

4^{ème} espèce :

« Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que Suzanne, Joséphine J..., née le 6 mai 1943, a été déclarée sur les registres de l'état-civil comme étant de sexe féminin ; qu'après s'être soumise à des traitements médicaux et avoir subi plusieurs opérations chirurgicales, elle a saisi le Tribunal de Grande Instance en lui demandant de dire qu'elle était de sexe masculin, d'ordonner la mention de ce sexe en marge de son acte de naissance et de lui attribuer le prénom de 'Jean-Marc' par substitution à ses prénoms féminins ; que l'arrêt attaqué (Lyon, 19 novembre 1987) l'a déboutée de son

action ; attendu que Suzanne J... fait grief à la Cour d'appel, d'une part, d'avoir, en refusant de reconnaître son identité sexuelle masculine telle qu'elle résulte de sa morphologie modifiée, de son psychisme et de son rôle social, violé l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; de deuxième part, de n'avoir pas donné de base légale à sa décision en ne précisant pas en quoi la discordance entre le sexe génétique et le sexe psychologique, situation qui s'impose à l'intéressé et dont la Cour d'appel énonce elle-même qu'elle ne procède pas d'une claire conscience, peut néanmoins être considérée comme volontaire ; enfin, de n'avoir pas non plus recherché si, à défaut d'une rectification du sexe, il n'y avait pas lieu, à tout le moins, d'accueillir la substitution de prénoms demandée ; Mais attendu que la Cour d'appel a estimé, au vu du rapport des experts et par une appréciation qui est souveraine, que les circonstances de l'espèce ne permettaient pas de parler, à propos de Suzanne J..., d'état transsexuel et que le changement physiologique intervenu était le résultat d'opérations chirurgicales qu'elle a voulues ; Attendu que l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, qui, au demeurant, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien, ne peut être invoqué en l'espèce, l'état de transsexualisme n'étant pas établi ; Et attendu que Suzanne Z... n'a demandé devant la Cour d'appel le changement de ses prénoms que comme conséquence du changement de sexe dont elle se prévalait ; qu'elle n'a pas soutenu avoir un intérêt légitime au sens de l'article 57, alinéa 3, du Code civil à ce que ses prénoms soient modifiés même si ce changement de sexe n'était pas reconnu ; qu'en sa troisième branche, le moyen est nouveau et mélangé de fait et de droit ; D'où il suit qu'en aucun de ses griefs, le moyen ne peut être accueilli. »

Annexe 18

Reconnaissance de l'opération de remodelage sexuel par la jurisprudence française à partir du 11 décembre 1992

Source : Assemble plénière, 11 décembre 1992, JCP 1993, II, 21991, note Mémeteau.

1^{ère} espèce :

« Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 9 et 57 du Code civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ; attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ; attendu que M. René X..., né le 3 mars 1957, a été déclaré sur les registres de l'Etat civil comme étant du sexe masculin ; que, s'étant depuis l'enfance considéré comme une fille, il s'est, dès l'âge de 20 ans, soumis à un traitement hormonal et a subi, à 30 ans, l'ablation de ses organes génitaux externes avec création d'un néo-vagin ; qu'à la suite de cette opération, il a saisi le Tribunal de Grande Instance de demandes tendant à la substitution, sur son acte de naissance, de la mention 'sexe féminin' à celle de 'sexe masculin' ainsi qu'au changement de son prénom ; que le Tribunal a décidé que M. X... se prénommerait Renée, mais a rejeté ses autres prétentions ; que l'arrêt attaqué a confirmé la décision des premiers juges aux motifs que la conviction intime de l'intéressé d'appartenir au sexe féminin et sa volonté de se comporter comme tel ne sauraient suffire pour faire reconnaître qu'il était devenu une femme, et que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes s'opposait à ce qu'il soit tenu compte des transformations obtenues à l'aide d'opérations volontairement provoquées ; attendu, cependant, que la Cour d'appel a d'abord constaté, en entérinant les conclusions de l'expert-psychiatre commis par le Tribunal, que M. X... présentait tous les caractères du

transsexualisme et que le traitement médico-chirurgical auquel il avait été soumis lui avait donné une apparence physique telle que son nouvel état se rapprochait davantage du sexe féminin que du sexe masculin ; qu'elle a énoncé, ensuite, que l'insertion sociale de l'intéressé était conforme au sexe dont il avait l'apparence ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, elle n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'en déduisaient ; et attendu qu'il y a lieu, conformément à l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée. »

2^{ème} espèce :

« Attendu que M. Marc X..., né le 5 mai 1968, a été déclaré sur les registres de l'Etat civil comme étant de sexe masculin ; que, s'étant dès l'enfance considéré comme une fille, il a, à l'âge de 21 ans, subi une intervention chirurgicale consistant en l'ablation de ses organes génitaux masculins, avec confection d'un néo-vagin, et s'est soumis à un traitement hormonal ; qu'il a, ensuite, saisi le Tribunal de Grande Instance de demandes tendant à la substitution, sur son acte de naissance, de la mention 'sexe féminin' à celle de 'sexe masculin' ainsi qu'au changement de son prénom en celui de Claudia ; que le Tribunal n'ayant accueilli que cette dernière prétention, M. X... a relevé appel du jugement en ce qu'il avait refusé de modifier la mention de son sexe sur l'acte de naissance et a demandé à la Cour d'appel de désigner des experts ayant mission de décrire et d'expliquer le processus de féminisation dont il avait été l'objet et de constater son transsexualisme ; que l'arrêt attaqué a estimé cette mesure inutile et a confirmé la décision des premiers juges ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche : Vu les articles 9 et 57 du Code civil ; attendu que, pour refuser la mesure d'instruction sollicitée par M. X... dans le but de faire constater la réalité du syndrome transsexuel dont il se déclarait atteint, la Cour d'appel a estimé que les caractères du transsexualisme de l'intéressé étaient suffisamment démontrés par les documents médicaux que celui-ci produisait ; attendu cependant, que si l'appartenance apparente de M. X... au sexe féminin était attestée par un certificat du chirurgien ayant pratiqué l'intervention et l'avis officieux d'un médecin consulté par l'intéressé, la réalité du syndrome transsexuel ne pouvait être établie que par une expertise judiciaire ; qu'en s'abstenant de prescrire cette mesure et en considérant comme démontré l'état dont se prévalait M. X..., la Cour d'appel n'a pas

donné de base légale à sa décision ; et sur le moyen unique, pris en ses deuxième et cinquième branches : vu l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 9 et 57 du Code civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ; attendu que, pour rejeter les demandes de M. X..., l'arrêt attaqué énonce encore que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes s'oppose à ce qu'il soit tenu compte de transformations obtenues à l'aide d'opérations volontairement provoquées, et que la conviction intime de l'intéressé d'appartenir au sexe féminin ainsi que sa volonté, reconnue et appliquée, de se comporter comme tel, ne sauraient suffire pour faire reconnaître qu'il est devenu une femme ; attendu, cependant, que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ; d'où il suit qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés. »

Source : Cass. Civ., 7 juin 2012, n°10-26947, Bull. civ. 2012, I, n° 123.

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 23 septembre 2010), que M. X..., né le 10 septembre 1983 à Séoul (Corée), a été déclaré à l'état civil, sous les prénoms d'Axel, Hugo, Suk, Jung comme étant de sexe masculin ; que, par acte du 11 septembre 2008, il a assigné le procureur de la République pour voir dire qu'il est de sexe féminin et se prénommera Axelle ; qu'il a produit, à l'appui de sa demande, divers certificats médicaux émanant de praticiens français et étrangers, dont l'un faisait état d'une intervention chirurgicale de 'réassignation' sexuelle réalisée en Thaïlande le 3 juillet 2008 à la clinique B... ; que, par jugement du 17 février 2009, le Tribunal de Grande Instance de Paris a ordonné, avant dire droit, une expertise médicale pluridisciplinaire confiée à un psychiatre, un endocrinologue et un gynécologue ; que M. X... s'étant opposé à cette mesure, le Tribunal a rejeté sa demande ; que la Cour d'appel, tout en

ordonnant la rectification de son prénom, a refusé celle de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance ; attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de statuer ainsi, alors, selon le moyen :

1. que le droit au respect de sa vie privée et familiale commande que le changement de sexe d'une personne soit autorisé à chaque fois que son apparence physique la rapproche de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social ; qu'en l'espèce, pour refuser de faire droit à la demande de changement de sexe, la Cour d'appel s'est fondée sur le fait que l'exposante ait refusé de déférer à une expertise ayant pour objet, d'une part, de se prononcer sur l'origine du syndrome de transsexualisme et son évolution, d'autre part, de caractériser qu'elle ne présentait plus tous les caractères du sexe masculin ; qu'en statuant ainsi après avoir relevé que l'exposante était connue sous un prénom féminin, qu'elle avait la conviction d'appartenir au sexe féminin, qu'elle avait suivi divers traitements médico-chirurgicaux et que la réalité de sa vie sociale était celle d'une femme, ce qui était suffisant pour faire droit à la demande, la Cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2. que même s'il est exigé de la personne qui demande à changer de sexe de justifier présenter le syndrome du transsexualisme, de justifier d'un traitement médico-chirurgical et de justifier d'une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, la preuve de ces éléments n'est pas nécessairement rapportée par une expertise judiciaire mais peut être rapportée par les pièces produites par le demandeur, qui ne doivent pas être dénaturées ; (...)

3. que tout patient a le libre choix de son médecin et que constitue une discrimination illicite le fait de le priver de ses droits sous prétexte qu'il s'est fait opérer par un médecin exerçant hors de France ; qu'en se fondant, pour dire que l'exposante aurait dû se soumettre à l'expertise judiciaire, sur le fait que le dossier complet exigé pour les patients opérés en France ne paraisse pas exigé par le chirurgien qui avait opéré l'exposante en Thaïlande et sur le fait que la notoriété scientifique et chirurgicale de ce chirurgien ne soit pas établie, pas plus que la pertinence de l'intervention pratiquée au regard des pratiques de la communauté médicale, la Cour d'appel s'est prononcée par des motifs discriminatoires, violant ainsi les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 1110-8 du Code de la Santé Publique ;

Mais attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; qu'après avoir examiné, sans les dénaturer, les documents produits, et relevé, d'une part, que le certificat faisant état d'une opération chirurgicale effectuée en Thaïlande était lapidaire, se bornant à une énumération d'éléments médicaux sans constater l'effectivité de l'intervention, d'autre part, que M. X... opposait un refus de principe à l'expertise ordonnée par les premiers juges, la Cour d'appel a pu rejeter sa demande de rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé. »

Annexe 19

Responsabilité pénale du chirurgien esthétique : incrimination de l'opération de remodelage sexuel pour castration

Source : CA Aix-en-Provence, 23 avril 1990, JCP 1991, II, 21720, obs. Mémeteau.

« Mais attendu que ces chirurgiens urologues n'ignoraient pas qu'en France, l'ablation de l'appareil génital externe masculin avec plastie d'un néo-vagin n'est pas un acte autorisé ; attendu que pour le seul fait d'avoir effectué cette opération, le conseil régional de l'ordre des médecins, par décision du 1er mars 1981, a infligé au Dr V... la peine de l'avertissement, après avoir expressément rappelé que le Dr V... avait pratiqué une 'intervention chirurgicale prohibée par la loi', justifiant toutefois la clémence de cette sanction, relativement bénigne, par l'absence d'esprit de lucre et par des 'pressions presque irrésistibles comportant notamment un chantage au suicide', des circonstances atténuantes qui à vrai dire ne sont en aucune façon établies ni par les débats, ni par les éléments du dossier de la procédure pénale ; attendu que le Dr V... ne conteste pas avoir connu cette prohibition (...) ; attendu sans doute qu'il n'existe actuellement aucun traitement médicamenteux satisfaisant pour guérir ou atténuer le délire résultant parfois du transsexualisme et pouvant conduire le sujet à l'automutilation, et même au suicide. ; attendu que dans tous ces cas extrêmes, deux voies se présentent aux praticiens, le traitement psychothérapeutique ou l'opération chirurgicale, celle-ci produisant des effets gravement mutilants et irréversibles, en principe interdite en raison de ses effets souvent plus catastrophiques pour le patient que le mal dont il était atteint ; (...) ; attendu qu'incontestablement Jean-Eric O... a connu de graves problèmes d'ordre sexuel ; qu'il était homosexuel ; qu'au mois de janvier 1980, il avait été abandonné par un garçon homosexuel comme lui, et qui était le frère de son ancienne concubine ; qu'à la suite de cette rupture, il avait habité avec un autre frère de cette même ancienne concubine, et dont il s'était de nouveau séparé peu de temps avant sa mort ; attendu que dans des cas autorisés par la loi, le chirurgien qui pratique une intervention chirurgicale dans l'exercice normal de sa profession, cause volontairement une atteinte à l'intégrité physique du patient ; que néanmoins, les rigueurs de l'article 309 du Code pénal ne lui sont pas applicables parce que la profession médicale est autorisée et réglementée par la

loi ; que le médecin jouit ainsi d'une impunité légale dans la mesure où son intervention est justifiée par un intérêt thérapeutique ; attendu qu'en estimant dans l'arrêt avant dire droit que les praticiens avaient agi dans un 'but thérapeutique', la Cour n'a en aucune façon justifié l'intervention ; qu'elle a seulement entendu exclure celle-ci de la notion criminelle de castration ; attendu que selon le dictionnaire Robert, l'adjectif 'thérapeutique' signifie 'qui concerne l'ensemble des actions et pratiques destinées à guérir' ; qu'il est reproché en l'espèce aux praticiens d'avoir oublié l'intérêt du patient pour satisfaire leur curiosité scientifique ; que, lorsqu'un chirurgien pratique une opération qu'il sait interdite, il n'est bien évidemment pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi ; attendu que dans ce cas, les blessures qu'il cause à son patient par le fait même de son intervention sont volontaires de sa part ; qu'il ne peut être envisagé de le poursuivre du chef de blessures involontaires. »

Dans le même sens :

Source : Cass. Crim., 30 mai 1991, inédit, n°90-84420.

« Sur le moyen unique de cassation pris de la violation de l'article 309 du Code pénal, des articles 591 et 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale : en ce que l'arrêt attaqué a déclaré X... coupable du délit de blessures volontaires avec préméditation et, en répression, l'a condamné aux peines de 6 mois d'emprisonnement assorti du sursis et 20 000 francs d'amende ; 'aux motifs' que selon le dictionnaire Robert, l'adjectif 'thérapeutique' signifie 'qui concerne l'ensemble des actions et pratiques destinées à guérir' ; qu'il est reproché en l'espèce aux praticiens d'avoir oublié l'intérêt du patient pour satisfaire leur curiosité scientifique (...) ; que, lorsqu'un chirurgien pratique une opération qu'il sait interdite, il n'est bien évidemment pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi ; que, dans ce cas, les blessures qu'il cause à son patient par le fait même de son intervention sont volontaires de sa part ; alors, que, d'une part, l'intérêt scientifique que peut avoir un chirurgien à pratiquer une opération n'est pas exclusif de l'objectif thérapeutique justifiant son intervention ; qu'en se bornant à énoncer que le docteur X... avait oublié l'intérêt du patient et avait voulu satisfaire sa curiosité scientifique, sans rechercher si

cette prétendue curiosité scientifique excluait nécessairement l'objectif thérapeutique initial, la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard des textes précités ; et, alors que, d'autre part, en présence d'un intérêt thérapeutique, le fait justificatif tiré de l'autorisation de la loi est applicable et exclut toute incrimination pénale ; qu'en se fondant sur la prétendue interdiction de pratiquer l'opération pour rejeter l'application du fait justificatif sans rechercher si l'intérêt supérieur du malade constituait l'objectif thérapeutique autorisant l'intervention, la Cour d'appel a violé les textes visés au moyen et n'a pas donné de base légale à sa décision ; attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le docteur X..., chirurgien urologue, a procédé, le 26 janvier 1980, à l'ablation de l'appareil génital externe masculin de Y..., ce dernier voulant mettre son corps en harmonie avec le sentiment d'appartenir au sexe féminin ; que déçu des résultats de l'opération, il a porté plainte contre le docteur X... ; qu'après plusieurs nouvelles interventions, il s'est suicidé en 1988 ; attendu que, pour retenir la culpabilité du docteur X... du chef de coups ou blessures volontaires avec préméditation, la Cour d'appel énonce que cette opération n'a pas été faite dans l'intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien ; qu'elle en déduit que celui-ci n'était pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi ; attendu qu'en l'état de ces énonciations, fondées sur l'appréciation souveraine par les juges du fond des éléments de fait qui leur étaient soumis, d'où il résulte que l'objectif thérapeutique du médecin n'était pas établi en l'espèce et qu'en conséquence le délit reproché était caractérisé, la Cour d'appel a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués au moyen, lequel doit, dès lors, être écarté. »

Annexe 20

Condamnation pénale des chirurgiens esthétiques pour avoir eu recours à la publicité

Source : Cass. Crim., 18 juin 2002, inédit, n° 01-84458.

« Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, L. 121-1 et L. 121-4 du Code de la consommation, 2, 591 et 593 du Code de procédure pénale ; en ce que la Cour a condamné les requérants du chef de publicité trompeuse, a ordonné la publication de son arrêt et a statué sur les intérêts civils ;

Aux motifs que quatre des cinq allégations incriminées sont trompeuses au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation ; 1. qu'en mentionnant que la clinique était agréée par le ministère de la santé, la publicité critiquée adoptait une présentation visant manifestement à emporter la confiance de clients potentiels, 'agrément' signifiant pour le sens commun la reconnaissance officielle de quelque chose par une autorité publique, distincte d'une simple autorisation de fonctionnement qui n'engage pas l'Administration de la même manière ; que la mention incriminée était fallacieuse puisque tout établissement de santé a besoin, pour exercer, d'une autorisation qui n'est nullement une garantie de qualité ; 2. que sont fallacieuses les publicités laissant croire que des informations objectives pouvaient être obtenues sur la clinique auprès de nombreuses structures d'information dont il est toutefois apparu qu'elles n'avaient aucune existence juridique distincte de la clinique ou de ses dirigeants ; 3. qu'en faisant état d'une épilation qualifiée de 'définitive' et de l'élimination 'radicale' des rondeurs rebelles, la publicité attaquée évoque une garantie de résultat de nature à tromper le consommateur sur les performances réelles de la chirurgie esthétique, aucune technique médicale n'étant infaillible, notamment l'épilation au laser ; que les prévenus admettent d'ailleurs l'existence d'une 'seconde génération de poils dont la repousse peut nécessiter un nouveau traitement' ; 4. qu'il est enfin inexact pour la clinique de vanter la spécialisation de ses praticiens alors qu'elle n'exigeait de ceux-ci aucune qualification particulière ; qu'en application des dispositions de l'article L. 121-5 du Code de la consommation l'infraction poursuivie est imputable à la gérante statutaire de

l'établissement ainsi qu'au responsable de la mise en place de la politique publicitaire ; que le premier jugement sera confirmé sur l'action publique ; (...) attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la Cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré les prévenus coupables, et a ainsi justifié l'allocation, au profit des parties civiles, de l'indemnité propre à réparer le préjudice en découlant. »

Source : Cass. Crim., 22 juillet 2004, inédit, n°04-83157.

« Statuant sur le pourvoi formé par X... Michel, contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, en date du 5 mai 2004, qui, dans l'information suivie contre lui des chefs de publicité mensongère, tromperie, travail clandestin, mise en danger d'autrui et défaut de remise du devis détaillé de prestations de chirurgie esthétique, a confirmé l'ordonnance du juge d'instruction ayant refusé la mainlevée du contrôle judiciaire ; (...) Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que, pour confirmer l'interdiction faite à Michel X... de se livrer à l'exercice de sa profession de médecin et de se rendre dans l'établissement où il intervenait, la chambre de l'instruction, après avoir rappelé les indices de culpabilité pesant sur l'intéressé, a constaté le lien entre son activité professionnelle et les infractions commises, ainsi que l'existence d'un risque de commission de nouvelles infractions ; que, dès lors, les moyens doivent être écartés. »

Source : Cass. Crim., 15 novembre 2005, inédit, n° 05-82978.

« Aux motifs, d'autre part, sur le délit de publicité mensongère, pour conclure à la relaxe de ce chef, Sam X... expose : que le document incriminé, purement informatif, était à l'usage exclusif des patients du centre et non destiné à attirer une clientèle

nouvelle ; qu'il ne s'agit donc pas d'une publicité ; qu'il n'est pas démontré que celui-ci comportait des indications mensongères et qu'en tout état de cause le terme 'définitif' y figurant n'était pas de nature à induire en erreur ; considérant que l'argumentation du prévenu, pas plus qu'elle n'a emporté la conviction du Tribunal, ne saurait emporter celle de la Cour ; que le libellé du document litigieux comportant la mention 'retrouvez beauté et jeunesse grâce au nouveau laser', proposant sur la même page de nouvelles prestations 'laser coupe-faim' et 'laser anti-tabac', présentant ensuite par voie de photographies comparatives, l'état du patient avant et après traitements et faisant apparaître en caractère gras, en première comme en dernière page, les numéros de téléphone des centres de Paris et de Lyon 'pour tous renseignements', suffit à établir, par l'attrait qu'il est susceptible d'exercer sur des clients potentiels accédant à une salle d'attente ouverte au public, qu'il s'agit bien d'un document publicitaire ;

Qu'en mentionnant, en dernière page, en majuscules et en caractère gras, qu'il s'agirait d'une épilation définitive, nécessitant en moyenne cinq séances espacées d'un mois et quelques retouches, cette publicité évoque une garantie de résultat de nature à tromper le consommateur sur les performances réelles de la chirurgie esthétique concernée, aucune technique médicale n'étant infaillible ; que dans ces conditions, la déclaration de culpabilité prononcée par les premiers juges du chef de publicité mensongère sera également confirmée, les faits en cause ayant été commis les 27 juillet, 1er août et 12 septembre 2000 (...) ;

4. alors que, de quatrième part, un document informatif réservé aux clientes du centre 'dermo-laser' est un document de nature contractuelle qui ne saurait être légalement assimilé à une publicité diffusée auprès d'un public indéterminé ; qu'en décidant le contraire, la Cour a étendu l'incrimination légale au-delà de son objet ;

5. alors que, de cinquième part, le caractère prétendument 'trompeur' des informations litigieuses sur le caractère définitif de l'épilation a été déduit par la Cour de motifs généraux et hypothétiques ne caractérisant aucune tromperie, lors même que le demandeur avait justifié dans ses conclusions délaissées l'exactitude de l'information donnée au regard de révolution des techniques d'épilation utilisées par le centre pour la période couverte par la prévention ; attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la Cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnel, les délits

dont elle a déclaré le prévenu coupable, et a ainsi justifié l'allocation, au profit de la partie civile, de l'indemnité propre à réparer le préjudice en découlant ; d'où il suit que le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis. »

Annexe 21

Conditions de licéité de l'expérimentation scientifique relative à la recherche

Source : Article L. 5311-1 du Code de la Santé Publique (Modifié par l'ordonnance n°2016-966 du 15 juillet 2016 - art. 2).

« I. - L'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé est un établissement public de l'Etat, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé.

II. - L'agence procède à 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. Elle surveille le risque lié à ces produits et effectue des réévaluations des bénéfices et des risques.

L'agence peut demander que les essais cliniques portant sur des médicaments soient effectués sous forme d'essais contre comparateurs actifs et contre placebo. Si la personne produisant ou exploitant un médicament s'oppose aux essais contre comparateurs actifs, elle doit le justifier.

L'agence participe à l'application des lois et règlements et prend, dans les cas prévus par des dispositions particulières, des décisions relatives à l'évaluation, aux essais, à la fabrication, à la préparation, à l'importation, à l'exportation, à la distribution en gros, au courtage, au conditionnement, à la conservation, à l'exploitation, à la mise sur le marché, à la publicité, à la mise en service ou à l'utilisation des produits à finalité sanitaire destinés à l'homme et des produits à finalité cosmétique, et notamment :

1° Les médicaments, y compris les insecticides, acaricides et antiparasitaires à usage humain, les préparations magistrales, hospitalières et officinales, les substances stupéfiantes, psychotropes ou autres substances vénéneuses utilisées en médecine, les huiles essentielles et plantes médicinales, les matières premières à usage pharmaceutique ;

2° Les produits contraceptifs et contragestifs ;

- 3° Les biomatériaux et les dispositifs médicaux ;
- 4° Les dispositifs médicaux de diagnostic in vitro ;
- 5° Les produits sanguins labiles ;
- 6° Les organes, tissus, cellules et produits d'origine humaine ou animale, y compris lorsqu'ils sont prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale ;
- 7° Les produits cellulaires à finalité thérapeutique ;
- 8° Le lait maternel collecté, qualifié, préparé et conservé par les lactariums ;
- 9° Les produits destinés à l'entretien ou à l'application des lentilles de contact ;
- 10° (Abrogé) ;
- 11° Les procédés et appareils destinés à la désinfection des locaux et des véhicules dans les cas prévus à l'article L. 3114-1 ;
- 12° (Abrogé) ;
- 13° (Abrogé) ;
- 14° Les lentilles oculaires non correctrices ;
- 15° Les produits cosmétiques ;
- 16° Les micro-organismes et toxines mentionnés à l'article L. 5139-1 ;

17° Les produits de tatouage ;

18° Les logiciels qui ne sont pas des dispositifs médicaux et qui sont utilisés par les laboratoires de biologie médicale, pour la gestion des examens de biologie médicale et lors de la validation, de l'interprétation, de la communication appropriée en application du 3° de l'article L. 6211-2 et de l'archivage des résultats ;

19° Les dispositifs à finalité non strictement médicale utilisés dans les laboratoires de biologie médicale pour la réalisation des examens de biologie médicale ;

20° Les logiciels d'aide à la prescription et les logiciels d'aide à la dispensation.

III. - L'agence participe à l'application des lois et règlements relatifs aux recherches impliquant la personne humaine et prend, dans les cas prévus par des dispositions particulières, des décisions relatives aux recherches impliquant la personne humaine.

Elle assure la mise en œuvre des systèmes de vigilance, à l'exception de ceux portant sur le lait maternel, les organes, les tissus, les cellules et les préparations de thérapie cellulaire, et élabore la pharmacopée.

Elle rend publics un rapport de synthèse de l'évaluation effectuée pour tout nouveau médicament dans des conditions déterminées par voie réglementaire, ainsi que les décisions d'octroi, de suspension et de retrait de l'autorisation de mise sur le marché mentionnées aux articles L. 5121-8 et L. 5121-9. Elle organise des réunions régulières d'information avec des associations agréées de personnes malades et d'usagers du système de santé mentionnées à l'article L. 1114-1 sur les problèmes de sécurité sanitaire des produits de santé, notamment sur les actions entreprises dans le domaine de la prévention et de la répression de la falsification des médicaments.

Elle contrôle la publicité en faveur de tous les produits, objets, appareils et méthodes revendiquant une finalité sanitaire.

Elle prend ou demande aux autorités compétentes de prendre les mesures de police sanitaire nécessaires lorsque la santé de la population est menacée, dans les conditions prévues au présent code ou par toute autre disposition législative ou réglementaire visant à préserver la santé humaine.

Elle établit un rapport annuel d'activité adressé au Gouvernement et au Parlement. Ce rapport est rendu public. Le rapport comporte le bilan annuel de la réévaluation du rapport entre les bénéfices et les risques des médicaments à usage humain mentionnés à l'article L. 5121-8.

Elle organise des auditions publiques sur des thèmes de santé publique.

L'agence est également chargée du contrôle du respect des dispositions des autorisations délivrées en application de l'article L. 1161-5 ».

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, P.U.F., 8^{éd.} 2000.

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. V, et t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1925.

DISSAUX N. et JAMIN C., *Réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz (édition hors commerce), 2017.

ESMEIN P., *Remarques sur de nouvelles classifications des obligations, Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939.

GATTEGNO P., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1995.

STEFANI G., LEVASSEUR G. et BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, 15^{ème} éd.

MALAURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit civil, les obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd. 2016.

LE TOURNEAU Ph. et CADIET L., *Droit de la responsabilité*, coll. Dalloz Action, Paris, Dalloz 1996.

STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations*, t.1, n.190 et s. Compléter éditeur, année et numéro de l'édition

TUNC A., *La responsabilité civile*, Economica, 1990.

LALOU H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, Dalloz, 1955.

MALAURIE Ph., AYNES L., et GAUTIER Y., *Droit civil, les contrats spéciaux*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2014.

BENABENT Alain, *Droit civil, les contrats spéciaux*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2015.

VOUIN R. et RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1988.

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, 1925. Compléter éditeur

MAZEAUD H., MAZEAUD L. et TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, t. I, 6^{ème} éd., 1965.

ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, Litec, 1999.

STARCK B., *Obligations*, Litec, 1972.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Obligations*, Litec, t. 2 : Contrats, 5^{ème} éd., 1995.

SAVATIER R., *Traité de responsabilité civile*, t.2, , LGDJ, 2^{ème} éd. 1951.

II. OUVRAGES SPECIAUX ET THESES

AGARRA J.-P., *Aspect médico-légal et social du transsexualisme*, thèse médecine, Marseille, 1991.

ARCHER F., *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, 2001.

ARFEL B., *La responsabilité en chirurgie esthétique*, thèse droit, Bordeaux, 1965.

BANZET et FABRE, *Le chirurgien plasticien face aux juges*, Ellipses Marketing, 1996.
Préciser initiales prénom des auteurs

BELVILLE J.-Ph., *La chirurgie esthétique en France*, thèse droit, Lyon 3, 2006.

BRANLARD J.-P., *Le sexe et l'état des gens*, thèse droit, Paris, 1991.

CASEY R., DARSONVAL V., *Le droit et la chirurgie esthétique*, Collection de médecine légale et de toxicologie, Masson, Paris, 1987.

CASTELLETTA A., *Responsabilité médicale*, Dalloz, 2002.

CHATELET N., *Corps sur mesure*, éd. Seuil, 1998.

COURTINE J.-J., *Histoire du corps*, collection l'univers historique, éd. Seuil, 2006.

DEVERS G., *Droit, responsabilité et pratique du soin*, Droit et pratique du soin, Lamarre, 2004.

DUMON Christophe, *La responsabilité médicale en 1993. Particularités de la chirurgie esthétique*, thèse médecine, Paris, 1993.

DURKHEIM E., *Formes élémentaires de la vie religieuse*, cité dans LE BRETON D., *Anthropologie du corps et modernité*, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2001.

FAURE P., *Le consentement du malade à l'acte médical*, thèse droit, Bordeaux, 1975.

- FAURE S., *Etude médico-juridique du transsexualisme : évolution de la jurisprudence à l'aube de l'Europe*, thèse médecine, Dijon, 1993.
- FÉNIÉ H., *De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique*, thèse droit, Toulouse, 1929-1930.
- GIRER M., *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins, essai de remise en cause du contrat médical*, thèse droit, Lyon 3, 2005.
- GROMB S. et GARAY A., *Consentement éclairé et transfusion sanguine : aspects juridiques et éthiques*, ENSP, 1996.
- HADDAD G., *Jeunesse pour tous*, Lincoln, 1993.
- HAGEGE J.-Cl., *Séduire ! Chimères et réalités de la chirurgie esthétique*, Albin Michel, 1993.
- HALLIEZ D., *La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique*, thèse droit, Lille II, 1996.
- HOCQUET-BERG S., *Obligations de moyens ou obligations de résultat : à propos de la responsabilité civile du médecin*, thèse droit, Paris XII, 1995.
- HOERNI B., BENEZECH M., *L'information en médecine - évolution sociale, juridique, éthique*, Masson, 1993.
- KORNPROBST L., *La chirurgie esthétique en justice*, P.M. 1964.
- LAMBERT-FAIVRE Y., *Droit du dommage corporel*, précis Dalloz, 4ème éd., 2000.
- LARROUMET C., *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, Dalloz Sirey, 1999.
- LE BRETON D., *Anthropologie du corps et modernité*, Quadrige, P.U.F., 2005.
- LE BRETON D., *La sociologie du corps*, PUF, 2008.
- LE LEU Y.-H. et GENICOT G., *Le droit médical, aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Belgique, Bruxelles, éd. De Boeck Université, 2001.
- LECOURT D., *Dictionnaire de la pensée médicale*, Quadrige, PUF. Année
- LEMAIRE F., RAMEIX S., GHANASSIA J.-P., *Consentement aux soins : vers une réglementation ?*, Médecine-sciences, Flammarion, 1995.
- LOMBOIS C., *La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz, 1992.
- MEMETEAU G., *Droit médical*, Litec, 1986.

- MEMETEAU G., *La responsabilité civile du médecin*, t.2, Maloine, 1982.
- MIGNON M., *Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et des chirurgiens*, Dalloz, 1950.
- MITZ V., *Le choix d'être belle*, TF1 éditions, 1991.
- MONZEIN P. et BOYER-CHAMMARD G., *La responsabilité médicale*, PUF, 1974.
- NAHON P., *Vaincre la chirurgie esthétique*, Editions du Rocher, 1996.
- OHANA J., *Esthétiquement vôtre*, J.-C. Lattès, 1996.
- PACKARD V., *L'homme remodelé*, Calmann-Levy, 1978.
- PARIENTI I.J., *Médecine esthétique*, Masson, 1995.
- PELTIER L., *Le consentement du patient à l'acte médical*, thèse droit, Aix-Marseille, 1991.
- PENNEAU J., *La responsabilité médicale*, Sirey, 1977.
- PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, thèse droit, Dijon, 1998.
- PY B., *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse droit, Nancy II, 1993.
- ROUGE D., ARBUS L., COSTAGLIOLA M., *Responsabilité médicale de la chirurgie à l'esthétique*, Arnette, 1992.
- SAVATIER R., SAVATIER J., AUBY J.-M. et PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairie technique, 1956.
- STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double sanction de garantie et de peine privée*, thèse droit, Paris, 1947.
- VAN QUICKENBORNE M., *De instemming van de patient in de therapeutische relatie*, RW, 1986.
- VANSWEEVELT T., *La responsabilité des professionnels de la santé*, Waterloo, 2015.
- VILLEY R., *Déontologie médicale*, Masson, 1982.

III. - ARTICLES, ETUDES, CHRONIQUES- ACTES DE COLLOQUE

ANAES, « Information des patients : recommandations destinées aux médecins », in *La revue du praticien, médecine générale*, tome 14, n°501, 22 mai 2000. Préciser initiale du prénom

AUBERT J.-L., « Conclusions sur Cass. Civ. 1, 25 février 1997 », *Defrénois*, 1997, p. 751.

AZQUINAZI-BAILLEUX D., « Un regard sur la prestation de chirurgie esthétique », *Les petites affiches*, 31 juillet 1996, n°92, p.14.

BANZET P., FABRE H., « Responsabilité médicale en chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique (le point de vue de l'expert, le point de vue de l'avocat) », *Médecine et droit*, 1994, n. 5, p.33.

BARRERE A., « Prudence », *Top santé*, décembre 1994, n. 51, p. 52.

BARRET, « Législation de l'expérimentation humaine », *Cours de médecine légale*, université de Grenoble, 25 mars 2006. Préciser initiale du prénom

BENAYON C., « Réflexion sur le devoir d'information en matière de risques thérapeutiques », *Resp. civ et ass.*, mars 1999, p.7.

BESNARD P., « Le devoir d'information du patient », *La revue du praticien. Médecine générale*, T.11, n.365 du 20 janvier 1997, p.22.

BONNEFOUS N., « Chirurgie esthétique, le scandale », *A.J.*, 1994, 44.

BRETON S., « Retour sur l'affaire Hédreul », *Bull. de l'Ordre de médecins*, nov. 2001, p.12.

BYK C., « Le consentement à l'acte médical dans la relation patient-médecin en Europe », in LEMAIRE F., RAMEIX S., GHANASSIA J.-P., *Consentement aux soins : vers une réglementation ?*, Médecine-sciences, Flammarion, 1995, p.32.

GRIMALDI C., « Quand une obligation d'information en cache une autre, inquiétudes à l'horizon », *D.* 2016. 1009.

CHABAS F. in « Le particularisme de la responsabilité en matière de chirurgie esthétique », *La nouvelle presse médicale*, 25 février 1978, p. 675.

CHABAS F., « La responsabilité civile en matière de chirurgie esthétique », *Ann. Fac. Droit Sceaux*, 1977, vol. 9, 9-50.

CHABAS F., « Le corps humain et les actes juridiques en droit français », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'association CAPITANT Henri, T.26, Dalloz, 1975, p.227.

CLEMENT C., « Quelques propos sur le principe du consentement en droit médical et hospitalier », *Les petites affiches*, 24 juin 1996, n°76.

CORNILLE P., « Chirurgie esthétique, objectif zéro défaut », in *L'officiel de la mode*, n° 858, 2001.

DEGAIN J., « Chirurgie esthétique : l'Ordre suggère une obligation de résultat », in *Quotidien du médecin*, n. 6921, 21 mai 2001, p. 10.

DOLL P. J., « L'expertise quant à la responsabilité médicale en matière de chirurgie esthétique », *N.P.M.*, 1980, 9.

DOLL P.-J., « Panorama de la récente jurisprudence française concernant la responsabilité médicale en matière de chirurgie esthétique », *Gaz. Pal.* 1978, 2, 650.

DORSNER-DOLIVET A., « Les aspects juridiques de la chirurgie esthétique », *La revue de chirurgie esthétique de langue française*, septembre 1994, 43.

DORSNER-DOLIVET A., « Responsabilité du chirurgien : les dangers de la faute virtuelle », *P.M.*, 1984, 13, n°42.

EIGNY V., « Responsabilité contractuelle et force majeure », *RTD civ.*, 1935, 19.

ESMEIN P., *L'obligation et la responsabilité contractuelle*, Mél. Ripert, 1950, t. II, 101. Compléter éditeur

FABRE H., « Chirurgie esthétique : le patient devient un consommateur averti et responsable », *Gaz. Pal.* 25 octobre 1997, p. 1379.

FABRE-MAGNAN M., « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G.* 2016,706.

FOLLEA L., « Un quart des chirurgiens esthétiques seraient compétents », *Le Monde*, 9 février 1995, p. 13.

FOLLEA L., « L'Ordre des médecins dénonce une publicité télévisée pour la chirurgie esthétique », *Le Monde*, 24 janvier 1995, p. 11.

FORCEVILLE X., LELOUP E., OXEDA C., « La faute en droit médical », *Cahiers d'anesthésiologie*, t.39, n°7, 1991, 499.

- GARAY A., « Consentement aux actes médicaux et droits des patients », *Gaz. Pal* 1999, p. 27 (numéro spécial sur le colloque : *Le consentement aux actes médicaux*).
- GASTINEL E., « Libres propos sur l'AMM et le CCP des médicaments », *Gaz. Pal.*, 12 juillet 1995, 12.
- GOBERT M., « Le transsexualisme, fin ou commencement ? », *JCP* 1988, I, 3361.
- GOUESSE E., « Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation », *Petites affiches*, 25 janvier 2000, n° 17, p. 16.
- GRIMALDI C., « Quand une obligation d'information en cache une autre, inquiétudes à l'horizon », *D.* 2016. 1009.
- GROMB S., « L'expert, consentement aux actes médicaux », *Gaz. Pal.*, numéro spécial, 1999, 1.
- GROMB S., « La responsabilité médicale en crise », in *JMLDM*, 1998, vol. 41, n.1.
- HARICHAUX-RAMU M., « L'obligation du médecin de respecter les données de la science », *JCP* 1987, I, 3306.
- HARICHAUX-RAMU M., « Santé : Responsabilité du médecin : Principes généraux », *Jurisclasseur, responsabilité civile*, art. 1382 à 1386, fasc. 440-1.
- HERVET E., « Transsexualisme, actualité du problème médico-légal », *Bull. acad. nat. méd.*, 1980, 164.
- HOCQUET-BERG S., « Les médecins sont tenus d'une obligation de sécurité-résultat », *Gaz. Pal.* 7-8 mai 1999, doctr. p. 22.
- JOURDAIN P., « L'évolution de la jurisprudence judiciaire et l'indemnisation des accidents médicaux », in *L'indemnisation des accidents médicaux*, LGDJ, Bib. Dr. priv., t. 289, 1997, p. 25 et s.
- LACHAUD Y., « La mise en œuvre de l'action en responsabilité civile médicale après la loi du 4 mars 2002 », *Droit et patrimoine*, janv. 2003, p.95-104.
- LAMAR M.-J., « Aléa thérapeutique : vers une meilleure réparation », *Médecine et Droit*, n°54, 2002, p. 7.
- LAMBERT-FAIVRE Y., « La réparation de l'accident médical : obligation de sécurité : oui ; aléa thérapeutique : non », *D.* 2001, chr., p. 570.
- LAMBERT-FAIVRE Y., « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p.9 .

- LANGLOIS J., « L'Ordre des médecins : moraliser la profession et en restaurer l'image », in *Quotidien du médecin*, n. 7288, 6 mars 2003.
- LELED Y.-H. et GENICOT G., « La maîtrise de son corps par la personne », *J.I.*, 1999, p. 591.
- LINOSSIER L., « *Le transsexualisme* : esquisse pour un profil culturel et juridique », *D.* 1981, chr. 139.
- MARTON G., « Obligations de résultat et obligations de moyens », *RTD civ.* 1935, p. 499.
- MATEU J., GIORDANO P., LAURENT B., ROUIF M., « Le corps transformé. Pouvoir de la chirurgie-devoir du médecin », *Revue droit et santé*, septembre 2005 n.5, p.394.
- MAZEAUD D., « Le régime de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 23 septembre 1997, p. 1201.
- MAZEAUD H., « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extracontractuelles ; obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence », *RTD civ.*,1936. 1.
- MEKKI M., « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.* 12 avr. 2016.
- NERSON R., « L'influence de la biologie et de la médecine sur le droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, 663.
- NICOLETIS C. et L., « Publicité et responsabilité médicale en chirurgie esthétique », *Ann. Chir. Plast. Esth.*1990, 35, 1.
- PANSIER F.-J., « Consentement à l'hôpital », *Gaz. Pal.* 1999, numéro spécial sur le colloque : *Le consentement aux actes médicaux*, p.13.
- PANSIER J.-F. et SKORNICKI F., « La faute et l'accident en matière de responsabilité médicale », *Gaz. Pal.* n° Droit de la santé, 23-24 oct. 1998, p. 11.
- PENNEAU J., « Protection de la personne dans le domaine de la recherche médicale », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 50, n°2, avril-juin 1998.
- PENNEAU J., « Le consentement face au droit de la responsabilité », colloque CAM 98, 28 mai 1998, Paris.
- PETIT J., « L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, 263.

- PLANCQUEEL A., « Obligations de moyens, obligations de résultat (essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution) », *RTD civ.* 1972, 334.
- POINSOT O., « Quand l'urgence rencontre les lois bioéthiques - l'acte médical urgent et l'article 16-3 du Code civil », *L'urgentiste*, 1995.
- RASSAT M.-L., « Sexe, médecine et droit », *Mélanges Raynaud*, Dalloz 1985, 651.
- REGNIER M., « Etude de motivation à une intervention de chirurgie esthétique, proposition pour la mise en place d'un test d'orientation », dans FAIVRE J.-M., *Chirurgie esthétique*, Mondaine, Paris, 1992, p. 445.
- REMY Ph., « Critique du système français de responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK*, 1997, 49.
- REMY Ph., « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p.323.
- ROUGE D., COSTAGLIOLA M., ARBUS L., « La responsabilité en chirurgie esthétique », *Nouvelle revue de médecine de Toulouse*, 1984, p. 461.
- SAMARRITO, « Internet entre information et publicité », *Quotidien du médecin*, 6 mars 2003, p.10.
- SARGOS P., « Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale », *D.* 1996, chron., p. 367.
- SAVATIER R., « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *D.* 1970, 123.
- SCHAMPS G., « Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé », in *Memento des droits du patient et de la responsabilité médicale*, p.51.
- SUTTON G., « Transsexualisme et changement juridique d'état », in *Le transsexualisme*, Masson, 1984, 113.
- THOUVENIN D., « Le rôle du consentement dans la pratique médicale », *Médecine et droit*, mai/juin 1994, n°6.
- THOUVENIN D., « Le transsexualisme, une question d'état méconnu », *Rev. dr. sanit. et soc.*, 1979,291.
- TRUCHET D., « Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable à la réparer », *RDSS*, 29 janvier et mars 1993, p. 7.

TUNC A., « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, 449.

TUNC A., « La responsabilité civile », *in deuxième congrès international de Morale médicale*, Paris, 1966, p. 78.

VINEY G. et JOURDAIN P., « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », *JCP G* 1997, I, 4016.

IV- Ressources électroniques

<http://alliance-juris.forumpro.fr>

<http://archives.lesoir.be>

<http://bodyline.chez.com>

<http://hopitext.chez.com>

<http://lentreprise.lexpress.fr>

<http://savoir.fr>

<http://www.actuparis.org>

<http://www.assembléenationale.fr>

<http://www.cerbafaso.org>

<http://www.chirurgie-esthetique-pierre-nahon.fr>

<http://www.chirurgies.fr>

<http://www.chumontpellier.fr>

<http://www.continentalnews.fr>

<http://www.gmcuk.org/>

<http://www.juricaf.org>

<http://www.jurisques.com>

<http://www.justice.gouv.fr>

<http://www.justice.gouv.sn>
<http://www.lejdd.fr>
<http://www.lexalert.net/fr>
<http://www.lucas-baloup.com>
<http://www.medecine.unige.ch>
<http://www.medileg.fr>
<http://www.mr.be>
<http://www.nicoledelepine.fr>
<http://www.persee.fr>
<http://www.plastic-surgery.ch>
<http://www.sante.gouv.fr>
<http://www.sénat.fr>
<http://www.slate.fr>
<https://kce.fgov.be>
<https://www.legifrance.gouv.fr>
<http://www.courdecassation.fr>
www.conseil-national.medecin.fr

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

A

- accident médical, 122,216,219,221
- acte chirurgical esthétique, 28,45,68,78,84,97,120, 124,125,171, 179, 181,208,246, 319
- aléa thérapeutique, 122,142, 146, 147, 148,192,198, 200,201, 202, 242, 250,257,258, 266, 267, 271, 280, 281, 282, 292, 303, 332- 333
- amélioration de la morphologie, 10, 55, 119, 123, 211, 283, 295, 329, 335, 416
- annonces publicitaires, 361,363,374
- anormal, 43, 145, 147
- articles élogieux, 362, 363
- autorisation préalable, 348, 406, 408
- avantages, 32, 121,123,124, 125, 128, 130, 132, 133, 164, 165, 178, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 199, 203, 205, 210, 272, 274, 484, 488, 324, 382

B

- bilan, 77,115, 119, 121, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130,131,132, 148, 157, 164, 165, 185, 186, 191, 193, 195, 196,203, 310, 269, 294,316, 324

C

- *canons de beauté*, 4, 5, 174, 183, 360, 419
- caractère facultatif,10, 25, 34,119,270, 272, 284, 318
- cas de rattachement, 333
- castration, 355, 356, 357
- charge de la preuve, 101,106, 107, 108, 112, 113, 114, 226, 228
- compétence du chirurgien esthétique, 285,292, 329,424

- complications, 10,22, 36, 38,39,43,61, 86,91, 97,108,146, 152,171,292, 375
- confusion, 122,123,124,126,132,213,269,270, 273, 274, 282,286,295,296,297,304,306,311, 321,322,359
- consentement
éclairé - préalable, 12,17,22,23,28,38,46,50,54,58, 60, 68, 85,92, 93, 103, 393,394, 395, 396, 399, 400, 411, 412, 425
- *contrat esthétique*, 284, 286,318,329, 334
- *contrat médical*, 204,206, 238,239,240,252,258, 265,286,291, 303,317,318

D

- défectuosité des appareils, 249
- délit d'atteintes involontaires à l'intégrité de la personne, 385
- délit de mise en danger d'autrui, 382, 384
- délit de prescription et d'administration d'hormones, 356
- délit de tromperie aggravée, 381, 383
- diagnostic, 23, 61, 151,154, 155, 157,218, 219, 240, 255, 275,351,353,364,392,398
- diligence, 23,92,125,205, 224, 225, 226, 227, 235, 271, 272, 273, 384
- disproportionnalité, 125
- dommage
certain incertain éventuel, 135, 136, 139,143,145, 146,147,192,195, 202,250
- dommages exceptionnels, 147, 331, 332

E

- émissions télévisées, 368,368, 377

- exactitude du geste médical, 259, 261, 262
- expérimentation scientifique, 168,176, 178, 330, 335, 387,388,389,390,391,392,394, 395,396,400, 402,404, 406,408, 409,410, 411,412, 413, 414, 415,416,417

F

- faute extracontractuelle,317,320,321, 322, 324, 325,329, 331, 332, 334
- faute lourde,243, 372
- faute simple, 243
- faute virtuelle, 242,244,245,246, 262,271, 300,333
- fourniture des produits, 249
- fragilité, 36,98,129,130,144,163,165, 252,260, 261,264, 274, 278,287,423

I

- illégitimité de l'opération, 192,193,273
- implants, 249
- inconvénients, 32,38,39,46, 97, 125, 134, 190, 199,353
- indemnisation, 108,213,215,216,219, 221, 241, 242, 245, 246,251,252,253,258,259,260,261, 266, 278, 297, 299, 301, 303, 305, 306,307,317, 324, 331, 332, 333,334,410
- inexécution de l'obligation contractuelle., 320,321, 332
- infections nosocomiales, 144, 215,216,218, 220, 221,260
- information complète, 23,34,47,52,58, 84,87,93, 100,107,114,149,292,394
- information préalable, 23,27,61,348, 351, 354, 394, 397
- intérêt thérapeutique, 57, 59, 167,352

- intervention chirurgicale esthétique, 8,10,24,25,28, 31,34,38,58,63,67,85,87,96,98, 107,118,119,120,124,126,160,165,169,172,188, 198, 200,211,212,213,248,270,271, 272,273, 282,283,287, 293,317, 318, 319, 321, 330, 331,334,335,359,366, 387,388,416,417,422,423
- inviolabilité du corps humain, 10,28,54,60,166

L

- l'expérimentation scientifique, 168, 177,178,330, 335,387,388,389, 390, 391,392,393,394, 395, 396, 400, 402,404, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415,416,417
- L'obligation d'information, 10,12,17,23, 27,28, 34, 35, 39, 41,42, 46, 47, 48, 50, 53, 54, 56, 76, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 89, 90, 93, 94, 95, 101, 103, 104, 107, 112, 113, 115, 118, 199,211, 280, 353, 354, 420
- légitimité de l'intervention, 25, 118,119,120, 121, 123, 124, 125, 132, 138, 139, 140, 144, 165, 188, 196, 203, 207, 324, 422
- lettres personnalisées, 362, 379
- lien de causalité, 238, 242, 260, 266, 271, 276, 277, 279, 281, 297, 300, 307, 325,356, 357

M

- maladresse, 246, 251, 255, 262, 263, 333, 385
- manquement de succès, 320
- matériel, 3, 23, 33, 175, 183, 225, 249, 256, 261, 268, 328, 364, 405
- motif, 36, 37, 42, 171, 172, 180, 255, 290, 342, 404
- motivations,36, 37, 97, 162, 170, 185, 195, 199, 274, 342,425

- mutation, 121, 213,229, 237, 240, 241, 252, 256, 256,261, 274, 286, 299,300, 417, 422

N

- nature non curative, 10, 26, 35, 123, 147, 211, 212, 425
- nécessité thérapeutique, 12,46,55,59,107,123,127, 130, 142,167,171, 172, 181, 186, 192, 213, 242, 248, 270, 271, 277, 283, 288, 327, 359, 388, 390, 398, 416, 417, 422
- notions vagues, 126, 306
- nouvelle technologie, 364, 365

O

- obligation accessoire, 229, 231, 254, 256, 257,258, 266, 303
- obligation de moyen renforcée, 92, 271
- obligation de moyens, 86, 92
- obligation de prudence, 92, 189, 191, 192, 205, 224, 272, 273, 274, 276, 280, 284
- obligation de résultat, 87, 88, 89, 90, 92, 213, 225, 235, 241, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 255, 257, 265, 266,270, 284, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 298, 302, 319, 333
- obligation de sécurité, 213, 22,223,231, 233,234, 235, 236,237,241, 249, 252,253,254,255,258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266,267,270,303, 304,307, 326, 333
- obligation principale,231, 236, 240,253, 254, 257, 258, 259, 265, 266, 267
- obligations de sécurité circonstanciées, 258, 259,2303
- obsession de beauté, 26, 174,189,360,361,375, 423
- opération dangereuse, 142, 188, 189, 327

P

- perfectionnement,5,10,124,172, 175, 374, 421, 422, 423
- *personne de confiance*, 59,68, 73, 74, 399,400
- perte d'une chance, 277,279,300,333
- première consultation, 17, 22, 198, 199, 210
- présomption de faute, 244, 245,272
- *promoteur*, 178, 395,408,410,415
- proportionnalité, 121, 123, 125,127, 132, 186, 188, 196,206, 274, 285,288
- prothèses, 285, 288, 243,246, 247, 249, 336, 362
- publication de livres, 367
- *publicité*, 5,13,14,17,19,21,23,29, 176, 182, 183,184, 286, 291,358,359,360,361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 372, 373, 374,375,377, 378, 380, 381, 382, 384, 385, 386, 387, 416, 417, 420, 424
- *publicité mensongère*, 184, 291,335, 358,359, 381,382,384

R

- recherche biomédicale, 392, 407, 412, 413, 414, 415
- remodelage sexuel, 335,3336,337,338, 339, 340 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 35, 351, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 416, 417
- *renforcement*, 104,114, 244, 271, 272, 273, 274, 276, 282
- réparation, 7,9,21,135,216,219, 220, 226, 230, 236,237, 239,257,259,260,277, 278, 281, 306, 307, 310, 312, 315, 316, 324, 333
- responsabilité civile, 30,135, 212, 213, 215, 278, 297, 304, 305, 306, 309, 321, 331, 332, 335, 355, 372, 390, 409, 415, 416, 417

- responsabilité contractuelle, 23,222,230 ,235,236,
237, 238, 250, 277, 305, 306, 307, 309, 310, 311,
313, 315, 316, 318, 319,320,321, 322, 332, 333,
334
- responsabilité délictuelle, 235,237,238,239,
306,309,310, 313, 314,314
- responsabilité médicale, 110,114,225,229,230,
237, 238,240, 242, 243, 244, 246, 248, 252, 253,
354, 257, 258, 259,261, 263, 266, 269, 282, 298,
302, 305
- responsabilité pénale, 14, 23, 212, 334, 335, 336,
350, 355, 357, 358, 390, 409, 410, 42, 416, 417
- résultat esthétique, 92, 283, 287, 288, 289, 290,
291, 295, 320, 333
- rigueur, 28,
- *risques*
cicatriciels - psychologiques - graves -
exceptionnels - normalement prévisibles, 41, 42,

S

- sécurité du patient,19, 190, 237, 256, 326
- *sécurité-résultat, 255, 260, 266, 267, 268, 269*
- *simple fait, 20, 251*
- société-écran, 369, 378
- *soins, 5,6,12,19,41,42,46,54,60, 61, 63, 71, 83, 86,*
87, 95, 219, 227, 228, 238, 239, 240, 242, 246,
249, 250, 253, 254, 256, 258, 260, 262, 266, 267,
269, 270, 273, 276, 283, 292, 295, 303, 318, 320,
324, 329, 335, 349, 353
- *subtilité*
qualitative - quantitative, 35, 36,40

T

- télé-réalité, 371
- titres solennels, 364
- transsexualisme, 336, 342, 343, 345, 346, 352, 353

V

- *volonté des parties, 232, 248, 250*

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	9
PRINCIPALES ABREVIATIONS	11
INTRODUCTION	14
CHAPITRE PRELIMINAIRE ELEMENTS DE DROIT COMPARE.....	29
§1. La chirurgie esthétique en Belgique	29
§2. La chirurgie esthétique en Angleterre.....	34
§3. La chirurgie esthétique aux Pays-Bas.....	36
§4. La chirurgie esthétique en Allemagne	37
§5. La chirurgie esthétique en Suisse	39
PARTIE I LA LOGIQUE OBLIGATIONNELLE JUXTAPOSEE AU PROCESSUS DECISIONNEL EN CHIRURGIE ESTHETIQUE.....	48
TITRE I L'INFORMATION MESUREE A LA SPECIFICITE DE LA CHIRURGIE ESTHETIQUE	50
CHAPITRE I EXHAUSTIVITE DE L'INFORMATION.....	54
SECTION I EXHAUSTIVITE SUR LE PLAN ADMINISTRATIF.....	55
SECTION II EXHAUSTIVITE SUR LE PLAN TECHNIQUE	58
CHAPITRE II SUBTILITE DE L'INFORMATION	61
SECTION I SUBTILITE QUALITATIVE.....	61
§ 1. Subtilité qualitative d'ordre psychologique	61
§ 2. Subtilité qualitative d'ordre médical.....	63
SECTION II SUBTILITE QUANTITATIVE.....	65
§1. Le critère du risque à révéler en médecine curative	66
§2. Spécificité de l'information sur les risques en matière de chirurgie esthétique	69
CHAPITRE III INFORMATION PERSONNALISEE.....	76
SECTION I LE REVELATEUR DE L'INFORMATION	76
§1. Révélation parallèle	76
§2. Révélation interne.....	78
SECTION II LE RECEPTEUR DE L'INFORMATION	79
§1. Principe : le patient, récepteur personnel de l'information	79
§2. Les exceptions	81
A. Exceptions extrinsèques.....	81

B. Exceptions intrinsèques.....	88
1° Le patient mineur.....	89
2° Le patient incapable majeur.....	91
3° Limitation volontaire et préalable du patient.....	96
4° Personne de confiance.....	97
5° Les dysmorphophobes.....	98
CHAPITRE IV INFORMATION INTENSE.....	100
SECTION I INTENSITE AU NIVEAU DE LA QUALIFICATION DE L'OBLIGATION	100
§1. Intensité au niveau de la nature juridique	100
A. Intensité quant à la source.....	100
B. Intensité quant à la responsabilité	103
1° Obligation de résultat	104
2° Obligation de moyens.....	107
§2. Intensité au niveau des caractères.....	108
A. Intensité quant à la source et la dénomination	108
B. Intensité quant au fond.....	110
SECTION II INTENSITE AU NIVEAU DE LA PREUVE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION.....	113
§1. Modes de preuve.....	113
A. Règles générales applicables aux modes de transmission de l'information.....	113
B. Dispositions spéciales portant des limites aux modalités d'information.....	114
§2. Charge de la preuve	116
A. Evolution jurisprudentielle.....	116
B. Moyens de preuve	119
1° Exigence, privilège ou intérêt d'une information écrite ?.....	119
2° Place des autres moyens de preuve.....	121
TITRE II LA DEMARCHE VERS LA DECISION D'OPERER MESUREE A LA SPECIFICITE DE L'INTERVENTION EN CHIRURGIE ESTHETIQUE.....	124
CHAPITRE I LA DEMARCHE PREALABLE A L'INTERVENTION : REGLES APPLIQUEES PAR LA JURISPRUDENCE ET APPROCHE PERSONNELLE.....	126
SECTION I POSITION DE LA JURISPRUDENCE	126
SECTION II APPRECIATION CRITIQUE	127
CHAPITRE II LE PROCESSUS DE FOCALISATION	132
SECTION I FOCALISATION DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DES BILANS.....	132

§1. Bilan de succès par rapport au risque d'échec	133
§2. Bilan des avantages par rapport au risque de dommages.....	134
A. Détermination	134
B. Catégorisation des risques de dommages.....	136
1° Dommage certain	137
a) Dommage temporaire et dommage permanent.....	137
b) Dommage minime et dommage grave	138
2° Dommage éventuel.....	140
3° Dommage incertain	142
SECTION II METHODES DE FOCALISATION DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DES BILANS	144
§1. Méthodes d'ordre médical	145
A. Consultations ou examens cliniques	145
B. Les indicateurs opératoires nécessaires.....	147
C. Les photographies	148
§2. Méthodes d'ordre personnel et psychologique	148
A. L'interrogatoire.....	149
B. L'entretien avec un psychiatre	150
CHAPITRE III LE PROCESSUS D'APPRECIATION	152
SECTION I LA NOTION D'UTILITE, MESURE DU BILAN DE SUCCES PAR RAPPORT AU RISQUE D'ECHEC	152
§1. La notion d'utilité en chirurgie générale : utilité thérapeutique.....	153
§2. La spécificité de la notion d'utilité en chirurgie esthétique	155
A. Facteurs intrinsèques.....	156
B. Facteurs extrinsèques	160
§3. La notion d'inutilité de l'intervention en chirurgie esthétique	161
A. L'expérimentation scientifique	162
B. Le résultat minime	164
C. Le résultat incertain.....	165
D. La publicité	167
SECTION II LA DISPROPORTION, LIGNE DE DEMARCATION ENTRE LA LEGITIMITE ET L'ILLEGITIMITE DE L'INTERVENTION	169
§1. La disproportion, mesure d'illégitimité	170
A. Disproportion manifeste.....	170

B. Disproportion incluse	173
§2. La disproportion, mesure de légitimité	175
CHAPITRE IV LE PROCESSUS DECISIONNEL	178
SECTION I LE PREALABLE A LA DECISION	178
§1. Les préliminaires nécessaires	178
§2. L'intervention chirurgicale esthétique et l'aléa thérapeutique.....	182
SECTION II L'IMPACT DU PROCESSUS D'APPRECIATION SUR LA DECISION FINALE	
.....	183
§1. En cas d'abstention.....	183
§2. En cas d'intervention.....	185

PARTIE II LA LOGIQUE DE RESPONSABILITE MESUREE A LA NATURE ET A LA FINALITE SPECIFIQUES DE L'INTERVENTION CHIRURGICALE ESTHETIQUE 189

TITRE I LA RESPONSABILITE CIVILE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE..... 191

CHAPITRE I ANALYSE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DIRECTE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE	193
SECTION I LES PALLIATIFS A LA RESPONSABILITE DIRECTE	193
§1. Les organes spécifiques	194
§2. Le domaine d'application de la loi	195
SECTION II OBLIGATIONS DE MOYENS, DE RESULTAT ET DE SECURITE.....	199
§1. Histoire des concepts	199
A. La célèbre distinction : obligation de moyens / obligation de résultat	200
B. Origine de l'obligation contractuelle de sécurité.....	207
1° Portée de l'obligation contractuelle de sécurité.....	208
2° Répercussions de l'obligation de sécurité.....	210
§2. Histoire de la responsabilité contractuelle médicale.....	213
SECTION III TRANSPOSITION DES REGLES GENERALES AU CHAMP DE LA CHIRURGIE GENERALE	218
§1. Obligation de moyens « spécifiquement conçue »	219
A. Assouplissement de la notion de faute	220
B. Théorie de la faute virtuelle ou incluse	222
§2. Obligation de résultat « limitativement conçue »	224
A. Extension exceptionnelle vers une obligation de résultat	224

B. Absence d'affirmation générale d'une obligation de résultat	231
§3. Labyrinthe de l'obligation de sécurité	235
A. Diversité controversée quant à l'adoption de l'obligation de sécurité	236
1° Affirmation d'une obligation de sécurité par les juridictions de fond	236
2° Maintien du fondement classique par la Cour de cassation	239
3° Adoption d'obligations de sécurité circonstanciées.....	242
a) Infection nosocomiale	243
b) Exactitude du geste médical.....	247
B. Diversité controversée quant à la nature de l'obligation de sécurité et ses critères.....	249
1° Quant à la nature de l'obligation de sécurité	249
2° Quant aux critères de l'obligation de sécurité-résultat	252
SECTION IV TRANSPOSITION ADAPTEE A LA SPECIFICITE DE LA CHIRURGIE ESTHETIQUE	255
§1. Obligation de moyen renforcée	256
A. Extension de la notion de faute	257
B. Extension de la notion du lien de causalité	262
1° La perte d'une chance.....	262
2° Le manquement aux obligations morales	264
§2. Répartition de l'obligation du chirurgien esthétique	267
A. Eléments justificatifs de la théorie de répartition des obligations	268
B. Diversité des critères de distinction	271
1° Distinction selon la nature de l'intervention.....	272
2° Distinction selon les aspects de l'intervention.....	273
CHAPITRE II CRITIQUE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DIRECTE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE	277
SECTION I DISCUSSION	277
§1. Explication de la position « confuse » de la jurisprudence.....	278
A. « <i>Déformation</i> » de l'obligation de moyens mutée	279
B. « <i>Ambiguïté et instabilité</i> » dans la transposition de l'obligation de résultat	280
C. Le « labyrinthe » de la mutation de l'obligation de sécurité	281
§2. Raisons favorisant la position confuse de la jurisprudence	283
SECTION II PROPOSITIONS	288
§1. Particularisme de la responsabilité contractuelle	288
§2. Régime spécifique de la responsabilité du chirurgien esthétique	292

A. Portée de la responsabilité contractuelle en chirurgie esthétique	293
B. Maintien de la faute extracontractuelle en chirurgie esthétique	297
1° Cadre de la faute extracontractuelle en chirurgie esthétique	297
2° Portée de la notion de faute extracontractuelle en chirurgie esthétique	299
C. Indemnisation automatique liée à des cas de rattachement	303
TITRE II LA RESPONSABILITE PENALE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE	308
CHAPITRE I RESPONSABILITE PENALE EN CAS DE REMODELAGE SEXUEL	311
SECTION I LICEITE DE L'OPERATION DE REMODELAGE SEXUEL	312
§1. Reconnaissance jurisprudentielle en France	313
A. Positions contrastées antérieures à la date du 11 décembre 1992	313
B. A partir du 11 décembre 1992 : reconnaissance de l'opération de remodelage sexuel	319
§2. Reconnaissance législative en droit comparé.....	320
SECTION II INCRIMINATION DE L'OPERATION DE REMODELAGE SEXUEL	323
§1. Conditions de licéité	323
§2. Infractions imputables au chirurgien esthétique	326
CHAPITRE II RESPONSABILITE PENALE DU CHIRURGIEN ESTHETIQUE EN CAS DE PUBLICITE	331
SECTION I MOYENS PUBLICITAIRES UTILISES	332
§1. Moyens publicitaires directs	333
§2. Moyens publicitaires indirects.....	338
SECTION II CONDAMNATION DU RECOURS A LA PUBLICITE.....	343
§1. Condamnation professionnelle	344
A. Prohibition professionnelle du recours à la publicité	344
B. Sanctions disciplinaires appliquées	346
§2. Condamnation pénale	349
A. Infractions imputables au chirurgien esthétique.....	349
B. Poursuites pénales exercées à l'encontre des chirurgiens esthétiques	355
CHAPITRE III RESPONSABILITE PENALE EN CAS D'EXPERIMENTATION SCIENTIFIQUE	358
SECTION I CONDITIONS DE LICEITE DE L'EXPERIMENTATION SCIENTIFIQUE.....	360
§1. Conditions intrinsèques : consentement de la personne.....	362
A. Un consentement éclairé	362
B. Assouplissement des règles de consentement	363
§2. Conditions extrinsèques.....	365

A. Conditions relatives à la recherche	366
B. Conditions relatives aux dispositions administratives requises	368
SECTION II CONDAMNATION DE L'EXPERIMENTATION ILLICITE.....	370
§1. Indemnisation des dommages	371
§2. Condamnation pénale	372
CONCLUSION GENERALE.....	377
ANNEXES	386
BIBLIOGRAPHIE I. OUVRAGES GENERAUX.....	480
II. OUVRAGES SPECIAUX ET THESES.....	482
III. - ARTICLES, ETUDES, CHRONIQUES- ACTES DE COLLOQUE	485
IV- Ressources électroniques	490
INDEX ALPHABETIQUE	492
TABLE DES MATIERES.....	497