



Collection Université

LE DROIT MÉDICAL EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Coordonné par

Guy Agniel, Antoine Leca, Gérard Orfila



SCÉDÉO
CDP
NOUVELLE-CALÉDONIE

Préface du Dr. Frédéric Vangheluwe,
Président de l'Organe de l'Ordre des Médecins de Nouvelle-Calédonie

**LE DROIT MÉDICAL
EN NOUVELLE-CALÉDONIE**

LES ÉTUDES HOSPITALIÈRES ÉDITION remercie les auteurs, et notamment l'Ordre des Médecins de la Nouvelle-Calédonie qui a initié la réalisation de cet ouvrage en 2005 et autorisé gracieusement sa numérisation au sein de la Bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a) d'une part que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite" (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

DÉPARTEMENT DROIT DE L'UNIVERSITÉ
DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE
CENTRE DE DROIT DE LA SANTÉ DE L'UNIVERSITÉ
PAUL CÉZANNE D'AIX-MARSEILLE III

LE DROIT MÉDICAL EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Coordonné par

G. AGNIEL, A. LECA, G. ORFILA,

avec la participation de N. CLINCHAMPS, A.M. GILLES,
P. JEAN, Th. GRANIER, N. BESCOND

Préface

Dr. F. Vangheluwe

*Président de l'organe de l'Ordre des Médecins
de Nouvelle-Calédonie*

Centre de Documentation Pédagogique de Nouvelle-Calédonie
Nouméa
- 2005 -

AVERTISSEMENT

Le droit médical en Nouvelle-Calédonie est une matière d'appréhension délicate. Cela s'explique par l'absence sur le territoire d'un véritable code de la santé publique et par l'extrême difficulté à laquelle on se heurte pour inventorier les textes applicables.

Du fait du vieux principe de spécialité législative, initialement conçu pour les colonies, puis adapté aux Territoires d'Outre-Mer, les textes métropolitains ne sont pas systématiquement applicables et leur transposition n'est pas toujours opérée avec toute la clarté escomptée.

On en donnera pour exemple la loi métropolitaine n° 2002-303 du 4 mars 2002, rendue partiellement applicable à la Nouvelle-Calédonie par l'ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003. En son art. 10 I, celle-ci transpose en ces termes le contenu des nouveaux articles L. 1110-1 à L. 1110-11 du code de la santé publique métropolitain : "Les dispositions suivantes du chapitre préliminaire du titre Ier du livre Ier de la présente partie sont applicables en Nouvelle-Calédonie :

- la première phrase de l'article L. 1110-1 ;
- les articles L. 1110-2 et L. 1110-3 ;
- l'article L. 1110-4, à l'exception de la dernière phrase de l'alinéa 4 ;
- les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 1110-5, à l'exception des mots : *ni des dispositions du titre II du livre Ier de la présente partie du présent code...etc....*"

Il en résulte que la simple reconstruction des textes pose parfois des problèmes, car il arrive que ces véritables puzzles ne puissent pas être reconstitués.

La difficulté s'accroît encore lorsqu'on découvre que si un pan de la loi a bien été à peu près complètement transposé, on a omis son décret d'application, ce qui rend le texte légal inapplicable. Tel est le cas pour les chambres de discipline de l'Ordre - la Polynésie étant exactement dans le même cas¹.

Par ailleurs, les nouvelles compétences institutionnelles de la Nouvelle-Calédonie en matière de santé imposent aujourd'hui d'opérer en outre des recherches locales. Or les fascicules du *Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie* antérieurs au 4 janvier 2000 ne sont pas accessibles sur site électronique gouvernemental <http://www.juridoc.gouv.nc> et l'Université de Nouvelle-Calédonie et sa bibliothèque sont de fondation récente. Il a fallu rechercher certains exemplaires ...aux *Archives de la France d'Outre-Mer*, à

¹ Ceci a conduit l'Ordre des Pharmaciens de la Polynésie française à conclure un protocole d'accord avec le Haut Commissariat, destiné à permettre la mise en place d'une chambre de discipline locale. Des élections ont eu lieu le 31 mars 2005.

Aix-en-Provence. Car certains textes sont fort difficiles à trouver, par exemple le décret Moutet² du 30 décembre 1936, publié au J.O.R.F.³, au J.O.N.C. et inséré au Bulletin officiel de feu le ministère des colonies. C'est le seul texte régissant localement l'assistance psychiatrique (car ni la loi Esquirol de 1836, ni la loi Evin de 1990 n'ont jamais été rendus applicables sur le Territoire).

C'est la raison pour laquelle, malgré tout les soins qu'il y a été apporté, des lacunes peuvent subsister dans cet ouvrage. Le lecteur est invité à les communiquer à notre secrétariat : caledonaix.cdsa@univ.u-3mrs.fr

G. AGNIEL, A. LECA, G. ORFILA

² Du nom de Marius Moutet (1876-1968), alors ministre des Colonies (1936-1938), qui devint plus tard ministre de la France d'outre-mer (1946-1947).

³ J.O.R.F., 1^o janvier 1937, pp. 167-171.

PREFACE

Par

Dr Frédéric Vangheluwe

Président de l'Organe de l'Ordre de Nouvelle Calédonie :

Les études de Médecine sont longues et difficiles, mais à chaque étape de notre apprentissage nous éprouvons des sentiments, des sensations très fortes qui, pour la très grande majorité d'entre nous, nous confortent dans notre vocation.

Puis, au tout début de notre carrière, nanti de notre titre de Docteur en Médecine, nous constatons que la "science médicale" n'est qu'une partie de l'ensemble qui nous est nécessaire pour l'exercice de notre art. D'autres disciplines, dont le "droit médical", sont devenues aujourd'hui incontournables.

La place du droit médical, dans le cadre de nos pratiques s'est instituée dans l'intérêt de la société mais également et surtout dans celui du patient et bien évidemment dans l'intérêt du médecin.

Le droit, comme les données médicales, évolue et s'affine avec le temps. Cette évolution des règles se traduit dans de nombreux domaines et surtout dans celui de la responsabilité médicale. Ces règles, souvent craintes par les professionnels de santé sont en fait des aides précieuses qui doivent nous assister dans notre exercice quotidien.

Associée au droit médical, se place la déontologie médicale qui s'impose à tout médecin quel que soit son statut. Elle est contenue dans un code. Ce code est un code d'honneur, qui traduit notre sens du devoir et de dévouement vis à vis des confrères, des patients et de la santé publique.

Connaître la déontologie et le droit médical permet de travailler en confiance, selon des règles simples, qui, c'est vrai, varient d'un pays à l'autre. Le droit médical et le code de déontologie de Nouvelle Calédonie sont différents de ceux de la métropole.

Le statut de la Nouvelle Calédonie a lui aussi évolué ces quinze dernières années.

M Pierre Garcia disait à propos du code du travail de Nouvelle-Calédonie dans le journal *Les Nouvelles Calédoniennes* le 9 octobre 2004, que le droit du travail est inaccessible et illisible. Inaccessible car le recueil qui compile toutes les normes de droit (..) n'a pas été mis

à jour depuis de nombreuses années et illisible car les textes ont été pour la plupart modifiés. Il faut donc effectuer un travail considérable pour mettre à jour l'existant.

Au niveau du conseil de l'Ordre nous avons souvent été confrontés à ce problème, les textes de santé publique auxquels nous nous référons, textes qui définissent la base de notre exercice, étaient-ils applicables ? Lors d'une rencontre avec Monsieur le Professeur LECA, nous lui avons exprimé nos difficultés. Après avoir contacté le département de droit de l'université de la Nouvelle-Calédonie, il nous a proposé de coordonner un travail, ce travail considérable qui tente de mettre à jour l'existant. C'est donc spontanément que l'Ordre des médecins de Nouvelle-Calédonie s'est proposé pour commanditer et financer ce travail

Nous sommes aujourd'hui heureux de vous présenter ce livre et remercions Antoine LECA, Directeur du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille, Gérard ORFILA, Directeur honoraire du département droit économie-gestion de l'Université de Nouvelle-Calédonie, Guy AGNIEL, Professeur à l'U.N.C. et Directeur-adjoint dudit département, Thierry GRANIER, Professeur à l'université d'Orléans, Patrice JEAN, Directeur du Centre d'Études et de Recherches juridiques et économiques de Nouvelle-Calédonie, Nicolas CLINCHAMPS et Anne-Marie GILLES, Maîtres de conférences à l'U.N.C, enfin Nathalie BESCOND, Doctorante au Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille et Juriste libérale sur le Territoire.

Merci également à Michel GARCIN des Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pour la mise en pages.

Nous remercions enfin Madame Dominique LEFEVRE secrétaire de la Chambre de discipline qui a réuni la jurisprudence qui vous est présenté et Mademoiselle Ginette DOMINGO, secrétaire de l'organe de l'Ordre. Ce sont ces deux personnes qui, avec beaucoup d'efficacité, sont les interlocutrices permanentes des conseillers ordinaires, des médecins, des patients et des organismes institutionnels.

PRINCIPALES ABBREVIATIONS

ACSP : Ancien code de la santé publique (antérieur à l'ordonnance n° 200-548 du 15 juin 2000⁴ qui a publié une nouvelle partie législative avec une numérotation différente).

AFSSAPS : Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.

ANAES : Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé.

BIC : bénéfiques industriels et commerciaux

BCG : Bacille de Calmette et Guérin*⁵.

BNC : bénéfiques non commerciaux

CA : Cour d'appel

C.A.F.A.T. : Anciennement *Caisse d'Allocation Familiale et des Accidents du Travail*. Aujourd'hui *Caisse de Compensation des Prestations Familiales, des Accidents du Travail et de Prévoyance des travailleurs de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

Cass. : Cour de cassation (civ. : chambre civile, crim. : chambre criminelle, comm. : chambre commerciale, soc. : chambre sociale)

C. civ. : Code civil

CCNE : Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé.

CDM : Code de déontologie médicale.

CDO : Conseil département de l'ordre

CDOM : Conseil département de l'ordre des médecins

CES : contribution exceptionnelle de solidarité

CGI : code général des impôts

CHDPI : Chambre disciplinaire de première instance

CHN : Chambre disciplinaire nationale.

CHT : Centre hospitalier territorial

CIMS : circonscription médico-sociale

CINC : code des impôts de Nouvelle-Calédonie

CJA : Code de justice administrative

CLIN : Comité de lutte contre les infections nosocomiales

CME : Commission médicale d'établissement

CMS : circonscription médicale

CMPL : Comité médical paritaire local

CMU : Couverture maladie universelle (loi du 27 juillet 1999).

CNAM : Commission nationale des accidents médicaux.

CNAMTS : Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés.

CNO : Conseil national de l'ordre

⁴ J.O.R.F., 22 juin 2000 ; J.O.N.C., 31 août 2000.

⁵ Les mots ou expressions accompagnés d'un astérisque figurent au glossaire, en fin d'ouvrage.

- CNOM : Conseil national de l'ordre des médecins
 CP : Code pénal.
 CPP : Code de procédure pénale.
 CRCI : Commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (instituée en Métropole).
 CRO : Conseil régional de l'ordre
 CROM. : Conseil régional de l'ordre des médecins
 CSP : Code de la santé publique⁶
 CSS : Code de la sécurité sociale
 D. : Décret
 EURL : entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
 FFHP : Fédération de l'hospitalisation privée (regroupe l'essentiel des 1200 établissements privés).
 FMCC : Formation médicale continue conventionnelle
 GAMM : Groupe d'assurances mutuelles médicales (Sou médical et MASCF)
 Gaz. Pal. : Gazette du Palais
 GEIE : Groupement européen d'intérêt économique
 GEMA : Groupement des entreprises mutuelles d'assurances
 GIE : Groupement d'intérêt économique
 GTAM : Groupement temporaire des assureurs médicaux (*pool* de co-assureurs destiné à pallier les carences observées dans le secteur de la RC médicale du 1^{er} décembre 2002 au 1^{er} décembre 2003).
 IR : impôt sur le revenu des personnes physiques
 IS : impôt sur les sociétés
 JCP : Juris-classeur périodique (édité sous la dénomination : "La semaine juridique").
 JONC : Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie (paraît le mardi de chaque semaine) - Accessible sur le site électronique gouvernemental <http://www.juridoc.gouv.nc> depuis le 4 janvier 2000 (n° 7433).
 JORF : Journal Officiel de la République Française (quotidien).
 L. : Loi.
 Lp. : Loi du pays
 Medicaid/ Medicare : Systèmes d'assurances sociales des États-Unis (*Medicare* couvre les personnes de plus de 65 ans et *Medicaid* assure les personnes défavorisées. Chaque État de l'Union fixe librement le montant de l'aide qu'il octroie à l'un et l'autre des deux systèmes).
 MCO : Médecine, Chirurgie, Obstétrique (= soins dits de court séjour)
 O. : Ordonnance
 ONIAM : Office national d'indemnisation des accidents médicaux.
 PH : Praticien hospitalier
 Rec. : Recueil des arrêts du Conseil d'État.

⁶ Le CSP métropolitain est accessible sur le site national : http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_codes1.htm. Le CSP théoriquement applicable en Nouvelle-Calédonie figure sur le site territorial : <http://www.dass.gouv.nc>

Il comporte malheureusement de nombreuses lacunes, que cet ouvrage entend combler pour le droit médical. Et il n'est pas actualisé depuis août 2001.

- RDS : Revue Droit & Santé, revue des entreprises de santé (Ed. Hospitalières).
- RDSS : Revue trimestrielle de droit sanitaire et social (Ed. Sirey)
- RJNC : Revue juridique, économique et politique de Nouvelle-Calédonie (Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie)
- RGDM : Revue générale de droit médical (Ed. Hospitalières)
- RJF : Revue de jurisprudence fiscale
- R.M.O. : Références médicales opposables
- RTDC : Revue trimestrielle de droit civil (Ed. Sirey)
- S.C.P. : société civile professionnelle
- S.E.L. : société d'exercice libéral
- S.E.L.A.F.A. : Société d'exercice libéral à forme anonyme
- S.E.L.A.R.L. : société d'exercice libéral à responsabilité limitée
- S.E.L.C.A. : Société d'exercice libéral en commandite par actions
- SMLNC : Syndicat des Médecins libéraux de Nouvelle-Calédonie.
- SSR : Soins de suite et de réadaptation (dits de moyen séjour). Ils s'adressent à des malades qui, après un épisode aigu ou une intervention chirurgicale ne sont plus justifiables d'une surveillance médicale ou chirurgicale continue mais nécessitent une surveillance de durée limitée. Ils assurent aussi la réadaptation médicale de malades hospitalisés et préparent leur réinsertion sociale et professionnelle.
- TASS : Tribunal des affaires de sécurité sociale.
- TGI : Taxe générale sur les importations ou Tribunal de grande instance (suivant le contexte)
- TIPS : Tarif interministériel des prestations sanitaires
- TOM : Territoire d'Outre-Mer
- TPI : Tribunal de Première Instance (de Nouméa).
- TSS : Taxe de solidarité sur les services
- UPAOTU : Unité de proximité, d'accueil, d'orientation et de traitement des urgences.
- USLD : Unité de Soins de Longue Durée (hébergent des personnes pour qui les possibilités thérapeutiques sont limitées à la différence des unités de SSR).

SOMMAIRE

Préface

Dr. Frédéric Vangheluwe

Introduction

A. Leca, G. Orfila

- Section 1 - Définition du droit médical (A. Leca)
- Section 2 - Les différents aspects du droit médical, privé et public en France métropolitaine (A. Leca)
- Section 3 - L'originalité de la situation institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie (G. Orfila)
- Section 4 - Les sources du droit médical en Nouvelle-Calédonie (G. Orfila)

PREMIÈRE PARTIE

LES INSTITUTIONS MÉDICALES ET SANITAIRES

TITRE 1 - LES INSTITUTIONS ORDINALES (A. Leca)

CHAPITRE 1 - L'organisation de l'ordre

- Section 1 - Les règles générales prévalant dans les structures ordinaires (A. Leca)
- Section 2 - La structure de l'ordre national des médecins (A. Leca)
- Section 3 - L'organe de l'ordre des médecins de Nouvelle-Calédonie (A. Leca)

CHAPITRE 2 - Les attributions de l'ordre

- Section 1 - La réglementation de la profession (A. Leca)
- Section 2 - Le contrôle de la profession et notamment des contrats médicaux (A. Leca)
- Section 3 - La représentation de la profession (A. Leca)

TITRE 2 - L'ORGANISATION SANITAIRE ET SOCIALE

CHAPITRE 1 - Les institutions sanitaires (G. Agniel, P. Jean, A. Leca)

- Section 1 - Le système hospitalier (G. Agniel, N. Bescond)
 - Sous-section 1 - L'organisation du système hospitalier public
 - Sous-section 2 - L'organisation sanitaire de la Nouvelle-Calédonie
- Section 2 - Les autres institutions sanitaires (P. Jean, A. Leca)
 - §. 1 - Les dispensaires (P. Jean)
 - §. 2 - Les établissements de santé privés (A. Leca)

CHAPITRE 2 - Les conventions médicales (A.M. Gilles)

- Section 1 - Le mécanisme conventionnel choisi afin de maîtriser les dépenses de santé

Section 2 - Les dispositions conventionnelles envisagées pour maîtriser les dépenses de santé

DEUXIÈME PARTIE

STATUT ET EXERCICE DE LA PROFESSION DE MÉDECIN

TITRE 1 - LE STATUT DE LA PROFESSION

CHAPITRE 1 - Le statut privé (A. Leca, Th.Granier)

Section 1 - Le médecin libéral (A. Leca, Th.Granier) :

§. 1 - L'exercice individuel (A. Leca)

§. 2 - L'exercice en groupement (Th. Granier)

Section 2 - Le médecin salarié (C.A.F.A.T., Mutuelles...) (A. Leca)

CHAPITRE 2 - Le statut public (G. Agniel, N. Bescond)

Section 1 - Le médecin hospitalier (G. Agniel, N.Bescond)

§. 1 - Les conditions de l'exercice de la médecine en milieu hospitalier

§. 2 - La position juridique des médecins recrutés par contrat

Section 2 - Les autres statuts publics (G. Agniel, N.Bescond)

§. 1 - Les médecins de santé publique

§. 2 - Les assistants des établissements publics territoriaux d'hospitalisation

CHAPITRE 3 - Le statut fiscal (N. Clinchamps)

Section 1 - La fiscalité des médecins relevant de l'impôt sur le revenu

Section 2 - La fiscalité des médecins regroupés en sociétés d'exercice libéral

Section 3 - La territorialité de l'impôt

TITRE 2 - L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE MÉDECIN

CHAPITRE 1 - Le monopole d'exercice de la profession

Section préliminaire - L'affirmation historique et le contenu du monopole (A. Leca)

Section 1 - L'accès à la profession médicale (A. Leca)

Section 2 - L'exercice légal de la médecine (A. Leca)

CHAPITRE 2 - La protection du monopole

Section 1 - Les conditions de l'exercice illégal de la médecine (A. Leca)

Section 2 - Les effets de l'exercice illégal de la médecine (A. Leca)

TROISIÈME PARTIE

LA RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN

TITRE 1 - UNE RESPONSABILITÉ FONDÉE SUR DES OBLIGATIONS COMPOSITÉS

CHAPITRE 1 - Des obligations formellement issues d'ordres juridiques distincts (A. Leca)

CHAPITRE 2 - Des obligations convergentes : l'exemple du secret médical (A. Leca)

Section préliminaire - L'évolution historique de l'exigence de secret dans le domaine médical (A. Leca)

Section 1 - Le fondement juridique du secret (A. Leca)

Section 2 - La réglementation actuelle du secret (A. Leca)

TITRE 2 - DES RESPONSABILITÉS PLURALES

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - Des responsabilités aussi anciennes que la médecine, qui ont connu bien des vicissitudes (A. Leca)

CHAPITRE 1 - Les obligations et la responsabilité de droit commun (A. Leca)

Sous-chapitre 1 - La responsabilité personnelle pour les préjudices subis par les patients (A. Leca)

Section 1 - La nature juridique de la responsabilité médicale en droit civil français : une responsabilité pour faute comportant deux volets

Section 2 - Les conditions communes à toutes les formes de responsabilité médicale

Section 3 - La mise en œuvre de la responsabilité médicale

Sous-chapitre 2 - La responsabilité collective au sein d'une équipe ou d'un groupe médical (A. Leca)

Section 1 - La responsabilité respective des médecins et des cliniques en cas de dommage survenu dans un établissement privé

Section 2 - La responsabilité des médecins exerçant en équipe ou dans un groupe médical

CHAPITRE 2 - Les règles spéciales en matière de responsabilité (pénale et disciplinaire)

Section 1 - La responsabilité pénale (A. Leca)

§ 1 - L'atteinte volontaire à l'intégrité corporelle

§ 2 - L'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle

Section 2 - La responsabilité disciplinaire (A. Leca)

§ préliminaire - Une responsabilité fondée sur la déontologie médicale de type parapénal

§ 1 - Le contentieux général du contrôle disciplinaire

§ 2 - Le contentieux particulier du contrôle technique de la sécurité sociale

Section 3 - La responsabilité administrative (G. Agniel, N. Bescond)

§ 1 - La responsabilité de l'hôpital public : uniquement si l'acte médical peut être rattaché au fonctionnement du service public

§ 2 - L'exercice privé de la médecine par un médecin agent du service public

§ 3 - Le mécanisme de la responsabilité lorsque le praticien agit en qualité d'agent public

§ 4 - La détermination de la nature de l'acte engageant la responsabilité de l'hôpital public

INTRODUCTION

Par

Antoine LECA

*Directeur du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille
Consultant de l'Ordre des Médecins de Nouvelle-Calédonie & Gérard
Orfila, Directeur honoraire du Département Droit-Economie-Gestion de
l'Université de Nouvelle-Calédonie*

SECTION 1

LA DEFINITION DU DROIT MEDICAL (A. Leca)

La dénomination de "droit médical" est **une expression récente, qui dissimule une réalité ancienne**. Formellement, elle n'apparaît dans un titre d'ouvrage qu'en 1890 à peine -avec le livre d'A. Lechopié et Ch. Floquet⁷. Même l'expression latine *Jus medicum*, de facture apparemment multiséculaire, ne paraît pas antérieure au XIX^e siècle. Mais, contrairement à l'idée reçue selon laquelle la médecine aurait traditionnellement échappé à l'emprise du droit⁸, sans même remonter à l'Antiquité⁹, il existait en France, au moins depuis le bas-moyen âge et le XVI^e siècle, une législation et une réglementation médicales, qui, après-coup, a été conceptualisée sous des dénominations diverses, notamment *Jurisprudence de la Médecine* au XVIII^e siècle¹⁰ et *Police médicale, Police sanitaire* au XIX^e.

⁷ A. Lechopié et Ch. Floquet, "*Droit médical ou code des médecins*" (1890) Cet ouvrage a été numérisé par la Bibliothèque nationale et est accessible sur le site <http://gallica.bnf.fr>

⁸ Voir encore E. Terrier, "*Déontologie médicale et droit*", Thèse Droit privé, Montpellier I, 2002, p. 34 pour qui "l'immixtion de la loi dans le monde médical...(est) un phénomène récent". C'est là une des rares réserves que l'on puisse faire à cet excellent ouvrage (publié aux Éditions hospitalières, Bordeaux, 2004).

⁹ F. Ferrès, "*Du fondement et du caractère de la responsabilité juridique des médecins*", Thèse Droit, Strasbourg, 1934, p. 126 ; H. Joubrel, "*La responsabilité civile des médecins*", Thèse Droit, Rennes, 1939, p. 23 (qui remontent au Code d'Hammourabi et au Livre Sacré des Égyptiens...)

¹⁰ En France, le premier ouvrage spécialisé dans la "*Jurisprudence de la Médecine*" est celui d'un avocat, qui était également médecin : Jean Verdier, "*La jurisprudence de la médecine en France ou traité historique et juridique des établissements, réglemens, police, devoirs, fonctions, honneurs, droits et privilèges des trois corps de médecine ; avec les devoirs, fonctions et autorité des juges à leur égard*", 2 vol.,

Le droit médical est du droit. Il intéresse certainement la pensée médicale¹¹, mais il est extérieur à la science médicale. À ce titre, il se distingue plus ou moins clairement de la médecine légale. La différenciation est plus claire aujourd'hui¹², dans la mesure où la médecine légale est indéniablement devenue une branche de la médecine qui s'efforce de résoudre les problèmes médicaux qui se posent à la justice (M.Garçon). Elle étudie les atteintes au corps humain envisagées dans leurs causes, leurs modalités, leurs conséquences en vue de fournir des données scientifiques au juge qui aura à connaître au plan juridique de ces atteintes. Elle peut s'attacher également à l'état médical du responsable du préjudice¹³. En bref, elle fait le pont entre la médecine et le droit¹⁴, voire la psychiatrie et la criminologie.

Depuis sa conceptualisation, le droit médical renvoie théoriquement à l'**étude des relations juridiques spécifiques dans lesquelles est engagé le médecin**¹⁵. En principe il ne devrait donc concerner que les médecins. Mais ceci n'est plus tout à fait exact. En effet, il faut savoir que le droit médical a étendu ses frontières initiales et qu'il ne concerne plus seulement l'exercice de la médecine, les relations entre médecins et personnes soignées, ainsi que celles entre médecins. En effet il régit également une partie de l'activité de certaines personnes autorisées dans certains cas et dans certaines limites à accomplir des actes médicaux. Ces personnes sont d'une part celles que l'on regroupe dans la dénomination de professions médicales, à savoir les chirurgiens-dentistes et les sages femmes, dont une partie de l'activité peut être régie par un droit spécifique et d'autre part celles qu'on englobe parmi les professions paramédicales ou

Alençon, Prault, in-8°, 1762 et leur édition abrégée : J. Verdier, *Essai sur la Jurisprudence de la Médecine en France*, Alençon, Prault, 1763, 383 p. in-12°.

¹¹ Il y a d'ailleurs un (très bon) article *Droit* dans le *Dictionnaire de la pensée médicale*, D. Lecourt dir., Paris, Quadrige, P.U.F., 2003, p. 363.

¹² Dans le passé, les deux disciplines ont été longtemps confondues. C'est ainsi que la définition donnée de la médecine légale par F.E. Fodéré (1764-1835) en 1818 était encore si vaste qu'elle englobait les règles relatives "à la conservation de la santé publique et à la préservation des maladies" (F.E. Fodéré, *Médecine légale*, dans Adelon et alii, *Dictionnaire des sciences médicales*, Paris, CLF, Panckouke, 1818, t. 27, pp. 278-398), c'est à dire ce que nous appelons aujourd'hui le droit de la santé. Il subsiste toutefois certaines traces de cette confusion initiale, avec notamment l'intitulé actuel de la sous-section 46-03 du Conseil National des Universités : *Médecine légale et droit de la santé*.

¹³ J.-M. Auby (éd. princeps par), *Droit médical et hospitalier*, Litec, Paris, fasc.1 : *Généralités sur le droit médical*, (5, 1993), p. 4.

¹⁴ L. Roche, O. Diamant-Berger, *Le praticien et le droit médical : Conc. méd.*, 1982, p. 3947.

¹⁵ R. et J. Savatier, J.-M. Auby et H. Péquignot, *Traité de droit médical*, Librairies techniques, Paris, 1956. En pratique, il est d'usage d'y inclure les institutions qui concernent les médecins sans leur être spécifiques.

auxiliaires médicaux, c'est à dire les infirmières et les infirmiers¹⁶, les masseurs-kinésithérapeutes et pédicures-podologues¹⁷, les ergothérapeutes et psychomotriciens¹⁸, les orthophonistes et orthoptistes¹⁹, les manipulateurs d'électroradiologie médicale²⁰, les audioprothésistes et opticiens-lunetiers²¹ et les diététiciens²². Les médecins ne sont pas seuls à pratiquer des soins, à opérer des prescriptions et ils n'interviennent pas seulement pour lutter contre la maladie. D'ailleurs, depuis longtemps déjà, l'activité médicale est sortie du cercle étroit de l'art de guérir. Jusqu'au XVIII^e siècle, la grossesse et l'accouchement entraient dans le domaine exclusif des sages-femmes. Ce n'est plus vrai depuis. Mais les femmes enceintes ne sont pas pour autant des malades. Depuis le XIX^e siècle la vaccination s'est considérablement développée. Cependant son objet n'est pas curatif, mais préventif : il a pour but d'empêcher la maladie. Au demeurant, la médecine ne se borne plus à soigner des malades dans la perspective d'une approche "positiviste" de la maladie²³, de plus en plus insaisissable²⁴, mais, comme le révèle la chirurgie esthétique²⁵ et plus récemment la chirurgie de la transsexualité²⁶, elle

¹⁶ C.S.P., art. L. 4311-1 à 4314-7.

¹⁷ C.S.P., art. L. 4321-1 à 4323-7

¹⁸ C.S.P., art. L. 4331-1 à 4334-2.

¹⁹ C.S.P., art. L. 4341-1 à 4344-5.

²⁰ C.S.P., art. L. 4351-1 à 4353-2.

²¹ C.S.P., art. L. 4361-1 à 4363-6.

²² C.S.P., art. L. 4371-1 à 4372-2.

²³ Au demeurant, les travaux de G. Canguilhem montrent que la médecine suppose toujours l'appel de l'individu qui, comparant ses possibilités présentes à ses capacités passées, se déclare malade (cf G. Canguilhem, *"Écrits sur la médecine"*, Seuil, Paris, 2002).

²⁴ Il n'existe pas de définition objective, médicale ou juridique, de la maladie, qui est une notion subjective, largement déterminée par des *a priori* culturels.

²⁵ Sa licéité n'est pas apparue d'emblée. D'ailleurs des arrêts anciens ont condamné des chirurgiens qui étaient intervenus sur des membres sains, sans nécessité thérapeutique (C.A. Paris, 12 mars 1931, D. 1931, 2, p. 141, note Loup ; S. 1931, 2, p. 129, note Perreau). Ce n'est que dans le second tiers du XX^e siècle que la jurisprudence a toléré la réalisation d'actes à vocation esthétique pourvu que fut relevée la souffrance morale du patient (C.A. Lyon, 27 mai 1936, DH 1936, p. 465). Mais cette tolérance est restée juridiquement contestable jusqu'à la modification de l'article 16-3 du Code civil qui n'exige plus la présence d'un intérêt thérapeutique.

En droit de la sécurité sociale, les Caisses d'assurance maladie n'acceptent de rembourser que les actes dont l'absence de réalisation provoquerait l'apparition de pathologies, ou ceux qu'impose un aspect disgracieux évident et incontestable.

²⁶ On a d'abord douté de la nécessité thérapeutique d'un changement de sexe. Aujourd'hui, on reconnaît le syndrome de transsexualisme et on estime que la personne visée est un malade et que l'opération a donc une justification thérapeutique (Cass. ass. plén., 11 décembre 1992, 2 espèces J.C.P. 1993, II, 21991, conc ; Jéol, note G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1993, 1, 180, concl. Jéol ; Déf. 1993, p. 431, note J. Massip ; R.T.D.C. 1993, p. 97, obs. J. Hauser). Encore faut-il que la pathologie soit identifiée avec une certitude suffisante : si celle-ci est absente, les médecins peuvent

devient la réponse à un mélange de désirs et de fantasmes de la part d'une clientèle de consommateurs²⁷, ayant fait certains choix de modes de vie (*life-style choices*) et fait appel à d'autres professionnels dont certains peuvent ne pas appartenir aux professions médicales et paramédicales. Tel est encore le cas, à l'heure actuelle, pour les psychologues -diplômés de 3^o cycle en psychologie- nombreux dans les établissements scolaires et également des psychothérapeutes, qui peuvent exercer sans diplôme²⁸. Ils seraient 20 à 30.000 en France métropolitaine, selon le ministère de la Santé²⁹. C'est la raison pour laquelle, depuis un demi-siècle³⁰, la langue du droit avait abandonné la vieille notion de malade, pour lui préférer le mot de patient³¹, jusqu'à ce que la loi Kouchner de 2002 rejette cette dénomination en raison de son acception passive, pour revenir en arrière. Mieux vaudrait parler de "personne soignée"³² ou de personne requérant des soins.

En France, le droit médical s'est affirmé comme **une branche du droit civil**, c'est-à-dire du droit commun, du droit applicable à tous

faire l'objet de poursuites pénales pour coups et blessures volontaires (C.A. Aix, 23 avril 1990, D. 1990, somm. p. 360, obs. J. Penneau, J.C.P. 1990, II, 21720).

²⁷ S. Gromb, "*De l'influence du consumérisme sur l'humanisme médical*", Gaz. Pal. 1996, 2, Doctr., p. 767.

²⁸ L'amendement Accoyer, adopté par l'Assemblée nationale en octobre 2003, à l'occasion de la discussion sur la loi de santé publique devrait mettre un terme à cette situation, en exigeant des qualifications professionnelles.

²⁹ *Libération*, 25-26 octobre 2003, p. 2.

³⁰ R. et J. Savatier, J.-M. Auby et H. Péquignot, "*Traité de droit médical*", Librairies techniques, Paris, 1956, n°236 qui substituent à dessein "le mot patient au mot malade, parce que le contrat médical n'implique pas nécessairement l'existence d'une maladie. Il peut regarder la prévention sanitaire..."

³¹ Même s'il était d'utilisation ancienne, dans la langue courante, le terme n'était pas spécifique à l'univers médical. D'ailleurs, dans le Larousse de 1932, le patient (substantivé) est d'abord la personne qui a de la patience et, par extension, celle qui supporte une opération chirurgicale...mais aussi une correction corporelle, voire une exécution capitale ! ("*Larousse du XX^e siècle*", Paris, 1932, t. 5, v° Patient, p. 416.) Le mot n'a été pas médicalement connoté de manière incontestable que dans la seconde moitié du XX^e siècle. Et il ne s'est imposé dans le vocabulaire juridique qu'au seuil des années 1990. Les décrets portant code de déontologie antérieurs à cette époque parlent encore de malades (par ex. le D. du 22 juillet 1967 portant code de déontologie des chirurgiens-dentistes) puis, à partir de 1991, de patients (D. 8 août 1991 relatif portant code de déontologie des sages-femmes, D. 16 février 1993 relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières, D. du 15 juin 1994 modifiant le code de déontologie des chirurgiens-dentistes, D. 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale).

L'expression "droits des patients" apparaît, semble-t-il, pour la première fois dans la circulaire du 14 mars 1990 relative aux orientations de la politique de santé mentale, elle est implicitement présente dans le décret du 8 août 1991 portant code de déontologie des sages-femmes (qui comporte un titre deux, intitulé : Devoirs envers les patientes et les nouveau-nés) et apparaît formellement dans l'article 8 du décret du 16 février 1993 relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières (qui comporte un chapitre deux, intitulé : Devoirs envers les patients).

³² C.S.P., art. L. 1112-1, al. 2 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 14-1).

les individus (civil vient de *cives*, les citoyens). Et d'ailleurs, chez nous -contrairement à d'autres pays, par exemple les Pays-Bas³³- le contrat médical est toujours un contrat civil, un contrat régi par les règles générales applicables aux contrats civils ordinaires. Il en est de même de la responsabilité médicale devant les juridictions civiles, qui obéit aux mécanismes génériques de la responsabilité de droit commun. On ne dira d'ailleurs jamais assez que, d'une large mesure, "le droit civil est la source du droit médical", comme l'écrit le Pr. G. Mémeteau, "le droit médical est du droit civil, des personnes, des biens, des obligations"³⁴ et que "c'est bien souvent vers la généralité des concepts du droit civil que le spécialiste a intérêt à se tourner pour trouver la solution à ses problèmes"³⁵.

Toutefois, la discipline a toujours comporté un volet spécifique, qui concerne les conditions d'accès à la profession et les règles d'exercice de celle-ci, intégrant aujourd'hui la *déontologie médicale*³⁶ qui est du droit, mais pas l'éthique médicale qui reste de la morale³⁷, même si elle peut indirectement influencer l'évolution du droit par l'action exercée sur le législateur ou le juge³⁸.

Par ailleurs, **la tendance actuelle est à l'introduction de règles spécifiques, déroatoires au droit civil**, qui procèdent de l'idée que l'activité médicale est une activité particulière.

Pendant longtemps, il y a eu fort peu de règles de droit privé particulières à l'activité médicale. Même le célèbre arrêt Mercier, qui,

³³ En droit néerlandais, depuis la loi du 1^o avril 1995, le contrat médical (dit "contrat d'accomplissement d'actes médicaux") est un contrat civil particulier, régis par des règles spécifiques (J. Massion, "*L'éthique dans la législation sanitaire en Europe*", Rev. dr. santé, 1998-1999, p. 208).

³⁴ G. Mémeteau, "*La présentation du droit médical dans la Revue trimestrielle de droit civil*", R.T.D.C., avril-juin 2002, p. 254.

³⁵ *Ibid.*, p. 254. Cf obs. D. Ammar, D. 1999.729 sous Cass. comm., 8 juin 1999 (à propos d'un problème relatif au droit des transports maritimes).

³⁶ Le mot *Déontologie* a été emprunté à l'Anglais. C'est J. Bentham qui a forgé le terme *Deontology* : ("*Ethics has received the more expressive name of Deontology*") appliqué par Simon à la médecine. Le vocable vient de *to deon*, ce qu'il convient de faire. Il est attesté pour la première fois en Français en 1825 dans l'*Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et Science* traduit précisément de Bentham. Le premier ouvrage annonçant dans son intitulé le nom de la nouvelle discipline est celui de Max Simon, "*Déontologie médicale. Des devoirs et des droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*" (Paris, Baillière, 1845).

³⁷ Le terme *ethics* n'est pas le calque exacte du français éthique, car le premier terme englobe la morale et la déontologie (J.P. Alméras, H. Péquignot, "*L'éthique médicale et le droit*", dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", fasc. 31 (9, 1995), p. 2).

³⁸ E. Martinez, "*Le comité consultatif national d'éthique et la formation du droit*", Thèse Droit, Aix-en-Provence, 2002, pp. 383 ss. (ouvrage publié en 2003 aux Éditions Hospitalières).

rendu par la Cour de cassation en 1936³⁹, a reconnu l'existence d'un contrat entre le médecin et son patient, se bornait à analyser la relation de l'un à l'autre comme un contrat de droit commun, générateur d'une obligation de moyens. Et ce qu'on appelait le droit médical n'était que le droit applicable aux médecins, sans que celui-ci ait comporté de spécificité dans l'ordre privé.

L'apparition de règles de droit privé propres à l'activité médicale s'est opérée à partir des années 1950, quand les tribunaux ordinaires ont reconnu peu à peu la juridicité de la déontologie médicale⁴⁰. Le processus a été lent car, en 1958 et encore en 1961, la Cour de cassation donnait toujours au code de déontologie de 1955 une portée réduite, d'ordre exclusivement disciplinaire⁴¹. Parvenu à son terme, ce processus n'a pas altéré la physionomie du droit médical, il l'a enrichi par "la confluence de deux humanismes"⁴².

Ce développement de règles spécifiques, qui répond à une forte demande des médecins, peut être une chance...ou une menace pour l'exercice médical. En effet, si le droit médical s'éloigne du droit civil, encore faudrait-il savoir si c'est pour libérer le médecin des contraintes ordinaires... ou pour l'assujettir à des obligations plus lourdes. Car, pour le médecin, le droit commun est à la fois contraignant ... et protecteur. Tout au long de cet ouvrage, on aura d'ailleurs l'occasion de relever cette ambivalence. Celle-ci est plus ou moins marquée suivant l'aspect que l'on privilégie lorsqu'on considère le droit médical.

³⁹ Cass. civ., Dr. Nicolas c. époux Mercier, 20 mai 1936, S.1937.I.321 ; D.P. 1936, 1, 88.

⁴⁰ Initialement la déontologie médicale n'était pas regardée comme du droit (Cass. civ., 27 novembre 1928, D.H. 1929, 82). Mais l'état de la question ne pouvait manquer d'être renouvelé après la promulgation du premier code de déontologie en 1941 (par le Conseil supérieur de l'Ordre des Médecins nouvellement fondé) et surtout à partir du code de 1947 (premier code publié sous forme de décret au Journal Officiel de la République). Voir ci-après Section II.

⁴¹ *Ibid.*, p. 131 n. 806. Ce n'est qu'en 1981 (Cass. 1^o civ., 17 juillet 1981, Bull. civ. I, 404, p. 319) que la haute instance a clairement indiqué que la déontologie était par nature juridique (*ibid.*, p. 132 n. 812).

⁴² R. Savatier, "*Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*", 2^o série, chap. VIII, p. 234.

SECTION 2
LES DIFFERENTS ASPECTS DU DROIT MEDICAL, PRIVE
ET PUBLIC EN FRANCE METROPOLITAINE (A. Leca)

La matière que représente le droit médical est d'appréhension malaisée, car elle comporte mille et une facettes juridiques et elle évolue en permanence, en fonction d'un certain nombre d'influences intellectuelles, politiques, économiques et sociales.

§ 1 - Les aspects juridiques

D'un point de vue technique, **le droit médical**, comme son petit frère, le droit pharmaceutique, **est un "droit carrefour"** qui transcende les clivages traditionnels des disciplines juridiques. Toutefois, il reste marqué par le poids de la distinction bipartite droit privé /droit public.

C'est par ailleurs un droit à la pluralité de sources.

Sous-paragraphe 1 - Un "droit carrefour" marqué par la prégnance de la distinction droit privé /droit public

Le droit médical touche à peu près à toutes les disciplines internes au droit. Le contrat médical, la responsabilité médicale en pratique libérale, le statut du cabinet médical ou les relations des patients avec les cliniques privées sont principalement régis par le droit civil (qui fonde la compétence des juridictions civiles), alors que la responsabilité en pratique hospitalière, le statut des hôpitaux relève naturellement du droit administratif (qui donne compétence au Tribunal administratif) et qu'une part de l'activité des cliniques relève du droit des affaires. En outre, on pourrait recenser en droit médical des règles de droit pénal, de droit fiscal, de droit social...de droit communautaire et même de droit international⁴³. Elles imposent à celui qui veut les connaître de parcourir toutes les spécialités particulières que comporte la discipline juridique. C'est déjà embarrassant pour un juriste, généralement spécialiste d'un domaine particulier, c'est proprement vertigineux pour un médecin qui voit s'ouvrir devant lui un champ immense et quasiment insondable.

Comme, le droit en général, il est affecté par la distinction bipartite droit privé /droit public. Pour des raisons historiques

⁴³ M. Bélanger, "*Droit international de la santé*", Economica, Paris, 1983.

remontant pour l'essentiel à la Révolution française⁴⁴, le système juridictionnel français est caractérisé par un dualisme marqué entre deux ordres de juridictions : l'ordre judiciaire, qui est celui des tribunaux de droit commun, civils et répressifs, et l'ordre administratif de juridiction qui a vocation à appliquer aux litiges impliquant l'administration des règles spéciales (le droit administratif), traditionnellement plus favorables aux intérêts publics qu'à ceux des particuliers.

Or, à travers l'ample réseau des hôpitaux publics⁴⁵ et le personnel des praticiens hospitaliers, assimilables à des agents publics, même si leurs statuts leur abandonnent une possibilité d'exercice libéral parallèle dans le "secteur privé" de l'hôpital⁴⁶, tout un pan du droit médical est *en principe*⁴⁷ régi par un droit dérogatoire (le droit

⁴⁴ A. Leca, *"La genèse du droit"*, 3^e éd., P.U.A.M.-Librairie de l'université, Aix-en-Provence, 2002, n° 179-180.

⁴⁵ Les centres de transfusion sanguine et de lutte contre le cancer gérés par des personnes privés et bien sûr les cliniques assurant le service public hospitalier relèvent pour leurs activités de l'ordre judiciaire de juridiction.

⁴⁶ Décret du 25 avril 2001, J.O. 28 avril, 6733. Cette dénomination usuelle de "secteur privé" est commode mais inexact : il n'y a pas de secteur privé à l'hôpital, mais l'organisation de celui-ci permet à des PH d'y exercer comme s'ils se trouvaient en cabinet ou en clinique privée.

⁴⁷ 2 déc. Trib. Confl., Chailloux et Isaac Slimane, 25 mars 1957. Après une résistance de certaines juridictions favorables à la compétence judiciaire pour tout ce qui concernait l'activité proprement médicale des médecins hospitaliers, la Cour de Cassation a fini par adopter cette solution en 1963.

Désormais le principe est donc que les demandes en réparation concernant les dommages imputables à l'activité des médecins du secteur public hospitalier (y compris s'ils exercent à temps partiel et/ou sont vacataires) relèvent de la compétence des juridictions administratives et sont régies tant par les règles de fond que par les règles de procédure du droit administratif (la demande, portée devant la juridiction administrative, doit ainsi être exercée contre la personne administrative -et non personnellement contre le médecin- et elle est soumise à la règle de la décision préalable).

À titre dérogatoire, le juge pénal est compétent en cas d'infraction et le juge civil redevient compétent lorsqu'est en cause une faute personnelle de l'agent, soit une faute dépourvue de tout lien avec le service public ; tel est le cas lorsque l'acte dommageable est accompli hors de tout lien avec le travail, chez un particulier ou dans la rue, soit une faute qui n'est pas dépourvue de tout lien avec le service public car elle s'y rattache en partie ; telle une faute commise dans le secteur privé des hôpitaux publics (C.E., 10 octobre 1973), en clinique ouverte (C.E., 4 juin 1965) ou dans un hôpital local (cf J. Penneau, *"La responsabilité du médecin"*, Dalloz, 2^eéd., Paris, 1996, p. 56). Les exemples de fautes personnelles sont nombreux dans la jurisprudence : la fuite du praticien d'un bloc opératoire en feu lors de l'intervention (Cass. crim., 26 janvier 1977, D. 1977, inf. rap. p. 102), une erreur médicale grossière comme l'ablation d'une artère au lieu d'une veine (Crim. 28 octobre 1981, Bull. crim., n° 287), le refus de se déplacer (C.E., 4 juillet 1990, Le Sou Médical, Rec., p. 972) ou l'opération par un interne, sur ordre du chirurgien, en l'absence d'examen préalable de l'enfant (C.E., 18 décembre 1993, Rec., p. 658).

hospitalier) qui diffère substantiellement du droit applicable aux praticiens privés, ce qui fonde *théoriquement* la compétence des juridictions administratives⁴⁸.

Certes tout le secteur hospitalier n'échappe pas au droit commun : tel est le cas des "cliniques ouvertes"⁴⁹ dans les hôpitaux publics et du secteur privé de consultation à l'hôpital⁵⁰, où la responsabilité encourue par le praticien obéit aux règles civiles⁵¹, conformément à des solutions de nos jours couramment admises dans le monde administratif⁵².

Par ailleurs tout le droit applicable au secteur hospitalier n'est pas dérogatoire. Ainsi, comme un chirurgien libéral, le chirurgien d'un service hospitalier "est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération..."⁵³. Au

Postérieurement à l'action exercée par le patient devant les juridictions administratives, des recours sont possibles soit de la part du médecin contre l'administration (s'il juge la faute commise imputable au mauvais entretien du matériel), soit de la part de celle-ci contre le médecin (cf J. Penneau, "*La responsabilité du médecin*", *op.cit.*, pp. 50-51 sq).

⁴⁸ En réalité cette répartition de compétences qui tolère bien des exceptions n'a été consacrée que par les deux décisions Chailloux et Isaac Slimane, rendues par le Tribunal des conflits le 25 mars 1957 (supra note précédente). Sur le droit applicable avant 1957, cf Prévot, "*La responsabilité des établissements publics hospitaliers*", Thèse Droit, Strasbourg, 1937 ; Buzit, "*Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux administratifs et judiciaires*", Thèse Rennes, 1940 ; R. Savatier, "*La responsabilité médicale*", Lethielleux, 1948 ; F. Benoit, "*La responsabilité du service et la responsabilité personnelle des agents non fonctionnaires des services publics hospitaliers et d'assistance*", D. 1951, chron. p. 49 ; J. Cadart, "*Les tribunaux judiciaires et la notion de service public*", Thèse Droit, Lyon, 1954 ; L. Kornprobst, "*Les responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*", Flammarion, Paris, 1957.

⁴⁹ Les cliniques ouvertes sont des services hospitaliers dans lesquels les personnes sollicitant des soins contractent directement avec le praticien de leur choix (D. n° 93-371 du 18 avril 1997 portant règlement de la création d'un régime de clinique ouverte au sein des établissements publics).

⁵⁰ C.S.P., art. L. 6154-1 ss.

⁵¹ C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, Gaz. Pal. 1991, 2, pan. adm., p. 82 ; J.C.P. 1991, II, 21698, note J. Moreau ; D. 1991, somm. p. 292, obs. P. Bon et P. Terneyre.

⁵² En dépit des règles traditionnelles établissant un lien entre l'application des règles exorbitantes du droit privé et la compétence de la juridiction administrative (Confl. Blanco, 8 février 1873), aujourd'hui, le juge administratif applique le droit privé à certains services publics : c'est ainsi que les relations de la Poste et de France Telecom avec leurs usagers, leurs fournisseurs et les tiers sont régies par le droit commun depuis la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990. Il en est de même de l'organisme en charge des H.L.M. dont le contentieux est régi par le droit privé (C.E., 6 octobre 1965, Denis, Rec. CE, p. 491 ; C.E., 22 janvier 1971, Jure et Orbier, Rec. CE, p. 61 ; C.A. Aix-en-Provence, 21 avril 1983, Gaz. Pal. 1983, somm. p. 278.

⁵³ Cass. crim., 28 janvier 1942, Teyssier (décision antérieure à celles du 25 mars 1957 "Chilloux" et "Isaac Slimane" renvoyant le patient hospitalisé aux règles et tribunaux administratifs). Ne pouvant fonder cette obligation sur l'existence d'un contrat médical, la Cour de cassation l'a fondé sur "le respect de la personne humaine" en des

demeurant, lorsqu'un P.H. commet une faute personnelle détachable du service (civile ou pénale), il perd son immunité et peut⁵⁴ engager sa responsabilité devant les tribunaux de droit commun (par exemple en cas d'infraction pénale détachable du service, un tel acte attribue compétence aux juridictions pénales).

La plupart des règles contraignantes qui gouvernent les obligations de ceux-ci sont beaucoup plus légères dans le secteur hospitalier. C'est ainsi que les médecins libéraux sont susceptibles de voir engager leur responsabilité devant les tribunaux ordinaires depuis 1835 et, conformément à un principe constant au civil, la faute la plus légère peut être retenue à leur encontre. Mais ce n'est pas le cas pour les hospitaliers dont la responsabilité personnelle n'est pas susceptible d'être mise en cause (hormis en cas de faute détachable du service), car le patient doit engager celle de l'hôpital devant les tribunaux administratifs. Et jusqu'en 1992, la responsabilité de l'établissement public de santé ne pouvait être engagée qu'en cas de faute lourde⁵⁵. Le contenu de l'obligation faite au médecin privé d'informer ses patients a certes été fixé dès 1942 -par la Cour de cassation dans le fameux arrêt Teyssier⁵⁶- mais le juge administratif n'a admis qu'en 1988 de condamner un hôpital public pour défaut d'information⁵⁷. Dès avant la loi du 4 mars 2002, s'agissant des infections nosocomiales la

termes extraordinairement modernes : "Mais, attendu que, comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; qu'en violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux, et qui constitue une faute personnelle".

⁵⁴ La victime peut demander une indemnisation soit devant le juge judiciaire (civil ou pénal), soit devant le juge administratif. En ce cas, le service public hospitalier assumera provisoirement la charge de la responsabilité de son agent pour lui demander ensuite le remboursement total ou partiel des sommes avancées pour son compte (action récursoire).

⁵⁵ Le Conseil d'État considérait traditionnellement que, seule la faute médicale lourde pouvait être retenue comme fondement de la responsabilité hospitalière (C.E., 8 novembre 1835, Dame Vion et Philipponneau, Rec. Lebon, p. 1019). Cette jurisprudence a duré cent cinquante ans (C.E., 10 avril 1992, Époux V. abandonnant l'exigence de faute lourde pour les actes médicaux, Rec., p. 171, concl. Legal, A.J.D.A. 1992.335, concl. Legal ; JCP 1992.II.21881, note J. Moreau ; R.F.D.A. 1992.571, concl. Legal). On a maintes fois souligné l'importance de ce revirement. Mais il ne faudrait pas l'exagérer au plan pratique : avant 1992, lorsque la faute lourde était exigée, quand le juge ne voulait pas engager la responsabilité de l'hôpital il qualifiait la faute de légère, aujourd'hui, il parle de manquement non fautif (voir par ex. CAA Nantes, 30 juillet 2002, Mme X, n° 99NTO1590 sur l'omission d'un examen biologique recommandé pour un nouveau-né).

⁵⁶ Cass., 28 janvier 1942, Teyssier, D.C., 1942, p. 63.

⁵⁷ C.E., 17 février 1988. Depuis cette date, les hôpitaux ont mis l'accent sur l'information des patients (cf Charte du patient hospitalisé, en annexe à la circulaire ministérielle du 6 mai 1995, partie 3).

jurisprudence judiciaire avait établi un système très rigoureux pour les établissements de santé privés : une responsabilité sans faute dont l'établissement ne pouvait s'exonérer que s'il rapportait la preuve (presque impossible à établir) d'une cause étrangère⁵⁸, alors que pour les hôpitaux la jurisprudence administrative s'en tenait à la présomption de faute⁵⁹...

Jusqu'à la loi du 4 mars 2002, le seul domaine important où le justiciable avait avantage à trouver en face de lui le juge administratif était, depuis les années 1990⁶⁰, la responsabilité sans faute qui pesait

⁵⁸ Cass. 1^o civ., 29 juin 1999 (trois arrêts), D. 1999. Somm. 395.

⁵⁹ C.E., 9 décembre 1988, Cohen, Rec., p. 431 ; C.E., 1^o mars 1989, Bailly, Rec. p. 908 ; C.E., 14 juin 1991, Maalem, Rec. p.1185 ; C.E., 31 mars 1999, Assistance publique de Marseille, Rec. p. 114. On a fait valoir que cette présomption était quasi irréfragable et que l'hôpital ne pouvait s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère. Mais un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris n'en avait pas moins jugé qu'un hôpital pouvait tenter d'établir qu'il n'avait commis aucune faute dans le fonctionnement du service. Pour ce faire, il devait justifier de toutes les précautions et diligences déployées dans le service pour lutter contre les infections ou démontrer que le partient était porteur du germe lors de son entrée à l'hôpital (C.A.A. Paris, 18 mai 1999, Neveu, inédit). La loi du 4 mars 2002 a clos le débat.

⁶⁰ Les conditions générales pour admettre la responsabilité sans faute ont été jurisprudentiellement fixées en 1990 et assouplies en 1993 :

C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, Gomez, sur la responsabilité sans faute de l'hôpital au titre de l'utilisation d'une "thérapeutique nouvelle" aux conséquences encore mal connues ayant entraîné chez le patient, âgé de quinze ans, une paraplégie définitive alors que l'intervention n'était pas indispensable : "Considérant que l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle créée lorsque ses conséquences ne sont pas entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à cette thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent même en l'absence de faute la responsabilité du service public hospitalier". Les (quatre) conditions de mise en œuvre de la responsabilité sont "particulièrement sévères" (M. Fortunet, *"L'émergence de la notion d'aléa thérapeutique"*, Mémoire D.E.A. Droit de la Santé, Aix-en-Provence, 2001, p. 21). On notera que si cette jurisprudence n'a pas été confirmée par le Conseil d'État, les Hospices civils de Lyon ayant décidé de ne pas se pourvoir en cassation, elle a ensuite transposée par des tribunaux administratifs à d'autres techniques : T.A. Toulouse, 16 novembre 1995 Cts D., C.P.A.M. de Tarn-et-Garonne c/ Centre hospitalier de Montauban, *Petites affiches*, 10 juin 1996, n^o70, p.11 ; T.A. Amiens, 18 novembre 1994, Henri Boulongne et autres c./ CH de Montdidier et soc. Storz France, Gaz. Pal., 1995, pan. droit adm., p. 156...).

C.E., Ass., 10 avril 1992, Epoux V., Rec., p. 171 sur l'abandon par le Conseil d'État de la vieille exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité du service public hospitalier en cas d'acte médical, à propos d'une requérante hospitalisée pour une cédarienne et victime d'une succession d'erreurs ayant entraîné d'importants dommages. Désormais, toute faute de l'hôpital entraîne sa responsabilité.

C.E., Ass., 9 avril 1993, Bianchi, Rec., p. 127 sur la responsabilité sans faute de l'hôpital dès lors que les (deux) conditions d'extrême gravité du préjudice et de caractère exceptionnel du risque se trouvent réunies (en l'espèce, le patient était sorti tétraplégique à l'issue d'une simple artériographie à l'hôpital de la Timone à Marseille).

sur les hôpitaux pour certains aléas thérapeutiques dès lors que deux conditions étaient réunies : l'extrême gravité du préjudice et le caractère exceptionnel du risque⁶¹. Même dans ces limites⁶², la réparation était a priori plus ouverte que dans le secteur privé⁶³, bien que le critère de gravité du dommage réduise drastiquement les possibilités pratiques de réparation : quatre seulement admises par des cours administratives d'appel⁶⁴. Il est vrai que la réparation administrative devait se plier de surcroît à une prescription réduite à quatre ans⁶⁵, alors que la responsabilité civile du médecin à l'égard de son patient courait sur trente ans⁶⁶.

Par ailleurs, le Conseil d'État a admis le principe de la responsabilité sans faute des établissements psychiatriques à l'occasion des sorties d'essai des malades, des dommages subis par les collaborateurs bénévoles au service public hospitalier et plus récemment celle des centres publics de transfusion sanguine et des hôpitaux publics dans leurs activités de fourniture des produits sanguins (3 arrêts C.E., 26 mai 1995, Pavan, N'guyen et Jouan).

⁶¹ Exemples de réparation sans faute dans lesquels les (deux) conditions d'extrême gravité du préjudice et de caractère exceptionnel du risque posées par la jurisprudence Bianchi se trouvent réunies :

C.E., 3 novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, J.C.P. G 1997, II, 10016, note J. Moreau ; A.J.D.A. 1997, p.1016, chr. Girardot et Raynaud ; R.F.D.A. 1998, p. 90, concl. Mme Péresse ; R.D.S.S. 1998, p. 519 note Clément (concernant un garçonnet de cinq ans hospitalisé pour subir une circoncision rituelle et décédé sous anesthésie générale des suites d'un arrêt cardiaque).

C.E., 27 octobre 2000, Hôpital d'Aubagne, D. 2001, n° 15, jurispr. p. 1196 (relative à une patiente venue pour se faire opérer d'une scoliose et atteinte au réveil d'une paraplégie des membres inférieurs : l'expertise a attribué ce grave accident au fait que la victime était atteinte d'une malformation vasculaire congénitale dont l'existence ne pouvait être suspectée, mais qui expliquait que l'opération ait provoqué une ischémie médullaire, suivie d'une paraplégie).

C.E., 27 octobre 2000, Hôpital de Seclin, D. 2001, n° 15, jurispr. p. 1196 (concernant un enfant de onze ans décédé au cours d'une opération destinée à réduire une simple fracture du bras, du fait d'une réaction allergique aux anesthésiants).

⁶² En effet tout accident sans faute à l'hôpital ne peut donner automatiquement lieu à indemnisation (c'est ce que révèle d'ailleurs C.E., Telle, J.C.P.-G, 2000, p. 130).

⁶³ En effet, les médecins ne sont pas contractuellement tenus d'indemniser les conséquences de l'aléa thérapeutique (Cass. 1° civ., 8 novembre 2000, Tourneur, D. 2000, Info. rap., p. 292 ; R.D.S.S. 2001-1 ; p. 24, note L. Dubouis, p. 55 concernant un patient atteint d'une hydrocéphalie génératrice de graves troubles, qui avait présenté à son réveil une paraplégie irréversible des membres inférieurs, sans qu'aucune faute puisse être imputée au chirurgien ; Cass. 1° civ., 27 mars 2001, Bull. n° 86).

⁶⁴ J. Guigue, *"Aléa thérapeutique : le droit privé peut-il s'aligner sur la jurisprudence du Conseil d'État ?"*, Gaz. Pal. 22-23 mars 2000, p. 523.

⁶⁵ Ceci résulte indirectement de la règle de la déchéance quadriennale des dettes de l'État. Ce délai court à partir, non pas du dommage, mais de la date à laquelle "le dommage s'est révélé à la fois dans son existence et dans toute son étendue", c'est à dire celle de sa consolidation (=l'état qui ne peut plus être amélioré par la thérapie).

⁶⁶ L'article 98 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 a rapproché les deux régimes en instituant un "guichet unique" pour la procédure amiable et en établissant une

D'un point de vue juridique formel, le droit médical est, mais c'est moins original, un droit issu d'une pluralité de sources.

Sous-paragraphe 2 - Un droit issu d'une pluralité de sources

Il n'existe pas d'ouvrage dans lequel celles-ci seraient enfermées. C'est dire la nouveauté de ce petit livre.

La Constitution de la République d'abord, contient des dispositions qui concernent la matière. A commencer par la protection de la santé⁶⁷. Et alors qu'on aurait pu considérer que cette expression n'exprimait qu'une vague intention, le Conseil constitutionnel l'a analysé comme une obligation juridique riche d'implications concrètes, notamment lorsqu'il a choisi à de nombreuses reprises, depuis 1978, d'examiner si des lois ne méconnaissaient pas ce droit⁶⁸, jugeant ainsi que n'apparaissaient pas contraires à ce principe les contre-visites médicales⁶⁹ ou les conditions de résidence pour l'octroi de prestations sociales⁷⁰. Jusqu'à présent, on peut même observer que le problème de la conciliation de la protection de la santé avec d'autres principes constitutionnels a toujours été résolu à l'avantage de la protection de la santé. Ainsi celle-ci légitime-t-elle l'interdiction de l'exercice du droit de grève⁷¹ ou les atteintes au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre, comme l'interdiction de certaines formes de publicité en faveur du tabac ou de l'alcool⁷². Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a élevé un certain nombre d'autres principes au rang constitutionnel (ce qui signifie qu'ils s'imposent au Législateur).

Tel est le cas de la liberté de choix du médecin, qui, toutefois, peut être limitée dans certaines modalités de son exercice, dans la mesure où la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé supportées

prescription unique de dix ans "à compter de la consolidation du dommage" (C.S.P., art. L. 1142-28).

⁶⁷ Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 (toujours en vigueur) : "La Nation...garantit à tous...la protection de la santé". D'ailleurs, à différentes reprises, le Conseil constitutionnel a indiqué que la protection de la santé avait le caractère d'un "principe de valeur constitutionnelle" (74-54 DC 15 janvier 1975 ; 77-92 DC 18 janvier 1978 ; 80-117 DC 22 juillet 1980 ; 89-269 DC 22 janvier 1990...). En théorie, toute disposition législative qui porterait atteinte à ce droit devrait être regardée comme inconstitutionnelle.

⁶⁸ Déc. 77-92 DC du 18 janvier 1978, Contre-visite médicale ; déc. 86-225 DC du 23 janvier 1987, Amendement Séguin, RJC 1, p.305.

⁶⁹ Déc. 77-92 DC du 18 janvier 1978, Contre-visite médicale.

⁷⁰ Déc. 86-225 DC du 23 janvier 1987, Amendement Séguin, RJC 1, p.305.

⁷¹ Déc. 80-117 DC.

⁷² Déc. 90-283 DC du 8 janvier 1991, Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, RJC 1, p.417.

par la collectivité est un motif d'*intérêt général*⁷³. C'est encore moins contestable depuis la réforme constitutionnelle de 1996 : désormais, en Métropole, l'ensemble des soins pris en charge par l'assurance maladie a été intégré et limité par avance par une enveloppe globale correspondant à l'objectif national des dépenses d'assurance maladie (ONDAM) adopté par la loi de financement de la sécurité sociale, suivant des critères, non pas sanitaires, mais budgétaires. S'agissant des médecins libéraux⁷⁴, chaque année, est fixé par voie conventionnelle un objectif prévisionnel d'évaluation des dépenses médicales. Certes, celui-ci n'est qu'indicatif, mais il existe de fortes incitations financières sur les médecins libéraux qui pourtant ne sont pas les seuls concernés⁷⁵ : en cas de dépenses inférieures à l'objectif, les praticiens conventionnés bénéficient d'une revalorisation d'honoraires ; en cas de dépassement, il était initialement question qu'ils reversent des honoraires à la sécurité sociale⁷⁶. En Nouvelle-Calédonie existe quelque chose d'équivalent avec "les objectifs prévisionnels d'évolution des dépenses médicales" fixés annuellement en tenant compte de données plus ou moins prévisibles et mis en place dès la convention médicale du 17 décembre 1997⁷⁷.

Parmi les principes de rang constitutionnel, il faut également citer le "principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine"⁷⁸ dégagé par le Conseil constitutionnel⁷⁹, qui a eu un grand rayonnement. On pourrait en donner comme exemple l'arrêt du 9 octobre 2001⁸⁰, par lequel la Cour de cassation s'est fondé sur "l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine" pour juger que l'obligation d'information pesant sur le médecin couvrait toutes les données acquises de la science, alors même que les règles juridiques alors en vigueur n'imposeraient pas de les communiquer.

⁷³ Déc. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, Rec., p. 24.

⁷⁴ Évidemment ils ne sont pas les seuls concernés. Les établissements de santé publics et privés à but non lucratif soumis à la dotation globale doivent respecter l'objectif prévisionnel d'évolution des dépenses. Les autres établissements de santé sont liés par un objectif national quantifié, établi, en vertu de l'article L. 162-22-1 et suivants du C.S.S., par accord tripartite national (État, Sécurité sociale, hospitalisation privée).

⁷⁵ A eux seuls les établissements hospitaliers sont à l'origine de près d'un quart des remboursements (N.D.L.A.).

⁷⁶ C.S.S., art. L. 162-5-3 et D. 162-1-1 sq.

⁷⁷ Article 20 : Fixation des objectifs prévisionnels d'évolution des dépenses médicales.

⁷⁸ Cass. 1° civ., 9 octobre 2001, n° 0014564, Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001.3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; R.T.D.C. 2002.176, obs. R. Libchaber.

⁷⁹ Déc. n° 94-943 et 94-944 du 27 juillet 1994, J.O. 29 juillet, p. 11024 voyant dans la sauvegarde de la dignité de la personne un "principe à valeur constitutionnelle".

⁸⁰ Cass. 1° civ., 9 octobre 2001, n° 0014564, D. 2001.3470, rapp. P. Sargos et note D. Thouvenin, Gaz. Pal., Rec. 2001-5, sept. - oct. 2001, p. 1703.

Le droit médical comporte par ailleurs un riche volet de droit international et communautaire (= droit de l'Union européenne). Outre les traités internationaux signés par la France, certaines organisations internationales produisent des règles. C'est ainsi que l'*Organisation Mondiale de la Santé* dispose dans certaines matières d'un pouvoir réglementaire (notamment en ce qui concerne la lutte internationale contre les maladies pestilentielles). L'essentiel des normes procèdent des instances européennes, avec notamment les règlements, recommandations, décisions et avis dits "communautaires".

Une petite partie de la matière est à rechercher dans les lois, notamment des lois spéciales, depuis la loi fondatrice du 19 ventôse an XI (10 mars 1803) sur le monopole médical -remaniée depuis par les lois du 30 novembre 1892 et du 26 juillet 1935, toutes deux abrogées, et l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 toujours en vigueur en Nouvelle-Calédonie⁸¹ - jusqu'à la loi Kouchner du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé, qui, malgré son nom est un long texte "fourre-tout", qui débute avec le célèbre amendement "anti-Perruche" (art. 1) et s'achève sur la compétence du tribunal de première instance de Nouméa (art. 126), et contient une foule de dispositions qui ne sont que partiellement applicables au territoire⁸².

Les règlements (qui doivent se conformer aux lois) sont autrement plus nombreux. Par exemple l'exercice de la profession de médecin en Nouvelle-Calédonie est régi par les décrets n° 52-964 du 9 août 1952, n° 56-920 du 13 septembre 1956 et 65-726 du 26 août 1965.

Enfin la jurisprudence, c'est-à-dire l'ensemble des solutions généralement, mais non obligatoirement, données par les tribunaux à des questions de droit, est le plus souvent reine en la matière, car les textes ne valent qu'en fonction de l'interprétation qui en est faite par les juges. Interprétation souvent changeante, car "nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée"⁸³. On pourrait en

⁸¹ L'ordonnance a été ensuite modifiée et complétée par les lois n° 49-757 du 9 juin 1949, n° 50-920 du 9 août 1950 et n° 51-443 du 19 avril 1951. Ce texte, qui était applicable à l'Algérie, devait être étendu par décrets aux territoires relevant alors du ministère des colonies (art. 71). C'est le décret n° 52-964 du 9 août 1952 (J.O.R.F., 15 septembre 1952, p. 419), qui a opéré cette transposition sous réserve de quelques modifications.

⁸² Ordonnance n°2003-166 du 27 février 2003 prise pour l'application outre-mer de la loi n°2002-3 du 4 mars 2002 (J.O.R.F., 1° mars 2003).

⁸³ Cass. 1° civ., 9 octobre 2001, n° 0014564, D. 2001.3470, Gaz. Pal., Rec. 2001-5, sept. - oct. 2001, p. 1703. Ceci figurait déjà dans un arrêt antérieur (Cass. 1° civ., 21 mars 2000, Bull. civ. n° 97).

donner pour exemple la preuve de l'information donnée par le médecin à son patient. Dans un premier temps, en s'appuyant sur une certaine lecture de l'article 1315 du code civil, considérant que c'était le médecin qui se prétendant libéré de toute obligation d'information devait prouver qu'il avait informé son patient, la jurisprudence lui a imposé la charge de la preuve⁸⁴. Puis dans l'arrêt Martin-Birot de 1951, la Cour de cassation a pour la première fois jugé qu'il incombait au patient de rapporter la preuve que le praticien ne l'avait pas informé des risques d'un acte médical⁸⁵ en se fondant sur une autre interprétation de l'article 1315⁸⁶. Enfin, dans le premier arrêt Hédreul de 1997⁸⁷, la Cour de cassation a jugé que la charge de la preuve devait à nouveau peser sur le professionnel, en se raccrochant toujours au droit commun, puisé cette fois à l'article 1385-2⁸⁸, étant précisé que cette inflexion va dans le sens qui est également celui du droit de la consommation⁸⁹. Cette observation nous invite à aborder l'étude des influences qui s'exercent sur le droit médical. Elles sont de type philosophique, politique, économique et social ; en un mot, elles sont d'ordre métajuridique.

§ 2 - Les aspects métajuridiques

Les influences qui affectent la physionomie, perpétuellement mouvante, du droit médical sont diverses. Sans chercher à les hiérarchiser, il faudrait citer : l'éthique et la déontologie professionnelle, la tentation des pouvoirs publics de parvenir à une maîtrise comptable des dépenses de santé, qu'aiguillonne le déficit croissant de l'assurance-maladie, et enfin le consumérisme, qui fait du malade un consommateur de soins, lequel a des droits à faire valoir à l'encontre du professionnel.

⁸⁴ Voir par ex. C.A. Aix, 22 octobre 1906, D. 1907, 2, p. 41, note Mérignac ; C.A. Lyon, 6 janvier 1937, DH 1938.Somm.11 ; C.A. Angers, 4 mai 1947, D. 1948.298, note R. Savatier.

⁸⁵ Cass. civ., 29 mai 1951, Bull. civ., n° 162 ; D. 1952, jur. p. 53, note R. Savatier ; J.C.P. 1951, II, n° 6421, note R. Perrot ; S. 1953, I, jur. p. 41, note R. Nerson ; R.T.D.C. 1951, p. 508, obs. H. et L. Mazeaud.

⁸⁶ C. civ., art. 1315 al. 1 : "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver".

⁸⁷ Cass. civ 1°, 25 février 1997, (premier arrêt) Hédreul, Bull. civ., I, n° 75, D. 1997, somm. p. 319 ; R.D.S.S., 1997, p. 288 ; *Petites affiches*, 16 juillet 1997, p. 17 ; R.T.D.C. 1997, p. 434. La règle a été reprise ensuite par le législateur (C.S.P., art. L. 1111-4 al. 7, L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 11).

⁸⁸ C. civ., art.1385-2 : "Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

⁸⁹ L. Dubouis, "*La preuve de l'information du patient incombe au médecin : progrès ou régression de la condition des patients ?*", R.D.S.S., avril-juin 1997, p. 292 et G. Mémeteau, "*Cours de droit médical*", op. cit., éd. 2001, p. 274.

Sous-paragraphe 1 - L'éthique et la déontologie médicales

L'éthique et la déontologie médicale sont nées au sein même de la médecine et sont presque aussi anciennes qu'elle. Il n'en est pas de même de la bioéthique qui est d'origine récente.

1 - L'éthique et la déontologie médicales traditionnelles

L'éthique et la déontologie médicale sont attestées depuis Hippocrate. Sur l'homme lui-même, on sait peu de choses. Hippocrate de Cos⁹⁰ a été le chef d'une école qui retenait pour bases fondamentales de l'art de guérir l'observation objective des faits et la rigueur morale au service du prochain. Explicitée dans plusieurs traités et condensé en termes lapidaires dans le célèbre *Serment*, qui lui est attribué, ces règles expriment l'idée que le médecin a des devoirs à l'égard de ses malades et de ses confrères.

On peut les résumer à très grands traits. Le médecin transmet son savoir à ses fils⁹¹ et à ses élèves, quasiment adoptés par lui, à charge pour ces derniers de transmettre gratuitement la science médicale aux enfants du maître. Entre l'interdiction d'administrer des poisons et l'engagement à ne pas pratiquer l'opération alors risquée de la taille (l'ablation d'un calcul urinaire), qui était pratiquée par des chirurgiens spécialisés, il s'engage à ne pas prescrire le pessaire abortif (un tampon imbibé de produit provoquant l'avortement). Il semblerait qu'en ce domaine les principes transmis par la société des femmes aient été plus sûrs que ceux des médecins⁹². D'ailleurs il ne s'interdit pas de pratiquer les avortements en utilisant d'autres moyens. La preuve en est qu'Hippocrate a décrit de nombreuses techniques abortives dans le premier livre du *Traité sur les maladies des femmes*.

On présente volontiers la déontologie médicale comme un invariant historique, fondé sur le célèbre serment⁹³. En réalité, la déontologie médicale est un produit de l'histoire, dont le contenu n'a pas cessé d'évoluer en fonction de l'environnement culturel, politique

⁹⁰ (460 env.-380 env. av. J.C.)

⁹¹ Toutefois on signale dans l'Antiquité, l'existence de quelques femmes médecins. Ceci semble relever du mythe, sauf peut-être en Gaule où l'exemple de la tante d'Ausone (v. 310-395) est bien connu.

⁹² J.P. Baud, *"Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique"*, Aubier, Paris, 2001, pp. 288-289.

⁹³ Rares sont les auteurs à s'être écarté de cette interprétation, comme Mme D.Thouvenin, *"Le secret médical. Déontologie"*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, Litec, Paris, fasc. 10 (7, 1998), p. 6 : la déontologie est "le pur produit d'une certaine conception de la médecine, celle de la médecine libérale du XIX^e siècle".

et religieux. D'ailleurs le Serment a connu bien des éclipses⁹⁴ et des variations d'un modèle à l'autre⁹⁵. Pendant des siècles, les médecins n'ont pas imaginé qu'il puisse être contraire à la déontologie médicale de mettre à mort les nouveaux-nés à l'apparence monstrueuse. En 1818 encore, le Dr. Virey semblait admettre implicitement cet infanticide qui ne disait pas son nom au motif que le monstre n'était pas humain⁹⁶. Vers le milieu du XVIII^e siècle, Verdier, qui jugeait pourtant que "les principaux chefs" du serment d'Hippocrate se retrouvaient dans la jurisprudence de son temps⁹⁷, trouvait normal de suivre le précepte du pape Innocent III prescrivant au médecin de ne pas "conseiller pour le salut du corps aucun remède qui mette l'âme en danger" et de ne pas soigner les malades touchés par une maladie

⁹⁴ Les médecins grecs et romains prêtèrent le serment d'Hippocrate peut être jusqu'à la christianisation de l'Empire (J. André, *"Être médecin à Rome"*, Paris, Payot et Rivages, 1995, p. 154). Il connut ensuite une très longue éclipse. Certes les facultés médiévales imposèrent la prestation d'un serment aux jeunes docteurs en médecine. Mais celui-ci ne présentait pas d'originalité fondamentale par rapport à celui des autres corporations savantes. Chaque faculté avait le sien, le fonds commun était les obligations religieuses et morales liées à l'insertion des universités dans les institutions chrétiennes. Dans certaines facultés, la partie essentielle du serment doctoral d'Ancien Régime portait sur l'obligation de soigner gratuitement les pauvres, à l'intérieur ou à l'extérieur des hôpitaux. En réalité il ne réapparut dans certaines universités qu'au cours du XVIII^e siècle. Au XIX^e siècle il entama une seconde carrière sous forme de tradition morale de la médecine, que la théologie chrétienne n'était plus en mesure de fournir. Par ailleurs la diffusion de ce discours fut lente. En 1938 encore, la prestation du serment d'Hippocrate à l'issue de la soutenance de thèse était présentée comme une nouveauté à encourager (F. Olivier-Martin, *"L'organisation corporative de la France d'Ancien Régime"*, Paris, Sirey, 1938, p. 375 n. 1).

⁹⁵ Le serment dit "des facultés" fut un temps concurrencé, après la Seconde Guerre Mondiale, par le serment de l'ordre des médecins, jusqu'à ce que l'institution corporative décide de ne pas reconnaître d'autre serment que celui "des facultés" (Bulletin de l'ordre des médecins, 1947-1948, pp. 175-176 ; 1976, pp. 301-302.). Puis, à la suite de la loi de 1975 libéralisant l'I.V.G., des facultés de médecine cessèrent d'imposer à l'issue de la thèse la prestation du serment (J.P. Baud, *"Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique"*, op. cit., p. 285).

⁹⁶ *"Nouveau dictionnaire d'histoire naturelle appliquée aux arts"*, Paris, 1818, v^o Monstre : "Il n'est pas inutile d'observer que la nature a donné aux mères une grande horreur pour les monstres ; comme si elle n'avait pas voulu laisser vivre les productions dans la formation desquelles les causes étrangères l'ont contrariée. On a vu des poules tuer à grands coups de bec des poussins monstrueux d'un oeuf à deux jaunes. Voilà un instinct bien singulier. Lorsque la nature veut nous porter à suivre ses lois, elle nous les rend agréables par quelque volupté, comme la nutrition, la génération, etc. Lorsqu'elle veut nous écarter de ce qui la blesse, elle nous fait horreur. Toute mère a une horreur secrète pour ce qui est monstrueux..." (cité par J.P. Baud, *"L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps"*, Seuil, Paris, 1993, p. 71)

⁹⁷ J. Verdier, *"Essai sur la Jurisprudence de la Médecine en France"*, Alençon, Prault, 1763, p.54.

vénérienne dès lors qu'ils étaient célibataires⁹⁸. Il n'éprouvait pas davantage de difficultés à admettre la "censure des livres de médecine" exercée par les universités⁹⁹. Dans le premier tiers du XIX^e siècle, l'Académie de médecine et un auteur comme Adolphe Trébuchet n'admettait pas que les médecins puissent voir engagée leur responsabilité professionnelle devant les tribunaux. Dans les années vingt du XX^e siècle, dans son "Précis de déontologie", Étienne-Martin regardait comme "une injustice" que les médecins étrangers puissent exercer en France avec les mêmes droits qu'un Français¹⁰⁰. Par delà quelques éléments plus ou moins stables, chaque époque a rangé dans la déontologie médicale ce qui était conforme aux idées de son temps. "Plaisante justice qu'une rivière borne"¹⁰¹, antérieurement à 1975, le fait d'être convaincu de manoeuvres abortives était une cause de radiation de l'ordre des médecins¹⁰². Il n'est pas interdit de penser que dès lors que l'I.V.G. est devenue aujourd'hui un droit de la femme, le verrou de la clause de conscience toujours reconnue au médecin ne vienne un jour à se rompre¹⁰³ et que, demain, des médecins voient leur responsabilité engagée pour ne pas avoir procédé à un avortement. Comme le disait Pascal, "rien suivant la seule raison n'est juste en soi, tout branle avec le temps"¹⁰⁴.

Traditionnellement, la déontologie médicale recouvrait l'ensemble des devoirs incombant aux médecins dans l'exercice de leur profession, vis à vis de leurs malades, de leurs confrères et de la société¹⁰⁵. À l'origine il ne pouvait s'agir que de devoirs moraux et la notion se confondait avec celle d'éthique médicale. Aujourd'hui encore, dans le monde anglo-saxon on parle toujours de *deontological ethics*. Dès cette époque, la déontologie a influencé le droit médical. On pourrait en donner pour exemple marquant le secret¹⁰⁶, qui figure

⁹⁸ *Ibid.*, p. 207. Il ne s'agit pas d'un excès isolé : ainsi, en 1772, la Faculté de Médecine condamna un médecin, Guilbert de Préval, qui aurait découvert un produit qui aurait préservé infailliblement de la syphilis au motif qu'une telle découverte aurait engendré la licence (M. Simon, "Déontologie médicale", Baillière, Paris, 1845, pp. 427-428).

⁹⁹ J. Verdier, "Essai sur la Jurisprudence de la Médecine en France", *op.cit.*, pp. 190 sq.

¹⁰⁰ Étienne-Martin, "Précis de déontologie et de médecine professionnelle", Masson, Paris, 2^eéd. 1924, p.3.

¹⁰¹ Pascal, "Pensées", II, 3, 1.

¹⁰² C.E., 15 décembre 1944, Jesover, Rec., p. 323 ; C.E., 28 janvier 1949, Miquet, Rec., p. 41.

¹⁰³ On sait d'ores et déjà que les pharmaciens ne peuvent se prévaloir d'une telle clause de conscience et refuser de dispenser la "pilule abortive".

¹⁰⁴ B. Pascal, "Pensées", II, 3, 1.

¹⁰⁵ "Larousse du XX^esiècle", t. 2, Paris, 1929, v^o Déontologie, p. 774.

¹⁰⁶ R. Villey, "Histoire du secret médical", éd. Seghers, Paris, 1986.

dans le serment d'Hippocrate¹⁰⁷, né dans la sphère déontologique avant d'être consacrée par le droit, pour la première fois dans le Code pénal de 1810¹⁰⁸.

Cette influence de la déontologie sur le droit ne s'est jamais démentie depuis.

Mais il ne faudrait pas imaginer que la relation entre la déontologie et le droit ne fonctionne que dans un seul sens. En effet, le droit médical a lui-même exercé une influence sur la déontologie. On pourrait en donner deux exemples. Tout d'abord l'indépendance professionnelle du médecin a été formulée pour la première fois par le juge civil¹⁰⁹. Tout comme le consentement aux soins, consacré par le juge pénal¹¹⁰, avant de l'être par la déontologie médicale et *a fortiori* la bioéthique

Par ailleurs la déontologie a été affectée par une transformation profonde. Au départ, d'essence morale et privée, elle était sans valeur juridique, c'est à dire sans valeur contraignante pour les tribunaux de l'État. D'ailleurs, plusieurs juridictions ont durablement soutenu qu'elles n'avaient pas à connaître de la déontologie comme "critère juridique"¹¹¹. Et d'éminents auteurs ont soutenu jusqu'à il y a peu que les règles déontologiques seraient "sinon des règles de droit, au moins des règles juridiques en état d'émergence mais qui ne sont pas encore exactement assimilables aux règles du droit positif"¹¹². Mais ce n'est plus vrai au moins depuis que la déontologie a été codifiée¹¹³ et que lesdits codes, promulgués par les pouvoirs publics comme décrets, ont pris le caractère de règlements administratifs ordinaires¹¹⁴. Plus

¹⁰⁷ "Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, considérant que de telles choses sont secrètes".

¹⁰⁸ C. Pén., art. 378 : "Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 à 500 frs." C'est la première fois qu'en France une loi consacrait le secret et réprimait sa violation.

¹⁰⁹ Cass. civ. 4 décembre 1929, R.T.D.C. 1930, p. 115, obs. R. Demogue.

¹¹⁰ Cass. crim., 28 janvier 1942, Teyssier.

¹¹¹ C.A. Nancy, 25 janvier 1950, D. 1950, p. 305.

¹¹² J.-M. Auby, "*Droit médical et hospitalier*", t. 1, *op.cit.*, Le Code de déontologie. Généralités, par J.-M. Auby, fasc. 40-2 (5, 1993), pp. 1-2.

¹¹³ Le premier Code de déontologie officiel est celui du 1^{er} août 1941. Il a été adopté par l'Ordre des Médecins, mais n'a jamais été publié au Journal Officiel, à la différence des codes de 1947, 1953, 1979 et 1995, promulgués sous forme de décrets, c'est çà dire de règlements administratifs.

¹¹⁴ La solution a été adoptée de manière expresse à propos des experts-comptables (C.E. 29 juillet 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État, Rec., p. 492) mais elle vaut également pour les autres

précisément encore, si l'on veut bien considérer que l'article 1° du code de déontologie médicale (métropolitain) de 1995 impose aux médecins¹¹⁵ de respecter les dispositions qu'il édicte et que l'inobservation des règles déontologiques expose le médecin à des poursuites disciplinaires qui peuvent aboutir à des sanctions professionnelles (telle que la radiation du tableau de l'ordre), force est de constater que toutes les règles énumérées au Code sont des règles de droit -et que la notion de normes juridiques en état d'émergence est pratiquement sans intérêt, tout comme l'idée de relier la déontologie à la coutume professionnelle¹¹⁶.

C'est dire l'importance du Code. Mais il ne faut pas l'exagérer. Des professions ont une déontologie forte, mais pas de code, comme les avocats et les magistrats¹¹⁷, d'autres ont un code mais pas de déontologie très évidente, comme la police nationale.

La définition de règlements administratifs données aux règles de déontologies qu'énumère le code de déontologie médicale¹¹⁸

ordres professionnels (*ibid.*, Le Code de déontologie. Généralités, par J.-M. Auby, fasc.40-2 (5, 1993), pp. 3 ss.).

¹¹⁵ Positivement, le Code s'impose aux médecins inscrits au tableau de l'ordre, à tout médecin étranger exécutant en France un acte professionnel ainsi qu'au étudiants en médecine effectuant un remplacement ou assistant un médecin (art.1°). Négativement il ne concerne pas les médecins du service de santé des armées qui n'ont pas à être inscrits au tableau (et qui sont soumis à une réglementation déontologique particulière résultant du décret n° 81-60 du du 16 janvier 1981) ni les médecins des collectivités d'outre-mer régies par le principe de spécialité législative, tels que les praticiens de Nouvelle-Calédonie (qui relèvent d'un Code de déontologie médicale qui leur est spécifique). Ceci étant la rédaction de l'article 1° du CDM de Nouvelle-Calédonie est identique à celle du code métropolitain. Les différences entre les deux codes portent sur les articles 24, 85, 91, 99.

¹¹⁶ En effet, dans le courant des années 50, certains tribunaux avaient vu dans les règles déontologiques des "usages légalement constatés" permettant leur assimilation à des règles...coutumières (Trib. civ. Nice, 25 septembre 1957 : "si le code de déontologie n'a aucune portée légale et ne s'impose pas au titre de critère juridique, il n'en fixe pas moins "les principes traditionnels qui s'imposent à tout médecin et à ce titre, il a la valeur d'un usage légalement constaté, dont la violation est susceptible de constituer une faute civile", cf V. Martineau-Bourgninaud, "*Droit privé et déontologie. Étude sur la déontologie des professions organisées en ordre*", Thèse Droit privé, Nantes, 1996, p.407 et E. Terrier, "*Déontologie médicale et droit*", op. cit., pp. 131-132.

¹¹⁷ Mais la magistrature a toujours exalté la dignité qui s'attacherait à ses fonctions. Lors de leur entrée en fonction, les juges prêtent ainsi serment en application de l'article 6 alinéa 2 de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 : "je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat". L'article 43 de cette ordonnance permet alors de considérer que "tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire".

¹¹⁸ La solution a été adoptée de manière expresse à propos des experts-comptables (C.E. 29 juillet 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État, Rec., p. 492) mais elle vaut également pour les autres

emporte des conséquences diverses : positivement le juge administratif peut exercer sur elles un contrôle de légalité (par le biais du recours pour excès de pouvoir) et le juge judiciaire peut connaître par voie d'exception du sens d'une règle déontologique¹¹⁹. Négativement toutefois, la jurisprudence considère qu'il n'est pas possible d'invoquer devant le juge civil ou pénal une règle déontologique. En d'autres termes, on ne peut pas exiger du juge qu'il en fasse application en matière civile ou en matière pénale¹²⁰. "Par exemple, un médecin poursuivi en responsabilité ne pourrait, pour échapper à sa responsabilité, soutenir que sa conduite a été conforme aux dispositions du Code de déontologie. Ou encore dans les poursuites pénales le juge pénal lorsqu'il a à qualifier certains faits ne peut se fonder que sur les dispositions pénales et non celles des Codes de déontologie"¹²¹.

Mais il peut toujours tenir compte de cette règle à titre d'élément d'appréciation. Par exemple pour retenir que le médecin a commis une faute.

Il en est de même de l'éthique médicale qui peut inspirer le magistrat pour apprécier l'attitude d'un médecin. Mais l'éthique - à la différence de la déontologie - est restée entièrement extérieure au droit et n'elle n'a donc jamais de force contraignante. Les déclarations de l'*Association Médicale Mondiale*, par exemple, n'ont en tant que telles aucune valeur juridique. Il en va de même des avis du *Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé* (C.C.N.E.) créé par le décret du 23 février 1983. De l'aveu même de Claude Bernard, son premier président : "son pouvoir est purement moral, lié à la sagesse éventuelle de ses avis"¹²². C'est également le cas de ce qu'on appelle la bioéthique, terme américain qui désigne l'éthique de la recherche biologique et, de plus en plus, celle qui doit présider aux sciences de la vie et de la santé¹²³ et même à l'art

ordres professionnels (*ibid.*, Le Code de déontologie. Généralités, par J.-M. Auby, fasc.40-2 (5, 1993), pp.3).

¹¹⁹ Cass. 1^o civ., 1^o juillet 1958, D. 1959, p. 283.

¹²⁰ J.-M. Auby, "*Droit médical et hospitalier*", t. 1, *op.cit.*, Le Code de déontologie. Généralités, par J.-M. Auby, fasc. 40-2 (5, 1993), p.3.

¹²¹ *Ibid.*, p. 3.

¹²² J.P. Alméras, H. Péquignot, *L'éthique médicale et le droit*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", fasc. 31 (9, 1995), p. 7.

¹²³ Le mot *bioethics* apparaît en Anglais en 1971 (dans l'ouvrage du cancérologue américain Van Rensselear Potter, "*Bioethics : bridge to the future*", Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1971) et en Français en 1982. Dans l'édition de 1990 du *Dictionnaire Robert* il se présente comme simple un synonyme d'éthique médicale. Depuis, alors que le *Larousse* s'en tient à cette signification (éd. 2001), le *Robert* a élargi son sens : "Discipline étudiant les problèmes moraux soulevés par la **recherche** biologique, médicale ou génétique". C'est le sens que retient le Dictionnaire historique de la langue française d'A.Rey (1998). En réalité le terme désigne de plus

médical¹²⁴. Tel n'est pas le cas des lois qui se présentent comme "de bioéthique", afin de récupérer ce terme très en vogue et donner un vernis pimpant au (terne ?) visage du droit.

2 - La bioéthique

Vraisemblablement de tout temps, en médecine, les chercheurs et les praticiens ont voulu imposer leurs propres valeurs à une société qui leur étaient parfois hostile¹²⁵. Au XX^e siècle, par exemple, les médecins eugénistes ont été les premiers à vouloir forger une nouvelle "morale médicale" et à y plier le droit, ce qu'ils ne sont pas parvenus à réaliser en France¹²⁶, à la différence des États-Unis, par exemple. Depuis une trentaine d'années, des courants d'idées d'inspiration différente sont à l'œuvre dans l'univers de la biomédecine. Certes, il n'est pas question de les envisager ici, dans la mesure où ils sont largement étrangers à la thématique de ce livre. Mais il faut noter que, dans le sillage de ce qu'on appelle aujourd'hui la bioéthique, pour utiliser encore ce terme américain, s'est introduite l'idée que le droit devait s'adapter sans cesse aux transformations scientifiques. Ce qui a des conséquences sur le droit de la médecine de ville. Jusqu'alors, conformément aux conceptions juridiques traditionnelles, qui tendaient à faire du droit un ordre stable, le droit médical était essentiellement un droit normatif, un ordonnancement juridique dans lequel la règle édictée devait être obéie et la réalité s'y soumettre¹²⁷. Désormais cette conception s'efface au profit d'une autre, qui,

en plus la morale qui doit présider aux sciences de la vie et de la santé. Il a d'ailleurs investi la **pratique** médicale, par exemple l'euthanasie qui (théoriquement !) n'a pas grand chose à voir avec la recherche. En droit, le terme de bioéthique a été défini pour la première fois au plan législatif par le projet de loi présenté au conseil des ministres le 20 juin 2001 : le terme s'entendrait des "questions éthiques et sociétales liées aux innovations médicales qui impliquent une manipulation du vivant : expérimentations sur l'homme, greffes d'organes et utilisation des parties du corps humain, *procréatique*, interventions sur le patrimoine génétique, etc." ("*Le Monde*", 21 juin 2001, p. 3). Ce texte devrait devenir la prochaine loi relative à la bioéthique, non encore adoptée à l'heure où ces lignes sont écrites.

¹²⁴ La médecine n'est pas une science, au sens que revêt ce terme en mathématiques ou en physique. C'est, croyons-nous, un art incertain dont l'opinion publique hélas a trop tendance à oublier l'aléa inhérent à la discipline.

¹²⁵ C'est ainsi que le droit controversé de disséquer les corps humains n'a pas été admis sans difficulté par la société du XIV^e siècle (M.D. Grmek, "*Histoire de la pensée médicale en Occident*", t.1, Seuil, Paris, 1995, pp.196 ss.)

¹²⁶ Réserve faite de l'acte dit loi n° 941 du 16 décembre 1942 relative à la protection de la maternité et de la première enfance (Bulletin du secrétariat d'État à la Famille et à la Santé, 1942, pp. 301-310) qui a introduit le certificat pré-nuptial

¹²⁷ "...dangereuse exigence de l'esprit peut-être, illusion sans doute, mais malgré tout à l'égard de la norme juridique, singulière révérence" (F. de Fontette, "*Les fondations spirituelles de l'Europe*", "Études offertes à Pierre Jaubert", P. U. B., Bordeaux, 1992, p. 231).

porteuse d'autres intérêts, considère que le droit est en mutation permanente. C'est ainsi que les lois de 1994 dites "de bioéthique"¹²⁸ se présentaient comme devant être modifiées dans les cinq ans (d'où l'ironie d'un auteur qui a parlé à leur propos de "lois biodégradables"). Le tout dernier texte en la matière, la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 se présente également comme révisable dans les cinq ans. Certes, tel n'est pas le cas des textes qui régissent l'activité thérapeutique des médecins, mais force est de constater que les règles qui les concernent changent sans cesse (notamment dans le domaine de la responsabilité) et que les "valeurs de la bioéthique" s'instillent aujourd'hui dans la pratique médicale courante.

Si les expérimentations sur l'embryon qui existent au Royaume Uni depuis 1990 (sans d'ailleurs y avoir conduit à aucun résultat digne d'intérêt) n'intéressent que la recherche médicale, il n'en est pas de même de l'élargissement de l'AMP (Assistance Médicale à la Procréation) et du DPI (Diagnostic génétique préimplantatoire) qui auront obligatoirement des incidences sur la gynécologie. En attendant peut être le jour, où, comme l'écrit Robert Edwards : "ce sera un péché des parents d'avoir un enfant qui porterait le lourd fardeau d'un désordre génétique".

Au-delà de ces exemples circonscrits, on sent l'influence de la bioéthique dans l'insistance particulière mise aujourd'hui sur l'information et le consentement du particulier, qui pourrait également s'analyser comme une influence du droit de la consommation. C'est dire déjà qu'en second lieu, l'essor du droit de la consommation a lui-même modifié la relation médicale.

Sous-paragraphe 2 - Le consumérisme

Par consumérisme, il faut entendre ici un mode de représentation de la réalité valorisant la consommation (liée au progrès et à la prospérité), focalisé sur l'idée de défense des consommateurs, qui ont des droits à faire valoir à l'égard des professionnels, susceptibles de les leurrer ou du moins les léser.

Certes, il y a toujours eu des points communs entre la relation de consommation et la relation médicale : le déséquilibre entre le professionnel, qui est un sachant, et le particulier, qui est un profane, exposé au risque d'une non-information et d'un préjudice possible.

¹²⁸ L. n° 94-548 du 1° juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; L. n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain (J.O.R.F., 30 juillet) ; L. n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal (J.O.R.F., 30 juillet).

Mais ces relations relevaient de deux ordres différents. La première est d'essence commerciale : le droit de la consommation est un droit dérogatoire et protecteur, historiquement né de la méfiance envers le professionnel et conçu pour protéger le client¹²⁹. A l'inverse, la médecine ne doit jamais être pratiquée comme un commerce : le droit médical ne procède pas de la volonté d'aider le soigné ou même le soignant. Bien que la réglementation précoce de l'accès à la profession ait été établie dans l'intérêt de la santé publique, on ne peut pas dire que le droit médical soit apparu pour défendre les malades et, quoiqu'on ait consacré dans le premier tiers du XX^e siècle les fameuses "libertés médicales", il serait encore plus difficile de soutenir la thèse selon laquelle le droit médical procéderait du souci de protéger les médecins. Cette branche du droit a émergé pour garantir un bon exercice médical sous le contrôle direct ou indirect des pouvoirs publics. D'ailleurs la discipline, longtemps dépendante de l'ordre administratif et pénal, a été durablement centrée sur les obligations des médecins à l'égard des autorités administratives et judiciaires. Puis elle s'est développée pour encadrer juridiquement la relation privée, la relation civile entre la personne soignante et la personne soignée, au point qu'en pratique le droit médical est devenu, dans une large mesure, une branche du droit civil, ainsi qu'on l'a déjà observé.

Le consumérisme tend à y introduire des règles spéciales tirées du droit de la consommation. La Cour de cassation elle-même a considéré que les patients qui concluaient un contrat avec un médecin devaient être considérés comme des "consommateurs des dits services"¹³⁰. Et les pouvoirs publics parlent de "consommation médicale"¹³¹. Le mouvement d'imprégnation a bénéficié pour cela d'un environnement propice avec notamment la confusion entre les notions de patients et de clients, la réglementation des prix et services¹³², la publicité et l'affichage des tarifs médicaux¹³³, non

¹²⁹ J.-M. Tuffery, *"Ébauche d'un droit de la consommation : la protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVII^e et XVIII^e siècles"*, Thèse Droit, L.G.D.J., Paris, 1998. Voir également G. Cas, *"La défense du consommateur"*, P.U.F., coll. Que sais-je ?", 1975.

¹³⁰ Cass. crim., 15 mai 1984, Amzallag, note G. Mémeteau, Dalloz, 1986, p. 106.

¹³¹ Voir par ex. Arrêté du 9 juillet 2003 "relatif à la mise en œuvre de l'article 11 du décret n° 99-316 du 26 avril 1999 modifié concernant le suivi de la consommation médicale et de l'activité des professionnels de santé dans les établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes".

¹³² C.E., 23 février 1949, Faveret, Rec., p. 88 (admettant d'inclure les tarifs médicaux dans la législation sur les prix, prévue pour la vente des biens et services) ; Trib. corr. Nanterre, 26 octobre 1978 (qui concède cependant qu'il puisse "paraître surprenant voire même choquant que les dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945 puissent être applicables aux membres des professions médicales ou paramédicales qui, dans un cadre d'exercice libéral et à la différence des prestations de nature commerciale et matérielle, dispensent essentiellement leur science et leur art de soigner").

seulement dans les cabinets mais également à l'hôpital¹³⁴ et la consécration du droit à rétractation¹³⁵. Ce processus de pénétration dénature la relation médicale. Ainsi, par exemple, le droit de la consommation sanctionne les refus de vente¹³⁶. Peut-on imaginer qu'il soit applicable à un médecin refusant des soins hors situation de discrimination entre les patients et bien sûr de péril ?

En effet, contrairement aux États-Unis où, indéniablement, le *Patient Protection Act* appréhende le patient comme un consommateur (*consumer*) et où l'intervention du médecin sur le corps d'autrui n'est pas subordonnée à la nécessité thérapeutique, comme c'est le cas chez nous depuis des décennies¹³⁷, mais à un choix de convenance (*life-style choice*) susceptible de justifier les déviations les plus stupéfiantes¹³⁸, en France, même s'il n'existe pas de frontière étanche entre le droit de la consommation et le droit médical¹³⁹, la relation médicale demeure encore fondamentalement une relation civile, c'est

¹³³ B. Pitcho, "*Le statut juridique du patient*", op. cit. p. 206 qui observe que l'article L. 113-2 du Code de la consommation oblige tous les prestataires de service à procéder à un affichage clair des prix.

¹³⁴ C.E., 11 janvier 1991, Mme Biancallo : l'hôpital peut être sanctionné en cas de défaut d'information sur le coût des prestations dès lors que celles-ci ne sont pas prises en charge par le régime de Sécurité sociale du patient. Quelques années plus tard, la haute instance a parlé de cliente pour une patiente d'un C.H.U., il est vrai à l'occasion d'une opération de chirurgie esthétique (C.E., 15 mars 1996, Melle Durand, Rec., p. 85, Petites Affiches, 16 septembre 1996, p. 6, note C. Clément). Il ne s'agit pas là d'un épiphénomène, lorsqu'on songe qu'entrent aujourd'hui au nombre des éléments de la mission du service public hospitalier la mise à la disposition de postes de télévision (C.E., 8 juin 1994, Sté Codiam, Rec., p. 294), la restauration des patients (C.E. 16 janvier 1995, M. Delignères)...et un jour peut-être la mise à disposition de locaux climatisés l'été.

¹³⁵ C.S.P., art. L. 1111-4, al. 3 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 11). D'ailleurs, il existe désormais des directions de la clientèle dans certains C.H.U. (T. Juan, "*Les associations d'usagers et le service public hospitalier*", Thèse Droit, Aix, 2003, p. 30).

¹³⁶ C. cons., art. L. 122-1.

¹³⁷ C'est ce que rappelle la vieille affaire des stérilisés de Bordeaux dans les années 1930. L'origine remonte à la propagande anticonceptionnelle opérée par un ancien instituteur (devenu coiffeur à Bordeaux). Celui-ci prônait la stérilisation comme remède au risque de surpeuplement. Son "enseignement" eut un certain succès qui conduisit certains disciples à se faire stériliser. La Cour de cassation considéra que ces stérilisations étaient pénalement répréhensibles en se fondant sur l'absence d'intérêt thérapeutique et en écartant le fait qu'en l'espèce "les victimes auraient consenti aux violences" (Cass. crim., 1^o juillet 1937, DH. 1937, p. 537 ; JCP 1937, II, 440, S. 1938, 1, 193, note Tortat ; Gaz. Pal. 1937, 2, 358).

¹³⁸ Tel est le cas de la "chirurgie esthétique du *design* et du rajeunissement du sexe féminin", pratiquée par des établissements comme le *Laser Vaginal Rejuvenation Institute* de Los Angeles à des fins ouvertement commerciales.

¹³⁹ J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, "*Droit de la consommation*" Dalloz, Paris, 6^o éd., Paris, 2003, p. 4 et 6. D'ailleurs ces auteurs étudient la réparation des dommages médicaux (p. 336) dans le paragraphe concernant la réparation des dommages causés par des prestataires de service...

à dire une relation régie par le droit commun, qui sous-tend la confiance, et non par un droit dérogatoire, caractérisé par l'acceptation du mobile commercial et, ceci expliquant cela, la méfiance du client à l'égard du professionnel

En tous cas, cette mutation a entraîné une évolution dans le contenu du droit médical. Il en est de même du développement de l'État-Providence.

Sous-paragraphe 3 - Le contrecoup du remboursement des dépenses médicales par la solidarité nationale

Le développement de l'État-Providence a très vite interféré avec la relation soignant-soigné, suscitant l'opposition des médecins qui appréhendaient de devenir dépendants de systèmes socialisés.

Les syndicats médicaux (légalisés par la loi du 20 novembre 1892) ont commencé par s'opposer à la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite et même celle du 9 avril 1898 sur les accidents de travail, qui avait en commun avec la précédente de fixer un tarif, portant atteinte au principe de la libre entente entre le médecin et son patient. Ils ont également fait bloc contre la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales¹⁴⁰, qui avait pourtant renoncé à l'idée de rémunérer forfaitairement le médecin et maintenu le paiement à l'acte, en principe un paiement direct, bien que le "tiers payant" ait été admis à titre dérogatoire.

Il n'est pas possible de retracer ici dans le détail les relations tumultueuses des syndicats médicaux et des pouvoirs publics depuis l'institution de la Sécurité sociale en 1945.

On retiendra simplement que les lois sociales n'ont jamais eu pour objectif de socialiser la médecine (et même la pharmacie). Toutefois, à partir du moment où la collectivité a choisi de prendre à sa charge les frais médicaux (et pharmaceutiques), il est devenu inévitable que les honoraires médicaux (comme le prix des médicaments) échappent à la loi de l'offre et de la demande. De même la substitution du remboursement par la délégation de paiement était dans la logique du système, qui ne pouvait qu'aboutir à la généralisation du tiers payant. L'exercice médical privé (comme l'exercice officinal pharmaceutique) y a survécu. Mais il s'est métamorphosé, affectant profondément le fonctionnement de la profession qui revêt, de plus en plus, le caractère d'un service public à gestion privée. On s'aperçoit à peine aujourd'hui que cette évolution est porteuse d'importantes transformations dans les modalités d'exercice et même dans la déontologie.

¹⁴⁰ J.O. 12 avril 1928.

Elles sont perceptibles tant en Métropole qu'en Nouvelle-Calédonie.

Traditionnellement le médecin ne pouvait s'abstenir moralement tant que subsistait "une possibilité thérapeutique, voire une simple chance thérapeutique"¹⁴¹. Or le code de déontologie métropolitain de 1995 (comme le code calédonien de 1997) ne dit plus, comme son devancier de 1979, que le médecin doit respecter la morale médicale¹⁴² et il lui impose aujourd'hui de ne pas mettre en péril la sécurité des soins et de ne pas prendre des risques injustifiés¹⁴³.

Anciennement le coût d'une thérapie n'était pas un élément dont un médecin devait tenir compte. Le premier code de déontologie à intégrer ce paramètre a été le *Berufsordnung für die deutschen Ärzte vom 5. November 1937*, le Code professionnel des médecins allemands du 5 novembre 1937¹⁴⁴, promulgué sous le régime national-socialiste, qui imposait aux médecins de "tenir compte des nécessités économiques". Cette idée s'est aujourd'hui banalisée...

Déjà, en 1981, le code de déontologie des médecins militaires disposait que le médecin des armées devait cependant limiter ses prescriptions "à ce qui est nécessaire à l'efficacité du traitement"¹⁴⁵. Cette formulation radicale a été annonciatrice. Aujourd'hui, la loi exige que le médecin limite ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire¹⁴⁶ et le code de déontologie métropolitain se réfère à cette obligation légale¹⁴⁷.

Sur le Territoire, la convention médicale du 17 décembre 1997 dispose que les médecins "sont tenus, dans tous les actes et prescriptions, d'observer dans le cadre de la législation, de la réglementation et de la convention les concernant, la plus stricte économie compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins, notamment par l'application des R.M.O. définies en annexe"¹⁴⁸.

¹⁴¹ A. Atias, *"L'aléa thérapeutique, référence juridique ou réalité médicale ?"*, Thèse Médecine, Marseille, 2003, p. 57.

¹⁴² V. Martineau-Bourgninaud, *"Droit privé et déontologie. Étude sur la déontologie des professions organisées en ordre"*, Thèse Droit privé, Nantes, 1996, p.11.

¹⁴³ C.D.M., art. 8 : Le médecin doit, "sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à **ce qui est nécessaire** à la qualité, à la **sécurité** et à l'efficacité **des soins**".

C.D.M., art. 40 : "Le médecin doit s'interdire...de faire courir au patient un risque injustifié" (notamment en utilisant une thérapeutique audacieuse ?)

¹⁴⁴ Émile Berg, *"Code professionnel des médecins allemands du 5 novembre 1937. Sa comparaison avec le Code de déontologie français du 1^{er} avril 1941"*, Thèse Médecine, Strasbourg, 1947.

¹⁴⁵ Décret n° 81-60 du 16 janvier 1981, art. 10.

¹⁴⁶ C.S.S., art. L. 162-2-1 (Ord. n° 96-345 du 24 avril 1996) ; C.D.M., art. 8-1.

¹⁴⁷ C.D.M., art. 8 : "Dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions..."

¹⁴⁸ Art. 10 : "Délivrance des soins".

Avec l'institution du "médecin référent" (pour les patients bénéficiant d'une prise en charge 100 % en longue maladie), celle du "dossier de suivi médical", qui doit être présenté par le patient qui compte demander le remboursement des honoraires par lui versé¹⁴⁹ et aussi, en droit pharmaceutique avec le remboursement des spécialités sur la base du médicament le moins cher à principe actif équivalent¹⁵⁰, consacré dès 1997, la Nouvelle-Calédonie a même une position pilote en la matière. La Métropole vient tout juste de la rattraper avec la loi Douste-Blazy de 2004, qui dispose que le patient qui veut être remboursé doit avoir un "médecin traitant"¹⁵¹ et disposer d'un "dossier médical personnel"¹⁵².

SECTION 3

L'ORIGINALITE DE LA SITUATION INSTITUTIONNELLE DE LA NOUVELLE-CALEDONIE (G. Orfila)

Jusqu'à ces dernières années la Nouvelle-Calédonie était un territoire d'outre-mer¹⁵³. Son histoire institutionnelle mouvementée¹⁵⁴ ne doit pas faire oublier que depuis le décret du 22 juillet 1957¹⁵⁵ pris en application de la loi-cadre du 23 juin 1956¹⁵⁶ l'assemblée locale (assemblée territoriale jusqu'en 1989, puis congrès de la Nouvelle-Calédonie) a été dotée de nombreuses attributions et de compétences appréciables. Des services publics territoriaux ont été créés nécessitant le développement d'une fonction publique locale¹⁵⁷. Ce partage de compétences n'a jamais été remis en cause même si depuis cette

¹⁴⁹ Art. 29 : "Dossier de suivi médical".

¹⁵⁰ Art. 22 : "Liste des médicaments les moins chers à même principe actif".

¹⁵¹ Art. 4 : "Tout assuré ou ayant droit indique le nom du médecin traitant qu'il a choisi".

¹⁵² Art. 2 : "Chaque bénéficiaire de l'assurance maladie dispose d'un dossier médical personnel".

¹⁵³ La Nouvelle-Calédonie a cessé d'être un territoire d'outre-mer avec l'application de la loi organique du 19 mars 1999.

¹⁵⁴ Sur l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, V.Gérard Orfila, *"Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie"*, éd. L'Harmattan, mai 2000, p. 12 à 23.

¹⁵⁵ D. n° 57-811 du 22 juillet 1957, portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale en Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F. 23 Juillet 1957, p. 7254, J.O.N.C. 9-16 septembre 1957, p. 474.

¹⁵⁶ L. n°56-619 du 23 juin 1956 autorisant le gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer, dite "loi Defferre" ou encore "loi cadre", J.O.R.F. 24 Juin 1956 p.5782, J.O.N.C. 16 et 23 juillet 1956 p. 372. Cette loi avait été plus spécialement conçue pour les territoires d'outre-mer africains.

¹⁵⁷ Un arrêté du gouverneur avait organisé la fonction publique territoriale dès 1953.

époque le champ d'application de ces attributions et compétences a fait l'objet de multiples modifications¹⁵⁸.

Si le décret du 22 juillet 1957 a fait bénéficier la Nouvelle-Calédonie d'une large décentralisation, il est apparu que cette autonomie était quelque peu prématurée et qu'il fallait revenir sur quelques unes des attributions précédemment accordées, ce que fit la loi Jacquinot en décembre 1963¹⁵⁹.

Les statuts qui se sont succédés de 1976 à 1988¹⁶⁰ ont essayé d'établir un équilibre entre les attributions du Territoire et les compétences de l'État tout en s'employant à gommer les inégalités économiques et sociales existant entre Nouméa et les autres parties de la Nouvelle-Calédonie. A la fin de cette période, alors que le pays connaissait des troubles graves et un climat de guerre civile marqué par de nombreuses violences, l'idée force qui a dominé l'organisation du pays a été la décentralisation interne (création des régions par la loi n° 85-812 du 23 août 1985).

A la suite de violences particulièrement graves qui ont marqué le printemps 1988¹⁶¹ les deux principales forces politiques du Territoire et l'État français ont signé le 27 juin les accords de Matignon et ont engagé la Nouvelle-Calédonie dans la voie de la réconciliation, du développement et du rééquilibrage économique, laissant à un référendum prévu en 1998 le soin de régler la question de l'autodétermination. Ces accords ont mis fin à une longue période d'instabilité institutionnelle et ont engagé le pays vers de nouvelles institutions mises en place après l'adoption de la loi référendaire du 9 novembre 1988¹⁶². Ce texte a aménagé un statut transitoire et a traduit en termes juridiques le dessein politique des signataires des accords de

¹⁵⁸ Les différents statuts que la Nouvelle-Calédonie a connus depuis le décret du 22 juillet 1957 ont tous précisé la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie. Cette répartition a varié d'un statut à l'autre, mais d'une manière générale les "blocs de compétences", selon l'expression de G. Agniel, sont restés à peu près les mêmes. Sur cette question V. Dominique Bur, *"La Nouvelle-Calédonie à travers les statuts"*, Revue Administration, numéro sur l'outre-mer (170), janvier-mars 1996, p. 59.

¹⁵⁹ Monsieur Jacquinot était alors ministre de la France d'outre-mer. La loi Jacquinot a été définitivement adoptée par le Parlement le 21 décembre 1963. Ce texte a profondément remanié le conseil de gouvernement et a établi une représentation proportionnelle au sein du conseil. Ce texte a donc aménagé une certaine collégialité du gouvernement d'alors.

¹⁶⁰ De la loi du 28 décembre 1976 dite "loi Stirn" à la loi référendaire du 9 novembre 1988 il y eut quatre statuts : en 1984 (loi n° 84-821 du 6 septembre 1984), en 1985 (loi du n° 85-892 du 23 août 1985), en 1986 (loi n° 86-844 du 17 juillet 1986) et en 1988 (loi n° 88-82 du 22 janvier 1988).

¹⁶¹ Notamment la tragédie d'Ouvéa.

¹⁶² L. n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F.. 10 novembre 1988, p. 14087 et J.O.N.C.. 17 novembre 1988, p. 1853.

Matignon. La décentralisation interne a été conservée. Le Territoire a été divisé en trois provinces dotées d'une compétence de droit commun. Cependant les attributions de l'État sont restées nombreuses¹⁶³ et ont atténué l'autonomie du Territoire, bien que celui-ci ait conservé des compétences appréciables¹⁶⁴. De même la compétence de droit commun accordée aux provinces a été vidée d'une grande partie de sa substance. Dans ce statut le haut-commissaire était à la fois le représentant de l'État et l'exécutif du Territoire¹⁶⁵.

En 1998 les signataires des accords de Matignon ont préféré négocier pour éviter le référendum sur la question de l'autodétermination¹⁶⁶. Ce faisant, ils ont signé le 5 mai l'accord de Nouméa¹⁶⁷. Cet accord, approuvé par voie de référendum, servira de fondement à la loi organique du 19 mars 1999¹⁶⁸. Cette loi a repris le schéma d'organisation de la loi référendaire, mais dans une perspective évolutionniste beaucoup plus marquée. Au fil du temps l'État transférera à la Nouvelle-Calédonie la plupart de ses compétences¹⁶⁹, tandis qu'un gouvernement collégial gèrera les affaires du pays et sera associé à l'exercice de certaines des compétences de l'État. A la fin d'une période de 15 à 20 ans les Néo-Calédoniens auront à choisir entre la pleine souveraineté et l'autonomie extrême.

L'accord de Nouméa contient un volet qu'on pourrait qualifier de moral : c'est le préambule. Ce texte est important à la fois par sa place et son contenu. Il énonce les conditions dans lesquelles la Nouvelle-Calédonie est devenue une colonie, eu égard aux règles du droit international de l'époque, les conséquences qui en sont résultées pour le peuple canaque privé de son identité, les incompréhensions réciproques, les ombres de la période coloniale tout en faisant une allusion voilée à ses réalisations, etc. Mais ce préambule envisage

¹⁶³ L. référendaire, art. 8.

¹⁶⁴ L. référendaire, art. 9.

¹⁶⁵ L. référendaire, art. 64 (représentation de l'État) et 65 (exécutif du territoire).

¹⁶⁶ Qualifié par Jacques Lafleur de "référendum couperet".

¹⁶⁷ J.O.N.C. 11 juin 1998, p. 2250.

¹⁶⁸ L. n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F. 21 mars 1999, p. 4.197 et J.O.N.C. 24 mars 1999, p. 1.182.

¹⁶⁹ Certains transferts ont déjà été réalisés quelques mois seulement après l'application de la loi organique. Il s'agit des compétences énumérées par le paragraphe 3.1.1. du document d'orientation de l'accord de Nouméa. Parmi ces compétences le commerce extérieur, le droit à l'emploi, le droit au travail des ressortissants étrangers, la navigation et les dessertes maritimes internationales le domaine public maritime transféré aux provinces. Aucune de ces compétences ne concerne directement la santé et l'exercice de la médecine. D'autres transferts vont suivre. Il s'agit des compétences transférées dans une seconde étape, au cours des second et troisièmes mandats du congrès. Ces compétences sont énumérées par le paragraphe 3.1.2. du document d'orientation de l'accord de Nouméa et l'article 21 § III de la loi organique.

également l'avenir et fixe les grandes lignes d'une évolution qui doit s'étendre sur une période de 15 à 20 ans. Cette évolution doit permettre la formation d'une identité calédonienne à partir de la reconnaissance préalable de l'identité kanak et de la légitimité des droits des autres communautés qui vivent sur le Territoire. Cette évolution se traduira par l'émergence d'une citoyenneté calédonienne¹⁷⁰, conséquence logique de la constitution d'une communauté humaine aux composantes multiples. Durant cette période il y aura partage de certaines compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire une souveraineté partagée¹⁷¹. Les transferts de compétences à la Nouvelle-Calédonie seront progressifs. Au plus tard, à la fin de la période de vingt ans, le transfert des dernières compétences, c'est-à-dire des compétences régaliennes, sera proposé aux citoyens de la Nouvelle-Calédonie. L'approbation d'un tel transfert équivaudra à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie.

L'architecture des nouvelles institutions issues de la loi organique du 19 mars 1999 est dans le prolongement de celle de la loi référendaire. La décentralisation provinciale est maintenue. Si la composition des assemblées provinciales est légèrement différente, leurs attributions sont renforcées. Le congrès est toujours composé de 54 membres. Au fil du temps ses compétences et attributions deviendront de plus en plus nombreuses. Certaines de ses délibérations ont valeur législative : les "lois du pays"¹⁷². Dans certains domaines il y a partage de compétences avec l'État. L'une des innovations essentielles est la création d'un gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Il s'agit d'un organe collégial composé de cinq à onze membres. La composition de cet exécutif sera fixée par le congrès¹⁷³. De son côté le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, en tant que représentant de l'État, agit dans le domaine des compétences de l'État¹⁷⁴. De plus il est garant, en quelque sorte, de la bonne application de l'accord et de la loi

¹⁷⁰ Accord de Nouméa, Préambule et L. organique, art.4 et 188.

¹⁷¹ Accord de Nouméa, Préambule et L. organique, art. 28 à 38. Le préambule de l'accord de Nouméa fait référence à cette souveraineté partagée dans son paragraphe 5 : "Le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée". Ces compétences concernent des matières importantes (relations internationales et régionales, audiovisuel, maintien de l'ordre, enseignement supérieur, etc.). Le document d'orientation préfère se référer à des compétences partagées (§ 3.2).

¹⁷² Les lois du pays interviennent dans les matières énumérées par l'article 99 de la loi organique.

¹⁷³ L. organique, art. 109. La délibération n° 2 du 1er juin 2004 fixe à onze le nombre des membres du gouvernement.

¹⁷⁴ L. organique, art.200 à 203.

organique¹⁷⁵. Les nouvelles institutions contiennent également d'autres innovations, dont la création d'un sénat coutumier qui se substitue à l'ancien conseil consultatif coutumier¹⁷⁶. Ce sénat a vocation à jouer un rôle important en matière législative et réglementaire : les projets ou propositions de lois du pays relatives aux signes distinctifs lui sont soumis et il peut saisir le gouvernement ou le congrès de propositions intéressant l'identité kanake.

L'originalité de ces institutions est incontestable, surtout si l'on se place dans la tradition juridique française. Il est certain que l'accord de Nouméa a créé une nouvelle donne dont on n'a pas fini de mesurer les conséquences sur notre système juridique. Le transfert programmé de nombreuses compétences de l'État, la création d'un véritable gouvernement local¹⁷⁷, la possibilité pour le congrès d'adopter des lois dans certaines matières, l'association de la Nouvelle-Calédonie à certaines compétences de l'État¹⁷⁸, la reconnaissance de l'identité canaque accompagnée de la création d'un sénat coutumier¹⁷⁹ et enfin la prise en compte d'une citoyenneté calédonienne¹⁸⁰ sont autant de changements profonds apportés à notre ordonnancement juridique. Mais pouvait-on faire autrement ? L'essentiel est que le pays connaisse un développement économique, social et culturel dans une entente harmonieuse entre toutes les ethnies et communautés qui le peuplent. Et qu'il puisse dans l'avenir se gouverner librement selon les choix qu'il aura faits. Si ces institutions originales choquent parfois, si sur certains points les négociateurs de l'accord de Nouméa sont allés trop loin ou pas assez, il n'en demeure pas moins que ces innovations, avec un premier recul de six ans, nous paraissent nécessaires. Bien entendu ces innovations ont fait et font parfois

¹⁷⁵ L. organique, art.200.

¹⁷⁶ L. organique, art.137 à 148.

¹⁷⁷ Il y a un précédent à prendre en compte : le conseil de gouvernement créé par le décret du 22 juillet 1957. Cette expérience a été un demi succès (ou un demi échec si l'on envisage cette création sous un angle pessimiste !). Toujours est-il qu'il faut éviter de croire que la situation actuelle est un "remake" de celle qui existait en 1957. La Nouvelle-Calédonie a progressé dans tous les domaines depuis cette époque qu'on peut considérer comme lointaine. Elle s'est considérablement développée et s'est dotée d'une fonction publique efficace. Elle dispose maintenant de nombreux cadres appartenant à toutes les ethnies.

¹⁷⁸ Que d'aucuns désignent par l'expression de "*souveraineté partagée*", expression employée dans le préambule de l'accord de Nouméa. Mais s'agit-il d'une véritable souveraineté ?

¹⁷⁹ C'est-à-dire d'une assemblée consultative représentant les intérêts matériels et surtout moraux d'une seule ethnie. Ce sénat, pour peu que les coutumiers lui donne l'impulsion nécessaire, pourrait jouer un grand rôle dans l'affirmation de l'identité canaque et de la modernisation de la coutume.

¹⁸⁰ Sur la question de l'identité canaque, de la citoyenneté et du respect des différences, V. Gérard Orfila : "*Le respect et le traitement des différences dans la loi organique du 19 mars 1999*", Revue Y H I (janvier 2001), éditée par le Centre d'Étude du Pacifique, p. 217 à 248 (Colloque CEPAC mai 2000).

l'objet de vives critiques. Il a fallu faire des choix et ces choix ne sauraient plaire à tout le monde. Mais ces choix ont été voulus par la majorité des Calédoniens¹⁸¹, ce qui tranche le débat.

SECTION 4 LES SOURCES DU DROIT MEDICAL EN NOUVELLE- CALEDONIE (G. Orfila)

Les sources du droit médical sont une des nombreuses illustrations du caractère original du système juridique et réglementaire de la Nouvelle-Calédonie¹⁸². La répartition des compétences entre l'État français, la Nouvelle-Calédonie et ses provinces engendre un pluralisme des sources du droit dans ce domaine. Certaines règles procèdent des textes législatifs ou réglementaires de l'État (§. 1), d'autres des textes calédoniens (§. 2).

§ 1 - Les lois et textes réglementaires de l'État

Les lois nationales ne sont pas applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie, même lorsqu'elles concernent le domaine des compétences de l'État tel qu'il a été déterminé par la loi organique du 19 mars 1999. Ces lois doivent être introduites dans l'ordre juridique local. Cette exigence procède du principe de la spécialité législative¹⁸³. De plus, pour qu'une loi de l'État soit applicable, il faut que la procédure d'extension à la Nouvelle-Calédonie ait été respectée et qu'elle ait fait l'objet d'une publication au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie¹⁸⁴.

Le principe de la spécialité législative, dont les origines remontent à la constitution de l'an VIII (1799) a pour raison d'être le particularisme de territoires très éloignés de la métropole et dont l'identité est très affirmée. Ce principe s'appliquait à la Nouvelle-Calédonie quand elle était un territoire d'outre-mer. Il s'y applique toujours, mais dans un domaine qui se restreindra peu à peu du fait des transferts de compétences à venir. En matière médicale les lois de l'État concernent actuellement des matières peu nombreuses mais essentielles comme les études médicales, l'obtention des diplômes de

¹⁸¹ L'accord de Nouméa a été approuvé par 72 % des électeurs votants lors du référendum du 8 novembre 1998.

¹⁸² Sur l'ensemble du régime législatif en Nouvelle-Calédonie, V. Gérard Orfila : *"Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie"*, éd. L'Harmattan, mai 2000

¹⁸³ Gérard Orfila, ouvrage précité, p. 76 et 77 ; V. également Gérard Orfila, *"La Nouvelle-Calédonie et le droit"*, éd. L'Harmattan, juin 1998, p. 39 à 46.

¹⁸⁴ Sur le mécanisme d'introduction des lois de l'État, V. Gérard Orfila : ouvrage précité, p. 67 à 85 ; V. également du même auteur dans l'Encyclopédie juridique Dalloz la rubrique *"Outre-mer"*, n°14 à 32.

médecin, les certificats de spécialité, la responsabilité civile ou pénale des médecins.

Certaines lois sont applicables de plein droit en raison de leur objet. Il s'agit de textes ayant vocation à recevoir application sur l'ensemble du territoire de la République française¹⁸⁵. Ces textes ne concernent guère les questions médicales.

Les textes réglementaires de l'État peuvent également concerner la santé et l'exercice de la médecine. Il s'agit là de compétences de la Nouvelle-Calédonie, que ces textes peuvent affecter d'une manière indirecte. Selon les cas les décrets de l'État sont applicables avec ou sans mention d'application. Les décrets autonomes sont introduits avec mention. Ils sont peu nombreux et concernent souvent des compétences exercées depuis longtemps par la Nouvelle-Calédonie. Les décrets d'application des lois elles-mêmes applicables en Nouvelle-Calédonie sont applicables sans mention, selon l'opinion du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie¹⁸⁶ précisée dans deux avis donnés en 1993¹⁸⁷. La Cour d'appel de Nouméa à l'inverse estime que les décrets d'application ne sauraient recevoir application en l'absence de toute mention d'extension¹⁸⁸. Ce faisant la Cour d'appel de Nouméa fait une application stricte du principe de la spécialité législative.

¹⁸⁵ Il s'agit notamment des textes concernant l'organisation des pouvoirs publics, les lois d'application générale (défense nationale, signes distinctifs de la nation), la condition des personnes (cas des fonctionnaires de l'État, état, capacité, régimes matrimoniaux et successions des personnes ayant le statut civil de droit commun), des traités internationaux ratifiés et applicables à l'ensemble du territoire national.

¹⁸⁶ Cette opinion a été émise dans des avis sollicités par le représentant de l'État. L'un de ces avis concernait l'enseignement du secourisme et les premiers secours.

¹⁸⁷ Avis n° 2/93 du 19 mars 1993 et avis n° 8/93 du 25 octobre 1993. Dans l'un de ces avis le tribunal a affirmé : *"les décrets d'application d'une loi elle-même applicable, sont applicables sans mention, car le pouvoir exécutif, chargé de l'application, ne saurait modifier le champ d'application défini par l'autorité compétente"*.

¹⁸⁸ Nouméa 17 décembre 1992 (deux arrêts) ; Nouméa 23 juin 1994. Ces arrêts sont inédits.

§ 2 - Les lois et textes réglementaires calédoniens

Au fil du temps la Nouvelle-Calédonie et ses provinces ont vu leurs compétences s'élargir de façon considérable. Dans un avenir proche l'État n'exercera que les compétences qualifiées de "régaliennes"¹⁸⁹. Mais d'ores et déjà il faut noter qu'en matière de santé publique et de droit médical, nombreux sont les textes locaux adoptés soit par la Nouvelle-Calédonie¹⁹⁰, soit par ses provinces. Ces textes peuvent être de plusieurs sortes :

1 - Les "lois du pays"

La possibilité pour le congrès d'adopter de telles lois constitue l'une des innovations majeures de la loi organique du 19 mars 1999. Ces lois ne peuvent exister que dans des domaines bien déterminés fixés par l'article 99 de la loi organique. Actuellement, parmi les compétences transférées ayant un rapport avec la santé publique et le droit médical, l'article 99 ne vise que les principes directeurs du droit de la sécurité sociale. Dans ce domaine le congrès a déjà adopté toute une série de textes. Dans l'avenir certaines matières¹⁹¹ de droit civil¹⁹², quand ce droit aura été transféré¹⁹³ et dans la mesure où il concerne la santé, les médecins et l'exercice de la médecine, pourront faire l'objet d'une telle loi.

¹⁸⁹ Il s'agit de la justice, l'ordre public, la défense, la monnaie et les affaires étrangères. Ces compétences sont énumérées par le paragraphe 3.3 du document d'orientation de l'accord de Nouméa.

¹⁹⁰ La Nouvelle-Calédonie exerce depuis plusieurs décennies des compétences en matière de santé publique ainsi qu'en matière médicale.

¹⁹¹ Il s'agit essentiellement des règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités (art. 99-9°) et des principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales (art. 99-10°). Il suit de là qu'après le transfert du droit civil le congrès de la Nouvelle-Calédonie pourra adopter des lois du pays sur la condition juridique du malade (état et capacité de la personne), les libéralités faites (ou interdites) aux médecins, la propriété du cabinet médical et la responsabilité médicale (obligations civiles).

¹⁹² Sur l'évolution du droit civil après l'adoption de la loi organique, V. Gérard Orfila, *"La loi organique du 19 mars 1999 et l'évolution du droit privé applicable en Nouvelle-Calédonie"*, Revue on line Droit 21, 2 août 2001.

¹⁹³ Le transfert du droit civil prévu par l'article 21 § 3 doit se faire au cours de la période correspondant aux mandats du congrès commençant en 2004 et 2009. Selon les dispositions de l'article 26 alinéa 2 de la loi organique le transfert de cette compétence nécessite *"une loi du pays adoptée à la majorité des trois cinquièmes, au plus tard le dernier jour du sixième mois suivant le début de chaque mandat"*.

2 - Les délibérations du congrès de la Nouvelle-Calédonie

Ces délibérations interviennent dans tous les domaines de compétence de la Nouvelle-Calédonie fixés par l'article 22 de la loi organique¹⁹⁴. Ce texte mentionne dans son §.4° la protection sociale, l'hygiène publique et la santé ainsi que le contrôle sanitaire aux frontières. Il s'agit d'un domaine d'action particulièrement vaste. Ce n'est pas le seul. La Nouvelle-Calédonie est également compétente en matière d'établissements hospitaliers¹⁹⁵, de réglementation des professions libérales¹⁹⁶, de réglementation zoosanitaire¹⁹⁷ et phytosanitaire et de diplômes¹⁹⁸. L'exercice de ces compétences s'est traduit par l'adoption d'un certain nombre de textes importants ayant trait à la déontologie, à l'institution d'un médecin référent, à la politique de santé (plan de promotion de la santé et maîtrise des dépenses de santé) ou à la médecine du travail.

3 - Les délibérations des provinces

Les provinces interviennent également en matière de santé. Leur compétence de droit commun, bien que sérieusement réduite par les nombreuses compétences de l'État et surtout de la Nouvelle-Calédonie, leur permet d'intervenir dans les domaines qui ne sont pas l'apanage de l'État ou de la Nouvelle-Calédonie. Il s'agit par exemple de l'aide médicale¹⁹⁹ et de l'aide médicale gratuite²⁰⁰. Ces deux compétences ont fait l'objet de dispositions communes (délibérations du congrès) et de diverses adaptations provinciales (délibérations des assemblées de province).

¹⁹⁴ Il s'agit des domaines qui ne relèvent pas des matières qui peuvent faire l'objet d'une loi du pays. Il est à noter qu'une loi du pays peut fort comprendre des dispositions à caractère réglementaire. La frontière entre ces dispositions et celles qui ont un caractère législatif n'est pas facile à tracer. Toujours est-il qu'une disposition à caractère réglementaire contenue dans une loi du pays est traitée comme un règlement, notamment en matière de recours.

¹⁹⁵ L. organique, art. 22-24°. Cette compétence s'exerce déjà depuis plusieurs décennies. Elle concerne également les dispensaires.

¹⁹⁶ L. organique, art. 22-15°. L'exercice de la profession de médecin est évidemment concerné par ces dispositions.

¹⁹⁷ Cette compétence concerne également la santé humaine dans la mesure où certaines maladies animales sont transmissibles à l'homme (cas de la grippe aviaire).

¹⁹⁸ L. organique, art. 22-2°. Le centre de formation des professions de santé délivre des diplômes d'auxiliaires médicaux, notamment le diplôme d'infirmière.

¹⁹⁹ Le régime public d'aide médicale fait l'objet de la délibération du congrès plusieurs fois modifiée n° 138 du 17 février 1987, J.O.N.C. 24 mars 1987. Les autres textes réglementaires sont d'origine provinciale.

²⁰⁰ L'aide médicale gratuite est régie par une délibération cadre plusieurs fois modifiée (délibération n° 49 du 28 décembre 1989, J.O.N.C. 6 février 1989 p. 357) et diverses délibérations des assemblées de province.

PREMIÈRE PARTIE

**LES INSTITUTIONS MÉDICALES
ET SANITAIRES**

TITRE I

LES INSTITUTIONS ORDINALES

(A. Leca)

Leur étude est celle de l'organisation de l'Ordre des Médecins (chap. 1) et celle de ses attributions (chap. 2). Mais il n'est pas inutile de présenter préalablement l'institution (chapitre préliminaire).

CHAPITRE PRELIMINAIRE

L'ORIGINE, LA NATURE JURIDIQUE ET L'ENVIRONNEMENT DE L'ORDRE DES MEDECINS

SECTION 1

L'ORIGINE DE L'ORDRE DES MEDECINS

La médecine en France a presque toujours été une profession organisée au sens strict. Sous l'Ancien Régime, existait une corporation des médecins. A la veille de la Révolution française, la discipline professionnelle chez les médecins était assurée, non par celle-ci comme dans d'autres métiers, mais par la Faculté, dont la tutelle était très pesante. Ainsi, en 1772, elle condamna l'un des siens, Guilbert de Préal qui aurait découvert un produit qui aurait préservé infailliblement de la syphilis, au motif qu'une telle découverte aurait encouragé la dépravation des mœurs²⁰¹.

Par réaction à l'égard de ce système vivement contesté, la Révolution de 1789, qui se voulait émancipatrice, abrogea tout contrôle, universitaire ou corporatif.

La profession demeura longtemps attachée à cette liberté, bien que des appels furent lancés sous l'Empire²⁰² et surtout sous la Monarchie de Juillet²⁰³, pour créer une structure professionnelle, chargée de moraliser les conditions d'exercice. Mais ces efforts, couronnés de succès pour les avocats, dotés d'un ordre professionnel par le décret du 14 décembre 1810²⁰⁴, n'aboutirent pas pour les médecins (et les pharmaciens). Ce vide institutionnel était d'autant plus grand qu'à cette époque le délit de coalition, consacré alors par le Code pénal, interdisait toute espèce d'association professionnelle.

²⁰¹ M. Simon, *"Déontologie médicale"*, Baillière, Paris, 1845, pp. 427-428.

²⁰² J. Tulard, *"Le débat autour du rétablissement des corporations sous le Consulat et l'Empire"*, dans *"Histoire du droit social. Mélanges J. Imbert"*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 537-541.

²⁰³ J.-M. Auby (éd. princeps par), *"Droit médical et hospitalier"*, op.cit., D. Thouvenin, *"Le secret médical. Déontologie"*, fasc. 10 (7, 1998), p. 9 mentionne le congrès médical de 1845. Le projet reçut un commencement d'exécution par un vote de la Chambre des Pairs en 1847.

²⁰⁴ J. Hamelin, A. Damien, *"Les règles de la profession d'avocat"*, Dalloz, Paris, 7^e édition, 1992, n° 184 et 216.

Malgré son abrogation en 1864, la loi sur la liberté syndicale du 21 mars 1884 (dont bénéficièrent les pharmaciens), fut jugé inapplicable aux médecins, qui se virent dénier le droit d'avoir des syndicats²⁰⁵ jusqu'à la loi du 30 novembre 1892.

En d'autres termes, aucune institution n'était en mesure de représenter la profession, de parler en son nom et de faire respecter la déontologie en son sein.

A cette époque pourtant, plusieurs pays voisins placèrent l'exercice de la médecine sous la surveillance des pouvoirs publics, avec la création d'instances professionnelles spécifiques.

Le premier fut le Royaume-Uni qui créa en 1858 le *General Medical Council* qui vérifiait les qualités professionnelles des praticiens et rayait de ses listes les noms des médecins de conduite équivoque. Cette instance existe toujours aujourd'hui.

En Italie entre 1894 et 1897, 53 Ordres de médecins furent créés.

En Autriche, la loi du 22 décembre 1891 soumit les médecins à un droit professionnel propre.

En Allemagne une loi de mai 1899 institua des tribunaux d'honneurs capables d'infliger des sanctions pécuniaires importantes - jusqu'à 3000 marks²⁰⁶.

En France, rien de semblable ne vit le jour. Pourtant en 1892 et encore en 1918 des voix s'élevèrent donc pour doter la profession d'un "système analogue à celui de l'Ordre des avocats"²⁰⁷. En 1927, l'Académie de Médecine vota également une motion demandant "au gouvernement de soumettre aussi rapidement que possible au vote du Parlement la création de l'ordre des médecins" pour faire respecter la déontologie professionnelle. En 1932 et 1935 le projet de création d'un ordre professionnel fut même discuté devant le Parlement. Mais en vain, il est vrai que le système avait été adopté entre temps par l'Italie fasciste²⁰⁸ et qu'à ce titre il revêtait désormais une certaine connotation idéologique. Assez injuste car, dans la Belgique libérale et démocratique, un ordre fut institué par une loi du 25 juillet 1938²⁰⁹.

²⁰⁵ Cass. crim., 27 juin 1885, D.P., 1886, 1, 137 où l'annotateur anonyme explique qu'"à la différence des médecins, les pharmaciens n'exercent pas une profession libérale : ce sont des commerçants. Ils peuvent en conséquence se constituer en syndicats pour la défense de leurs intérêts commerciaux", à la différence des médecins.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 7.

²⁰⁷ V. Martineau-Bourgninaud, "*Droit privé et déontologie*", op. cit., p.46.

²⁰⁸ Elle mit en place des ordres pour les médecins-chirurgiens, les pharmaciens et les vétérinaires dont l'organisation définitive sous le régime fasciste remonte au décret royal du 21 mars 1929.

²⁰⁹ Le système n'entra en application qu'en 1947. Il est aujourd'hui régi par un arrêté royal du 10 novembre 1967 (H. Nys, "*La Médecine et le Droit*", Kluwer, éd. 1995, n° 96).

L'impulsion décisive revint au régime de Vichy. L'ordre des médecins fut créé par les actes dit lois des 17 octobre 1940, 31 décembre 1941, 10 septembre 1942²¹⁰. Son premier président fut le docteur Louis Portes, qui s'acquitta de sa tâche avec dignité²¹¹.

Après une période transitoire, régie par l'ordonnance du 11 décembre 1944, il fut reconstitué par l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 qui en constitue l'actuel support législatif.

En d'autres termes, dire que l'ordre des médecins serait né du corporatisme d'extrême-droite et introduit dans le droit par Vichy serait partiel et partial. Il est tout aussi vrai d'écrire que sa création était dans l'air du temps depuis un siècle, que c'est une conquête de la profession sur des pouvoirs publics réticents et que sa physionomie actuelle le fait remonter à la Libération. A une ordonnance signée par le général de Gaulle et François Billoux, ministre communiste.

D'ailleurs, en 1945, on n'a nullement reconduit le dispositif autoritaire de 1940. En effet le système de 1940 avait été institué en même temps que les syndicats avaient été interdits. A l'inverse, l'ordonnance a rétabli les syndicats dans leurs prérogatives et le régime actuel est respectueux du droit et du pluralisme syndical.

Il existe donc désormais deux structures différentes : le syndicat qui est une personne de droit privé, auquel l'accès est libre et facultatif, et l'ordre, auquel le rattachement est obligatoire. Cette particularité alimente la discussion sur la nature juridique de l'Ordre des Médecins.

SECTION 2

LA NATURE JURIDIQUE DE L'ORDRE DES MEDECINS

L'ordre rassemble obligatoirement "tous les médecins habilités à exercer leur art en France"²¹², à l'exception des médecins militaires en situation active et des médecins agents de l'État ou des collectivités locales n'exerçant pas l'art médical (qui n'ont pas être enregistrés au tableau de l'ordre).

"Le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de l'activité médicale un service public"²¹³, mais les médecins membres des conseils de l'ordre ne sont pas des agents publics et

²¹⁰ G. Mémeteau, *"Le droit médical pendant la seconde guerre mondiale"*, dans *"Médecine et Droit"*, n° 22, janvier-février 1997, pp. 17 ss.

²¹¹ "Ici, il n'y a pas de terroriste, il n'y a que des blessés" répondit-il lorsqu'on lui demanda de dénoncer les auteurs d'attentats parmi les blessés hospitalisés dans son service (C.Hervé, *"Éthique politique et santé"*, P.U.F., collection Médecine et Société, Paris, 2000, p. 44).

²¹² C.S.P., art. L. 4121-1.

²¹³ C.E., Ass., 2 avril 1943, Bouguen, Rec., p.86 ; D. 1944.3, p. 1, note A. Mestre ; D. 1944. J. p.52, note J. Donnedieu de Vabres ; J.C.P. 1944.II.2562, note C.Célier.

lesdits conseils ne sont pas des établissements publics. Ce sont des personnes morales de droit privé²¹⁴.

En d'autres termes, l'Ordre est juridiquement une entité non définie, à mi-chemin entre le droit public et le droit privé. En pratique, il en résulte un enchevêtrement de règles d'origine diverse :

Ainsi la perception des cotisations s'opère-t-elle selon des modalités de droit privé²¹⁵. Depuis la loi du 29 juillet 1985, le non-paiement des cotisations n'a plus le caractère d'une faute disciplinaire. Toutefois, l'Ordre a reçu délégation du pouvoir (régalien) de fixer unilatéralement les cotisations dues par ses membres²¹⁶. En Nouvelle-Calédonie, comme en Métropole, son montant est librement fixé par le conseil national²¹⁷. La seule réserve tient au fait que les cotisations ne doivent servir qu'à financer des dépenses correspondant aux fonctions ordinaires²¹⁸, étant précisé que le juge administratif apprécie de leur légalité²¹⁹, mais exerce en la matière un contrôle minimum (limité à l'erreur manifeste d'appréciation).

En Métropole, jusqu'à la loi du 4 mars 2002, en Nouvelle-Calédonie jusqu'à l'ordonnance du 15 juin 2000, l'Ordre avait reçu délégation pour juger et les conseils statuant en qualité d'instances disciplinaires étaient assimilables à des juridictions administratives, puisqu'il appartenait au Conseil d'État "de connaître des recours formés contre les décisions"²²⁰ du Conseil national. Depuis les réformes introduites par les deux textes précités, la juridiction disciplinaire est sortie de l'Ordre et la délégation de juger appartient à des chambres de discipline.

Enfin, hors discipline, c'est devant le Conseil d'État que doivent être présentés les recours pour excès de pouvoir contre les décisions réglementaires ou individuelles prises par l'Ordre.

Il en résulte que la vieille controverse sur la nature juridique des Ordres n'est pas close. En réalité la bipartition droit public, droit privé n'est pas adaptée à ceux-ci et ce débat strictement théorique (car

²¹⁴ C.S.P., art. L. 4125-1.

²¹⁵ Ceci fonde la compétence du juge judiciaire lorsque l'ordre veut agir contre ceux de ses membres qui n'auraient pas payé leur cotisation (Cass., civ., 1^o ch., 2 mai 1978, Gaz. Pal., 1978. 2 Somm., p. 251, 14 novembre 1979, D. 1980, I.R., p. 69 ; Ass. plén., 7 novembre 1986, J.C.P. 1987.II.20750).

²¹⁶ Il en résulte la compétence du juge administratif lorsqu'un membre de l'ordre conteste le **montant** de sa cotisation (C.E. 22 juillet 1977, Collisson et Mollet, R.D.P., 1979, p.239 et C.E. 22 juillet 1977, Barry et a., Rec., p.369).

²¹⁷ C.S.P., art. L. 4122-2 (Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002).

²¹⁸ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", *op.cit.*, fasc.40, J.-M. Auby, *L'ordre des médecins* (5, 1993), p.15.

²¹⁹ C.E., 22 juillet 1977, Collisson et Mollet, R.D.P., 1979, p. 239, note J.-M. Auby ; Inf. pharm., 1978, p. 481, note R. Denoix de Saint-Marc et D. Labetouille et, le même jour, Barry et a., Rec., p. 369 ; R.D.S.S., 1978, p. 40, obs. L. Dubouis.

²²⁰ C.E., 2 avril 1943, Bouguen, Rec., p. 86.

l'ordre n'a pas en tant que tel la personnalité morale) n'a plus aujourd'hui lieu d'être.

Dans les années 1970, le maintien des ordres a été très contesté et la controverse encore aggravée par le débat sur la légalisation de l'avortement à laquelle les instances ordinales étaient opposées²²¹. D'ailleurs le candidat François Mitterrand à l'élection présidentielle de 1981 avait envisagé la suppression de l'Ordre des médecins.

Le temps a passé depuis, l'I.V.G. s'est enraciné, même sur le territoire²²², et les passions apaisées. La question politique ne fait plus vraiment débat aujourd'hui et, du point de vue juridique, la compatibilité des obligations ordinales à l'égard des libertés publiques et des droits fondamentaux ne sont plus regardées comme posant problème²²³.

La preuve en est que, depuis 1995, on a vu apparaître en Métropole de nouveaux ordres des professions de santé.

SECTION 3 L'ENVIRONNEMENT INSTITUTIONNEL DE L'ORDRE DES MEDECINS

À côté de ceux qui sont plus ou moins contemporains de l'ordre des **médecins**²²⁴, c'est-à-dire ceux des **chirurgiens-dentistes**²²⁵, des **sages-femmes**²²⁶ et des **pharmaciens**²²⁷, la loi métropolitaine n° 95-116 du 4 février 1995 a donné naissance à l'ordre national des **masseurs-kinésithérapeutes** doté de sa juridiction disciplinaire²²⁸ et celui des **pédicures-podologues** également doté de sa juridiction²²⁹.

Mais faute "de consensus au sein de ces professions sur la mise en place d'instances ordinales" les ordres professionnels de masseurs-kinésithérapeutes et de pédicures-podologues n'ont jamais été mis en place²³⁰. Le législateur s'est remis à l'ouvrage et la loi du 4 mars 2002 a donné naissance au Conseil des professions d'**infirmier, de**

²²¹ E. Alfandari, "Faut-il au nom des droits de l'homme, supprimer l'Ordre des médecins ?", R.D.S.S. 1977, p. 1.

²²² La loi de 1975 a rencontré localement des difficultés qui ont été balayées après la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, art. 19 V, ayant transposé l'essentiel du dispositif métropolitain (pour plus de précisions cf. C.S.P., art. L. 2242-1).

²²³ C.E.D.H., 27 mai 1981, Le Compte, Van Leuven, De Meyere.

²²⁴ C.S.P., art. L. 4121-1.

²²⁵ C.S.P., art. L. 4121-1.

²²⁶ C.S.P., art. L. 4121-1. Comme son nom ne l'indique pas, la profession a été ouverte aux hommes par la loi du 19 mai 1982.

²²⁷ C.S.P., art. L. 4231-1.

²²⁸ C.S.P., art. L. 4321-13 ss. et décrets des 21 et 22 janvier 1997 (J.O. 22 janvier, p. 1089 et 1092).

²²⁹ C.S.P., art. L. 4322-8 ss.

²³⁰ J.L. Mouralis, "Les nouveaux ordres professionnels", *Petites affiches*, n° 122, 19 juin 2002, pp. 28 sq.

masseur-kinésithérapeute, de pédicure-podologue, d'orthophoniste et d'orthoptiste²³¹.

Dès avant 2002, les autres professions paramédicales avaient un commencement d'organisation professionnelle. Tel est le cas de celle d'**infirmier ou infirmière** (libéral). En effet, depuis la loi n° 80-527 du 12 juin 1980²³², elle a divers attributs évoquant un ordre : les infirmiers figurent sur une liste départementale, qui évoque le *tableau* des ordres, les règles qui régissent leur profession ont été regroupées dans un décret²³³, sorte de code de déontologie qui ne dit pas son nom, il existe un délit d'exercice illégal de la profession et des commissions régionales et nationales de discipline à caractère juridictionnel. À la fin du XX^e siècle, il était d'ailleurs question de créer un Ordre national des infirmiers²³⁴.

Dans une moindre mesure, tel est également le cas de différents auxiliaires médicaux, notamment des professions d'**ergothérapeute**²³⁵, qui vise à la réadaptation sociale par l'activité physique, spécialement le travail manuel, de **psychomotricien**²³⁶ voué à la rééducation des troubles psychomoteurs, de **manipulateur d'électroradiologie médicale**²³⁷, d'**opticien-lunetier**²³⁸ et d'**audioprothésiste**²³⁹ depuis la loi n°95-116 du 4 février 1995.

Des dispositions analogues existent pour les **orthophonistes**²⁴⁰, qui se vouent à la rééducation du langage, en particulier de la prononciation, les **orthoptistes**²⁴¹ qui traitent par rééducation de certains défauts de l'oeil (comme le strabisme) et les **diététiciens**²⁴² qu'il est inutile de présenter.

Enfin, une nouvelle juridiction disciplinaire ordinale a été créé près l'ordre national des sages-femmes qui n'en était pas pourvu jusque-là²⁴³.

La loi de mars 2002²⁴⁴ a décidé de regrouper cinq professions paramédicales dans une structure commune. C'est le Conseil des

²³¹ C.S.P., art. L. 4391-1 à 4398-5.

²³² C.S.P., art. L. 4311-1.

²³³ D. n° 93-221 du 16 février 1993 relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières et n° 93-345 du 15 mars 1993 relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier.

²³⁴ J.O. Sénat, 25 septembre 1997.

²³⁵ C.S.P., art. L. 4331-1.

²³⁶ C.S.P., art. L. 4332-1.

²³⁷ C.S.P., art. L. 4351-1.

²³⁸ C.S.P., art. L.4362-1.

²³⁹ C.S.P., art. L. 4361-1.

²⁴⁰ C.S.P., art. L. 4341-1.

²⁴¹ C.S.P., art. L. 4342-1 ; voir aussi D.n°65-240 du 25 mars 1965 réglementant les professions d'orthophoniste et d'orthoptiste.

²⁴² C.S.P., art. L. 4371-1.

²⁴³ Loi du 4 février 1995, C.S.P., art. L. 4321-13 ss.

²⁴⁴ L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 71.

professions d'infirmier, masseur-kinésithérapeute, pédicure-podologue, orthophoniste et orthoptiste regroupe obligatoirement tous les professionnels exerçant ces différents métiers²⁴⁵. Une *assemblée interprofessionnelle* nationale, une chambre disciplinaire, dénommée *chambre disciplinaire d'appel*²⁴⁶, comportant en son sein une section des assurances sociales²⁴⁷, et un code de déontologie commun sont envisagés²⁴⁸. Au niveau régional, cette organisation nationale se subdivise en *collèges professionnels*, *assemblées interprofessionnelles régionales* et *chambres disciplinaires de première instance*²⁴⁹, comportant en leur sein une section des assurances sociales²⁵⁰.

Chose remarquable, la loi nouvelle a introduit des représentants des usagers désignés par le représentant de l'État avec voix consultative dans les assemblées interprofessionnelles régionales²⁵¹ et dans la chambre disciplinaire de première instance²⁵².

Un tableau tenu dans chaque département par le collège professionnel²⁵³ parachève cette organisation.

²⁴⁵ C.S.P., art.L.4391-1 / L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 71.

²⁴⁶ C.S.P., art.L. 4391-3 / L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 71.

²⁴⁷ C.S.P., art.L. 145-5-1 ss. / L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 71.

²⁴⁸ C.S.P., art.L. 4398-8 / L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 71.

²⁴⁹ C.S.P., art.L. 4391-3 / L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 71.

²⁵⁰ C.S.P., art.L. 145-5-1 ss. / L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 71.

²⁵¹ C.S.P., art.L. 4393-2 / L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 71.

²⁵² C.S.P., art.L. 4393-3 / L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 71.

²⁵³ C.S.P., art.L. 4396-1 / L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 71.

CHAPITRE 1

L'ORGANISATION DE L'ORDRE

Son examen est celui de trois catégories de règles qui se situent à différents niveaux : celles qui prévalent dans toutes les structures ordinales du secteur de la santé (sec. 1), celles qui sont spécifiques en matière médicale (sec. 2) et enfin celles qui sont propres à l'ordre en Nouvelle-Calédonie (sec. 3).

SECTION 1

LES REGLES GENERALES PREVALANT DANS LES STRUCTURES ORDINALES DU SECTEUR DE LA SANTE

(A. Leca)

En droit français, les ordres professionnels concernent les professions libérales et à ce titre n'englobent en principe que les personnes exerçant ces professions à l'exclusion de leurs salariés. Évidemment cette règle générale ne fait pas obstacle à ce que les médecins (ou les pharmaciens ou les chirurgiens-dentistes) qui exercent à titre salarié se fassent inscrire à l'ordre.

Parfois, un professionnel peut avoir un assistant salarié (chez les pharmaciens ou les chirurgiens-dentistes), Parfois c'est interdit (pour les médecins notamment).

Tous les ordres professionnels n'ont pas exactement la même structure interne.

En règle générale, leur organisation est souvent de type pyramidal avec trois niveaux successifs d'autorités administratives²⁵⁴ : d'abord des conseils départementaux, puis des conseils régionaux (médecins) ou centraux (pharmaciens) et enfin un conseil national, investi d'un pouvoir général de réformation ou d'annulation de leurs actes.

²⁵⁴ Les conseils relèvent à ce titre de l'ordre administratif de juridiction, réserve faite des voies de faits qui fondent la compétence judiciaire (Cass. 1^o civ., 12 octobre 1976, Dalloz, 1977, I.R. 24).

Un arrêt récent a perturbé ce schéma en appliquant l'article 1382 du Code civil à l'encontre d'un CDOM (Cass. civ. 2^o, 25 janvier 2001, J.C.P. 2001, IV, n^o1492). "On hésite entre un concours d'erreurs de droit et la volonté de soumettre l'Ordre à la responsabilité civile" (G. Mémeteau, *"Cours de droit médical"*, op. cit., éd. 2001, p. 111).

Mais cette organisation souffre des exceptions : l'ordre des sages-femmes comporte des conseils interrégionaux et l'ordre des pédicures-podologues n'a pas de conseils départementaux.

Outre-Mer, que ce soit en Nouvelle-Calédonie ou en Polynésie, il n'existe pas de structures provinciales ou locales.

Pour les médecins, notamment, on retrouve cette structure tripartite, sinon en Nouvelle-Calédonie, du moins en Métropole²⁵⁵.

SECTION 2

LA STRUCTURE INTERNE PARTICULIERE DE L'ORDRE NATIONAL DES MEDECINS (EN METROPOLE)

(A. Leca)

Elle repose sur trois niveaux successifs, national, régional et départemental.

Le conseil national (C.N.O.M.) est composé de 38 membres renouvelés par tiers tous les deux ans. Il désigne en son sein son président, une commission de contrôle des comptes et des placements financiers. Il est assisté par un conseiller d'État ayant voix délibérative qui est nommé par le ministre de la justice²⁵⁶.

Jusqu'en 2002, le C.N.O.M. comprenait une section disciplinaire (de huit membres), présidée par un conseiller d'État. Celle-ci n'existe plus et à sa place une *chambre disciplinaire nationale* indépendante siège à ses côtés, toujours présidée par un conseiller d'État²⁵⁷.

La *chambre disciplinaire nationale* comprend douze membres titulaires et un nombre égal de suppléants élus pour six ans et renouvelables par tiers tous les deux ans²⁵⁸.

Le conseil national veille au respect de la morale et des devoirs professionnels²⁵⁹ et est titulaire d'un pouvoir réglementaire délégué pour mettre en œuvre la déontologie médicale et mener toutes les actions qu'il juge utiles à cette fin, sous le contrôle des pouvoirs publics²⁶⁰. Il est également investi du recours hiérarchique contre les décisions administratives des C.D.O.M. et des C.R.O.M. (sous le contrôle du Conseil d'État statuant en premier et dernier ressort dans le cadre de la procédure du recours pour excès de pouvoir). Enfin, la

²⁵⁵ Pour plus de précisions, cf J. Moreau, D. Truchet, "*Droit de la santé publique*", Dalloz, Paris, 5^e éd., 2000, pp.75-76.

²⁵⁶ "...le cas échéant, un ou plusieurs conseillers d'État suppléants sont désignés dans les mêmes conditions" (C.S.P., art.L.4132-4/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 62).

²⁵⁷ C.S.P., art. L. 4132-5/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 62.

²⁵⁸ C.S.P., art. L. 4132-5/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 62.

²⁵⁹ C.S.P., art. L.4121-2 et 4122-1.

²⁶⁰ C.E., 22 juillet 1977, Barry.

loi du 4 mars 2002 fait du C.N.O.M. l'organe d'appel des décisions d'inscription au tableau (qui relèvent des C.D.O.M.).

Les conseils régionaux (C.R.O.M.) comprennent normalement 9 membres (2 chambres de 13 membres pour la région parisienne), élus pour neuf ans par les conseils départementaux et renouvelés par tiers tous les trois ans. Un conseiller juridique y siège avec voix délibérative.

Jusqu'en 2002, le C.R.O.M. était juge disciplinaire de première instance et organe d'appel des décisions d'inscription au tableau (qui relèvent des C.D.O.M.). La loi du 4 mars 2002 attribue cette dernière fonction au C.N.O.M. et confie le contentieux disciplinaire de première instance à une instance nouvelle, précisément dénommée chambre de discipline de première instance (C.H.D.P.I.).

Le C.R.O.M. comporte une section des assurances sociales, présidée par un membre du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel et composée de deux membres du C.R.O.M. et de deux représentants des organismes de sécurité sociale (dont un médecin conseil). Elle juge les faits commis par les médecins à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux²⁶¹. Par exemple la prescription d'un nombre d'actes anormalement élevé²⁶². L'appel contre sa décision doit être interjeté dans les trente jours²⁶³.

Les conseils départementaux (C.D.O.M.)²⁶⁴ sont composés en principe de 9 à 21 membres (24 à Paris) élus pour six ans par l'assemblée générale des médecins inscrits au tableau. Ils sont renouvelés par tiers tous les deux ans et élisent leur président après chaque renouvellement partiel. Seuls sont éligibles les praticiens de nationalité française, âgés de 30 ans révolus et inscrits depuis au moins trois ans, à l'exclusion de ceux qui ont fait l'objet de sanctions disciplinaires. Les C.D.O.M. statuent sur les inscriptions au tableau, vérifient la régularité déontologique des contrats médicaux, celle des installations professionnelles, jouent un rôle de conciliation²⁶⁵, perçoivent les cotisations annuelles (dont le montant est fixé par le C.N.O.M.). En Nouvelle-Calédonie cette tâche incombe à l'*organe de l'ordre*.

²⁶¹ C.S.S., art. L.145-1 ss. et R.145-4 ss.

²⁶² Étant précisé que de simples relevés statistiques ne peuvent pas suffire à donner lieu à sanction disciplinaire (C.E. 29 avril 1988, Rec., p. 176).

²⁶³ C.S.S., art. R. 145-21. Ce délai ne se confond pas avec un délai d'un mois ; dans le cas où il expire un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (C.E., 5° et 7° ss., 11 mai 2001, Vaissière, pourvoi n° 211912, Gaz. Pal., Rec. janv. fév. 2002, p. 225).

²⁶⁴ C.S.P., art. L. 4132-11.

²⁶⁵ C.D.M., art. 50.

SECTION 3
L'ORGANE DE L'ORDRE DES MEDECINS
DE NOUVELLE-CALEDONIE
(A. Leca)

Après la dernière guerre, comme on l'a vu, la création d'un Ordre national des Médecins par Vichy avait été confirmée à la Libération, par l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945.

Mais ce texte n'a pas été immédiatement appliqué à la Nouvelle-Calédonie. Il a été transposé peu de temps après (§. 1), mais le système n'a pris sa physionomie actuelle qu'en 2000 (§. 2)

§ 1 - La transposition des structures ordinales en Nouvelle-Calédonie

C'est le décret n° 48-1671 du 28 octobre 1948²⁶⁶, modifié par le décret n° 65-726 du 26 août 1965 qui a créé, auprès du conseil national une section centrale des territoires d'outre-mer, pour représenter les médecins²⁶⁷ de ceux-ci. Cette section centrale comportait alors trois sections locales : 1° Polynésie, 2° Nouvelle Calédonie, Wallis et Futuna, Nouvelles-Hébrides, 3° Saint-Pierre et Miquelon, Côte française des Somalis et Comores. Il s'agissait, autant que faire se peut, d'une transposition du système métropolitain.

En matière administrative, les conseils des sections locales avaient une composition, un fonctionnement et des prérogatives analogues à ceux des conseils départementaux de l'Ordre, tels qu'ils étaient alors définis aux articles 25 à 32 de l'ordonnance de 1945.

Au plan disciplinaire, ils disposaient de la compétence attribuée aux conseils régionaux par les articles 33 à 39 du texte susvisé. Leurs décisions étaient susceptibles d'appel devant la section de discipline du Conseil national de l'Ordre des Médecins, avec cassation possible devant le Conseil d'État.

Comme le système métropolitain, ce dispositif confondait la structure administrative et la structure disciplinaire. A ce titre, il a été contesté et jugé contraire à la convention européenne des droits de l'homme.

D'où la réforme de 2000, qui a séparé les deux structures en Nouvelle-Calédonie (et en Polynésie), deux ans avant la loi métropolitaine du 4 mars 2002 qui a fait de même en France.

²⁶⁶ D. Calandreau, *"Le droit médical et ses sources à travers la pratique de la médecine libérale en Nouvelle-Calédonie"*, Mémoire D.E.A., Faculté de Droit d'Aix, 2003, p. 55

²⁶⁷ Le décret de 1965 prévoyait également l'institution de sections et des sous-sections locales de l'ordre des chirurgiens-dentistes et de l'ordre des sage-femmes.

§ 2 - Le dispositif actuel en Nouvelle-Calédonie

Aujourd'hui l'Ordre des Médecins de Nouvelle-Calédonie est indépendant et il est géré par une instance unique : l'organe de l'Ordre des Médecins²⁶⁸. Cet organe est composé de dix membres titulaires et de dix membres suppléants élus pour six ans renouvelables par tiers tous les deux ans²⁶⁹, par l'assemblée générale des médecins inscrits au dernier tableau de l'ordre. Son bureau est composé de cinq membres : le président, le vice-président, le secrétaire général, le secrétaire général adjoint et le trésorier.

De même, la "chambre de discipline" est indépendante de l'organe de l'Ordre des Médecins. En effet, l'ordonnance du 2 mars 2000²⁷⁰ a établi sur le territoire une "chambre de discipline" locale, comme juridiction de première instance²⁷¹, qui assure sur place les fonctions juridictionnelles alors assurées en Métropole par les Conseils régionaux de l'ordre²⁷².

Mieux que chez les pharmaciens, placés en quelque sorte sous tutelle²⁷³, la chambre de discipline des médecins a été conçue par les auteurs de l'ordonnance de 2000 comme l'expression de la profession.

En effet, dans sa composition initiale²⁷⁴, antérieurement à l'ordonnance de 2003, elle était composée de cinq membres titulaires et de cinq membres suppléants²⁷⁵ élus en son sein pour six ans²⁷⁶ par

²⁶⁸ L'Organe de l'Ordre constitué en Nouvelle-Calédonie peut cependant se lier à l'Ordre national des médecins par conventions pour fixer les conditions de la représentation de l'organe de l'ordre auprès du conseil national, ainsi que les modalités de coordination entre ces deux institutions (C.S.P., art. L. 4441-1).

²⁶⁹ Il en résulte que la composition de l'organe change tous les deux ans. Ceci explique la raison pour laquelle le président (rééligible) est élu tous les deux ans.

²⁷⁰ O. n° 2000-190 du 2 mars 2000 relative aux chambres de discipline des ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et des pharmaciens de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française (J.O.N.C., 21 mars 2000, p. 1178).

²⁷¹ A.C.S.P., art. L. 471, C.S.P., art. L. 4441-2.

²⁷² La loi du 4 mars 2003 a depuis transféré ces attributions à des chambres de discipline (N.D.L.A.)

²⁷³ La chambre de discipline des pharmaciens est présidée par un membre en fonction du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ! (A.C.S.P., art. L. 548-1 ; C.S.P., art. L. 4443-1).

²⁷⁴ O. n° 2000-190 du 2 mars 2000 relative aux chambres de discipline des ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et des pharmaciens de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française (J.O.N.C., 21 mars 2000, p. 1178).

²⁷⁵ "Les membres suppléants de la chambre de discipline remplacent les titulaires empêchés de siéger. Lorsqu'un membre titulaire vient à cesser ses fonctions pour quelque cause que ce soit, il est remplacé par un suppléant et il est alors procédé à une élection complémentaire pour la désignation d'un nouveau membre suppléant dont le mandat prendra fin à la même date que celle à laquelle aurait pris fin celui du membre à remplacer" (A.C.S.P., art. L. 471-1, alinéa 1).

²⁷⁶ Ces membres titulaires et suppléants sont renouvelables tous les trois ans par fraction de deux ou de trois membres. Les membres sortants sont rééligibles (A.C.S.P., art. L. 471). Lors de la première élection un tirage au sort a déterminé le

l'assemblée générale des médecins au dernier tableau par l'organe de l'ordre de la Nouvelle-Calédonie, auxquels s'adjoignait un conseiller juridique avec voix consultative²⁷⁷. Cette chambre de discipline devait choisir tous les trois ans parmi ses membres titulaires un président et un vice-président²⁷⁸, ces fonctions étant incompatibles avec l'une quelconque des fonctions correspondantes d'un syndicat professionnel de médecins²⁷⁹.

Mais, depuis l'ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003, la composition de l'instance est passée à quatre membres titulaires et de quatre membres suppléants. Et désormais "la chambre disciplinaire de première instance est présidée par un membre en fonction ou honoraire du corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel désigné par le vice-président du Conseil d'État"²⁸⁰.

Comme avant 2003, seuls sont éligibles²⁸¹, les médecins de nationalité française qui, âgés de trente ans révolus, sont inscrits à l'ordre depuis au moins trois ans²⁸². La chambre disciplinaire ne peut valablement siéger que si l'ensemble de ses membres est présent. Tout membre d'une chambre qui, sans motif valable, n'a pas siégé pendant trois séances consécutives peut, sur proposition de la chambre de discipline, être déclarée démissionnaire par le conseil national²⁸³.

Les fonctions de membre de la chambre de discipline sont incompatibles avec celles de membre titulaire de l'organe de l'ordre des médecins de la Nouvelle-Calédonie²⁸⁴.

nombre et l'identité des membres de la chambre de discipline dont le mandat viendrait à expiration respectivement dans les délais de trois ou six ans.

²⁷⁷ Ce juriste peut être, au gré de la Chambre, soit un membre du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, en fonction ou honoraire, désigné par le président du tribunal administratif de Nouméa, soit un magistrat de l'ordre judiciaire, en fonction ou honoraire, désigné par le Premier président de la cour d'appel, soit un avocat inscrit au barreau (A.C.S.P., art. L. 471).

²⁷⁸ A.C.S.P., art. L. 471-1, al. 2 ; C.S.P., art. L. 4441-3, al. 2.

²⁷⁹ A.C.S.P., art. L. 471-8.

²⁸⁰ C.S.P., art. L. 4441-2 (Ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 II, XVI, J.O.R.F., 1er mars 2003)

²⁸¹ Sous réserve des dispositions de l'art. L. 423 A.C.S.P.

²⁸² A.C.S.P., art. L. 471 ; C.S.P., art. L. 4441-2, al. 5.

²⁸³ A.C.S.P., art. L. 471-10.

²⁸⁴ A.C.S.P., art. L. 471-1, al. 2 ; C.S.P., art. L. 4441-3, al. 2.

CHAPITRE 2

LES ATTRIBUTIONS DE L'ORDRE

Positivement, les attributions de l'Ordre s'articulent autour de trois axes :

- concurremment avec les pouvoirs publics, la réglementation de la profession, notamment par sa participation à l'élaboration d'un code de déontologie professionnelle,

- concurremment avec différents organismes, notamment juridictionnels, le contrôle de la légalité et de la moralité professionnelle,

- concurremment avec les syndicats, la représentation de la profession auprès de l'État et de ses juridictions, par exemple en qualité de partie civile devant les tribunaux judiciaires.

Négativement, on notera, sans s'y attarder davantage, que l'ordre n'exerce ses fonctions qu'à l'égard des professionnels, ce qui exclut les personnes qui n'en font pas partie²⁸⁵ ou plus partie.

Par ailleurs, depuis l'ordonnance du 19 octobre 1945 sur les assurances sociales, c'est aux syndicats de médecins qu'il appartient de fixer les tarifs d'honoraires et donc aujourd'hui de représenter la profession pour la signature des conventions médicales conclues avec les organismes de protection sociale. Le code de la sécurité sociale impose d'ailleurs d'organiser les rapports entre la profession et les caisses par des conventions conclues avec des syndicats représentatifs²⁸⁶. La convention médicale du 17 décembre 1997 a été signée ainsi par le *Syndicat des Médecins libéraux de Nouvelle-Calédonie*.

SECTION 1

LA REGLEMENTATION INTERNE A LA PROFESSION

(A. Leca)

Concurremment avec les pouvoirs publics et dans la mesure où ceux-ci le lui accordent à travers la loi, l'ordre élabore la réglementation de la profession dans le respect de la légalité.

²⁸⁵ C.E., 25 octobre 1958, Ministre de la santé publique, Rec., p. 539.

²⁸⁶ C.S.S., art. L. 162-5.

Ce pouvoir s'exerce sous le contrôle, incontournable, du gouvernement, qui promulgue le code de déontologie au journal officiel, lui donnant ainsi force juridique obligatoire, et sous celui, éventuel, du Conseil d'État, qui peut être saisi par toute personne ayant un intérêt pour agir, par le biais du recours pour excès de pouvoir²⁸⁷. C'est ainsi que celui-ci n'a pas admis que l'ordre puisse avoir un pouvoir réglementaire général²⁸⁸.

Positivement, les prérogatives de l'ordre, au titre de la réglementation interne à la profession, s'articulent autour de trois axes.

1°) En premier lieu, l'ordre intervient naturellement pour tout ce qui a trait à son organisation et son fonctionnement interne,

2°) En second lieu, il intervient pour tout ce qui concerne l'accès à la profession et l'exercice professionnel. C'est ainsi qu'il se prononce sur un certain nombre de grands problèmes intéressant la profession (tels que l'I.V.G., l'euthanasie, le secret médical), il fait des recommandations aux pouvoirs publics, étudie les questions qui lui sont soumises par ceux-ci, rédige les clauses essentielles à l'intérieur de ce qu'on appelle les contrats-types intéressant la profession²⁸⁹ et fixe les titres professionnels reconnus par elle,

Toujours en ce qui concerne l'exercice professionnel, l'ordre participe à l'élaboration d'un code de déontologie professionnelle.

Déjà le texte d'octobre 1940 chargeait le Conseil supérieur de l'Ordre d'élaborer "tous règlements d'ordre intérieur". Sur cette base, le Conseil supérieur devait établir le 1° avril 1941 un premier Code de déontologie.

Après la Libération le code de 1941 fut remplacé par un nouveau code établi par le décret du 27 juin 1947²⁹⁰. En effet, le code doit faire l'objet d'un décret en Conseil d'État, s'il recueille l'adhésion du gouvernement²⁹¹.

²⁸⁷ C.E., 22 juillet 1977, Barry.

²⁸⁸ C.E., 14 février 1969, Assoc. synd. nat. des médecins, Rec., p. 96.

²⁸⁹ Ces clauses essentielles "présentent le caractère de décisions réglementaires de nature à être déferées au juge de l'excès de pouvoir" (C.E., 31 janvier 1969, Union nationale des grandes pharmacies, Rec., p. 54 ; D. 1969, p. 361 ; C.E., 14 février 1969 et 17 novembre 1969, Droit social, 1969, 273, concl. Baudoin ; C.E., 25 octobre 1996, Martin, D.A., 1997, n° 1.) alors que les autres clauses demeurent sans force obligatoire.

²⁹⁰ Ce code fut modifié par des décrets du 2 août 1949 et 28 novembre 1951. Peu après, un nouveau code de déontologie est entré en vigueur par un décret du 28 novembre 1955. Il a été notamment modifié par le décret n° 79-506 du 28 juin 1979 (J.O., 30 juin) qui comportait 93 articles répartis en cinq titres.

²⁹¹ C.S.P., art. L. 4127-1. Le rôle de l'Ordre est donc strictement "préparatoire et consultatif" (R. et J. Savatier, J.-M. Auby et H. Péquignot, *Traité de droit médical*, op. cit., n° 126).

Le texte actuel résulte d'ailleurs du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995²⁹².

En Nouvelle-Calédonie, l'organe de l'ordre l'a utilisé comme modèle et introduit un certain nombre de modifications, pour adapter le texte métropolitain aux réalités locales²⁹³. Le texte a été finalement promulgué par la délibération n° 67 du 1^{er} Août 1997²⁹⁴.

La déontologie peut être affectée par les conventions conclues entre la profession et les organismes de protection sociale²⁹⁵ ; c'est la raison pour laquelle l'organe de l'Ordre des médecins, qui n'est pas compétent pour signer les conventions, est, avant approbation, obligatoirement *consulté* sur de telles dispositions conventionnelles²⁹⁶. Les textes ne précisent pas si l'avis de l'Ordre lie les partenaires conventionnels, ce qui donne à penser que les pouvoirs publics n'ont pas entendu se lier les mains.

En Métropole la norme déontologique peut également procéder des circulaires adressées aux C.D.O.M. par le C.N.O.M. Mais cette technique n'existe pas sur le territoire.

Partout en revanche, la jurisprudence disciplinaire précise et infléchit la déontologie. C'est la raison pour laquelle, en Métropole, le CNOM s'est efforcé de la faire connaître en publiant les décisions les plus significatives²⁹⁷.

3°) En dernier lieu, les ordres créent ou soutiennent les oeuvres d'entraide, d'assistance et de retraite de la profession.

SECTION 2

LE CONTROLE DE LA LEGALITE ET DE LA MORALITE PROFESSIONNELLES

(A. Leca)

L'ordre contrôle la légalité et la moralité professionnelle. Ce contrôle s'exerce d'une part lors de l'accès à la profession (grâce à la procédure administrative de l'inscription au tableau de l'ordre),

²⁹² Aujourd'hui, les médecins ne sont plus les seuls à avoir un code de déontologie. Pour les chirurgiens-dentistes, le texte applicable résulte du décret n° 67-671 du 22 juillet 1967 modifié par le décret n° 94-500 du 15 juin 1994, pour les sages-femmes, c'est le décret n° 91-779 du 8 août 1991, pour les pharmaciens, c'est le décret n° 95-284 du 14 mars 1995.

²⁹³ Ceci a conduit à modifier les articles 24, 85, 91 et 99.

²⁹⁴ J.O.N.C., 2 septembre 1997.

²⁹⁵ La profession est représentée ici par ses syndicats (Délibération n° 490 du 11 août 1994 portant plan de promotion de la santé et de maîtrise des dépenses de soins sur le Territoire de Nouvelle-Calédonie, article 20, J.O.N.C., 13 septembre 1994, p. 3000).

²⁹⁶ *Ibid.*, art. 22, p. 3001.

²⁹⁷ Un premier état de la jurisprudence vient d'être publié (1998-2000)...en 3 volumes, aux Éditions Berger-Levrault sous la direction de Mme le docteur Duguet.

d'autre part durant l'exercice professionnel (à travers la juridiction disciplinaire).

§ 1 - Le contrôle lors de l'accès à la profession : la procédure administrative de l'inscription au tableau de l'ordre

Comme on l'a vu, nul ne peut exercer la profession s'il n'est inscrit au tableau de son ordre²⁹⁸. Ce principe qui n'est pas propre au droit français²⁹⁹ a été jugé compatible avec les libertés publiques et les droits fondamentaux. L'inscription est prononcée, à la demande des impétrants, par les conseils départementaux en Métropole, par l'organe de l'ordre en Nouvelle-Calédonie.

Pour prononcer l'inscription, l'instance ordinale compétente, dont la compétence est liée, vérifie que les conditions requises sont réunies par l'impétrant.

Le refus d'inscription doit être motivé sur la base de la loi du 11 juillet 1979³⁰⁰ applicable à la Nouvelle-Calédonie³⁰¹, car le dit refus est juridiquement un acte administratif. D'ailleurs celui-ci est susceptible de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État³⁰².

En règle générale, quiconque se livre à une profession organisée en ordre, sans y être inscrit se rend passible d'une infraction pénale : l'exercice illégal de la profession³⁰³ : une incrimination précise vise plus particulièrement l'exercice illégal de la médecine³⁰⁴.

En revanche, il est possible de ne pas s'affilier à l'Ordre, si l'on n'entend pas ou plus exercer.

Il existe également des exceptions générales et particulières. Au titre des premières sont dispensés de l'inscription :

- les membres du service de santé des armées³⁰⁵, soumis par ailleurs à un code de déontologie spécifique³⁰⁶,
- les fonctionnaires titulaires de l'État qui ne sont pas appelés dans l'exercice de leurs fonctions à exercer la médecine³⁰⁷.
- Le médecin ressortissant d'un État membre de l'Union européenne (ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen) qui y est établi et exerce légalement sa profession, peut exécuter en

²⁹⁸ C.S.P., art. L. 4111-1.

²⁹⁹ On le retrouve notamment en Belgique (H. Nys, *"La médecine et le droit"*, Kluwer, éd. 1995, n° 100).

³⁰⁰ C.E., 23 septembre 1988, Mutuelle des travailleurs de Martigues, req. n° 77066 ; C.E., 3 novembre 1989, Union des sociétés mutualistes du Boulonnais, req. n° 95378.

³⁰¹ La loi du 29 décembre 1990 a rendu les dispositions de la loi du 11 juillet 1979 applicables en Nouvelle-Calédonie dans un délai d'un an à compter de son entrée en vigueur.

³⁰² C.E., 12 décembre 1953, De Bayo, Rec., p. 544.

³⁰³ C.S.P., art. L. 4161-1 sq

³⁰⁴ C.S.P., art. L. 4161-1 -4° (très explicite)

³⁰⁵ C.S.P., art. L. 4112-6-7.

³⁰⁶ Cette réglementation déontologique particulière résulte du décret n° 81-60 du 16 janvier 1981.

³⁰⁷ C.S.P., art. L. 4112-6-7.

France des actes de sa profession sans être inscrit au tableau de l'ordre correspondant, moyennant en principe une déclaration préalable³⁰⁸. En Nouvelle-Calédonie, depuis la délibération n° 190 du 13 août 1987, complétant les dispositions du décret n° 52-964 du 9 août 1952³⁰⁹, les ressortissants des États membres de la communauté européenne peuvent exercer la profession médicale sur le territoire s'ils sont titulaires d'un diplôme reconnu.

- Les médecins relevant des caisses de sécurité sociale n'ont pas à être inscrits au tableau³¹⁰.

Le contrôle exercé par l'ordre lors de l'accès à la profession se poursuit durant l'exercice de celle-ci.

§ 2 - Le contrôle de l'exercice professionnel

Il apparaît de manière dualiste. Hors l'existence d'une faute professionnelle, existent un certain nombre de procédures à caractère préventif. En l'hypothèse d'une faute disciplinaire, une procédure juridictionnelle est mise en œuvre par la chambre de discipline.

Sous-paragraphe 1 - Les procédures préventives

Elles sont diverses et variées.

L'ordre reconnaît les titres, fonctions, qualifications ou spécialités dont peuvent se prévaloir ses membres. A contrario, il interdit aux médecins d'utiliser des titres inexacts ou de se prévaloir d'une discipline qui n'est pas reconnue comme une spécialité médicale, par exemple la sophrologie³¹¹.

Les contrats relatifs à l'exercice de la profession doivent en principe lui être communiqués par les praticiens qui les ont signés. Notamment les associations ou sociétés entre médecins³¹², ainsi que les conventions ayant "pour objet explicite et but réel des activités de recherche ou d'évaluation scientifique", spécialement visés par le code de déontologie de 1997, qui admet une rémunération dès lors qu'elle

³⁰⁸ C.S.P., art. L. 4112-7.

³⁰⁹ J.O.R.F., 15 septembre 1952, p. 419.

³¹⁰ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", *op.cit.*, fasc. 40-1, J.-M. Auby, Les fonctions de l'ordre (5, 1993), p. 4.

³¹¹ Chambre de discipline de Nouméa, audience du jeudi 7 août 1997, plainte déposée par l'Organe de l'Ordre à l'encontre du Dr L., Médecin généraliste, qui s'était présenté comme "Docteur en Sophrologie" dans différents documents, notamment la plaque extérieure du cabinet de son cabinet et ses ordonnances, ce qui a donné lieu à un blâme (inédit).

³¹² C.D.M., art. 91.

n'est pas calculée "de manière proportionnelle au nombre de prestations ou produits prescrits, commercialisés aux assurés"³¹³.

L'ouverture des cabinets secondaires de médecins, dans les conditions fixées par le code de déontologie³¹⁴ est soumise à l'autorisation préalable de l'Ordre, à peine de sanction disciplinaire³¹⁵.

Si un professionnel de santé est atteint d'une infirmité ou d'un état pathologique rendant dangereux l'exercice de son activité, il peut faire l'objet d'une suspension temporaire³¹⁶.

La compétence appartient à l'organe de l'ordre, qui saisit la chambre de discipline³¹⁷.

En Métropole, en cas d'urgence, lorsque la poursuite de son exercice par un médecin³¹⁸ expose ses patients à un danger grave, le représentant de l'État dans le département peut prononcer la suspension immédiate du droit d'exercer pour une durée maximale de cinq mois³¹⁹. Mais il doit informer le président du C.D.O.M. qui saisit sans délai le C.R.O.M. ou le conseil interrégional lorsque le danger est lié à une infirmité ou un état pathologique du professionnel, ou la C.H.D.P.I. dans les autres cas. En toutes hypothèses l'instance saisie de la sorte statue dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. En l'absence de décision dans ce délai, l'affaire est portée devant le C.N.O.M. ou la C.H.D.N., qui statue dans un délai de deux mois. À

³¹³ C.D.M., art. 24. Le passage sur la licéité de la rémunération est un rajout par rapport au code métropolitain de 1995.

³¹⁴ C.D.M., art. 55. Sur cette question, cf J.L. Gousseau, "*L'autorisation administrative de cabinet secondaire des professions médicales*", R.D.S.S. 1978, p. 1 et L. Calandra, "*Le cabinet médical secondaire*", Mémoire D.E.A. de droit de la santé, Aix, 2002.

³¹⁵ Chambre de discipline de Nouméa, audience du mardi 24 mars 1998, plainte de l'Organe de l'Ordre des Médecins à l'encontre d'un Médecin Généraliste, le Docteur T., ayant ouvert un cabinet secondaire malgré un refus d'autorisation, ayant abouti à une suspension d'un mois du droit d'exercer la médecine (inédit).

Chambre de discipline de Nouméa, audience du mardi 27 mai 1997, plainte déposée par l'Organe de l'Ordre à l'encontre du Docteur R, Ophthalmologiste ayant exercé dans plusieurs communes de Nouvelle-Calédonie alors qu'il n'avait l'autorisation d'ouverture d'un cabinet secondaire que dans une commune, ayant donné lieu à une suspension temporaire d'exercice de 15 jours (inédit).

³¹⁶ C.S.P., anc. art. L. 460 (dont l'abrogation a été différée jusqu'à la publication de la partie réglementaire du Code de la santé). Il ne faut pas confondre la suspension temporaire qui est une mesure préventive avec l'interdiction temporaire (C.S.P., art. L. 4124-6) qui est une sanction disciplinaire.

³¹⁷ Voir par ex. Chambre de discipline de Nouméa, audience du mardi 13 janvier 1998, requête de l'Organe de l'Ordre à l'encontre d'un médecin généraliste, le Docteur B, qui a été suspendu pour cause pathologique pour une durée de six mois et dont la suspension est prorogée de douze mois.

³¹⁸ Ou un chirurgien-dentiste ou une sage-femme.

³¹⁹ Étant précisé qu'il entend l'intéressé au plus tard dans un délai de trois jours suivant la décision de suspension (C.S.P., art. L. 4113-14 / L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 45).

défaut de décision dans ce délai, la mesure de suspension prend fin automatiquement³²⁰.

Évidemment, le représentant de l'État dans le département peut à tout moment mettre fin à la suspension qu'il a prononcée lorsqu'il constate la cessation du danger³²¹.

La suspension temporaire³²² est un acte administratif dépourvu de tout caractère juridictionnel³²³ et a fortiori disciplinaire. Mais, dans la mesure où il fait grief, il peut faire l'objet d'un recours juridictionnel. Si la procédure d'urgence a été utilisée, celui-ci est porté devant le tribunal administratif, qui statue en référé dans un délai de 48 H³²⁴. Dans les autres cas, il peut y avoir appel devant le C.N.O.M.³²⁵ et recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État³²⁶.

Ce dispositif n'a pas été étendu à la Nouvelle-Calédonie par l'ordonnance du 27 février 2003 qui a transposé au territoire une partie de la loi métropolitaine du 4 mars 2002³²⁷.

Enfin, tout différend professionnel entre médecin, qu'il soit lié au remplacement, à l'installation ou plus largement à quelque chose que ce soit, peut ou doit selon les cas, être soumis à l'ordre. Ce qui nous amène à évoquer la situation des juridictions disciplinaires.

Sous-paragraphe 2 - La procédure juridictionnelle disciplinaire

L'ordre des médecins a un pouvoir disciplinaire sur ses membres. C'est là un trait commun à toute l'organisation ordinale. D'ailleurs, en Métropole, dès la création d'une structure ordinale commune pour les professions d'infirmier, de masseur-kinésithérapeute, de pédicure-podologue, d'orthophoniste et d'orthoptiste par la loi du 4 mars 2002, celle-ci a également créé une chambre disciplinaire de première instance et une chambre

³²⁰ C.S.P., art. L. 4113-14 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 45).

³²¹ C.S.P., art. L. 4113-14 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 45).

³²² A. Texier, *"La suspension temporaire du droit d'exercer applicable aux médecins"*, R.D.S.S. 1979, p. 159.

³²³ C.E., 27 juin 1997, Hayat, Rec., p. 264 (il en résulte que la suspension n'entre pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme).

³²⁴ C.S.P., art. L. 4113-14 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 45).

³²⁵ C.E. sect., 13 mai 1977, Rollin, Rec., p. 215, R.D.S.S. 1978, p. 195, note F. Moderne.

³²⁶ C.E. 7 décembre 1956, Rajaonary, Rec., Tables, p. 918 ; R.D.S.S. 1986, p. 236, obs. L. Dubouis ; Inf. pharm. 1988, p.322 ; C.E., 5 février 1997, Frühling, DA 1997, n° 222.

³²⁷ O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit. 1°, chap. IV, art. 10 (J.O.R.F., 4 février 2003).

disciplinaire d'appel (avec cinq sections différentes correspondant aux professions représentées).

Les chambres de discipline sont des juridictions administratives³²⁸ qui connaissent des manquements à la déontologie professionnelle.

Abstraitement, "tout comportement contraire à l'éthique professionnelle dans la conduite des soins, les relations avec les malades, avec les confrères, avec l'ordre lui-même, ou avec les administrations publiques ou sociales peut constituer une faute, de même que tout acte de nature à déconsidérer la profession"³²⁹. Mais cette approche très éclairante sur l'esprit de la faute disciplinaire est peu utilisable dans la pratique.

D'autant que, concrètement, s'il est aisé de dire ce que n'est pas un manquement à la déontologie professionnelle, il est plus difficile de donner un contenu positif à une notion essentiellement multif.....

Négativement, d'abord, un fait sans rapport avec la profession ne peut en principe donner lieu à une sanction disciplinaire³³⁰. Mais la chambre de discipline de Nouméa a infligé un avertissement à un médecin qui avait eu un comportement inadmissible dans un restaurant de la ville³³¹, une suspension d'exercice de quinze jours pour abus de confiance au sujet de la vente d'un appartement³³², une suspension d'exercice de deux mois (dont 45 jours avec sursis) à un confrère condamné par le tribunal correctionnel de Nouméa pour avoir mis en place une caméra cachée dans les toilettes d'un restaurant à Nouméa³³³.

Positivement, les manquements à la déontologie professionnelle peuvent s'analyser comme des fautes civiles, voire des infractions pénales. D'ailleurs les fautes civiles et pénales des professionnels de santé vis à vis de leur clientèle sont par définition des manquements à leurs obligations professionnelles et donner lieu, après-coup, à des poursuites disciplinaires³³⁴.

C'est tellement vrai que toute condamnation pénale devenue définitive prononcée contre un médecin pour des infractions "contre la Nation, l'État ou la paix publique" est portée par l'autorité judiciaire à la connaissance de l'ordre et peut donner lieu à sanction

³²⁸ C.E., 25 janvier 1980, Rec. p. 50 ; Nancy, 25 juin 1950, Dalloz, 1950, p. 305.

³²⁹ J. Moreau, D. Truchet, *"Droit de la santé publique"*, op.cit., p. 84.

³³⁰ C.E., 4 janvier 1952, Docteur Simon, Rec., p. 13.

³³¹ Chambre de discipline de Nouméa, audience du 19 novembre 2002 (inédit).

³³² Chambre de discipline de Nouméa, audience du 26 février 2003 (inédit).

³³³ Chambre de discipline de Nouméa, audience du 7 août 2003 (inédit).

³³⁴ Chambre de discipline de Nouméa, audience du 22 juillet 1998, plainte déposée par l'Organe de l'Ordre des médecins, suite à la condamnation du Docteur Y, médecin anesthésiste réanimateur, à 18 mois de prison avec sursis, par le Tribunal de Nouméa pour homicide involontaire d'un de ses patients (inédit).

disciplinaire³³⁵. Mais la violation de cette obligation professionnelle ne constitue pas en elle-même une faute civile et a fortiori une infraction pénale.

Une liste des fautes disciplinaires figure dans le code de déontologie en vigueur. Mais à la différence de l'exigence de légalité de l'incrimination consacrée au pénal, les fautes professionnelles énumérées dans le code de déontologie ne présentent aucun caractère exhaustif du fait des nombreuses règles directement imposées aux professions concernées par les pouvoirs publics. Il en résulte concrètement que les chambres disciplinaires peuvent toujours sanctionner en tant que fautes professionnelles des manquements à des règles qui ne figurent pas dans de tels documents³³⁶.

1 - La saisine de la chambre de discipline

Pour ce qui a trait au déclenchement de la procédure, deux règles générales commandent en principe la saisine du juge disciplinaire.

Tout d'abord la chambre de discipline peut être saisie par le conseil national, l'organe de l'ordre de la Nouvelle-Calédonie³³⁷, les syndicats de médecins établis en Nouvelle-Calédonie, le représentant de l'État sur le territoire, le procureur de la République, l'autorité exécutive de la Nouvelle-Calédonie ou un médecin inscrit à un tableau de l'ordre³³⁸. En d'autres termes, un particulier n'a pas la faculté de saisir directement la Chambre, comme c'était également le cas en Métropole avant la loi du 4 mars qui a ouvert cette possibilité. En pratique toutefois la plainte de l'Organe de l'Ordre des Médecins, relaie celle du particulier³³⁹ ou d'une autorité administrative n'ayant pas la faculté de saisir directement la Chambre³⁴⁰.

³³⁵ C.S.P., art. L. 4126-6.

³³⁶ C.E., 8 novembre 1999, M.G., n° 191630.

³³⁷ "Lorsqu'une plainte est portée devant l'organe administratif de l'ordre, son président en accuse réception et la transmet au président de la chambre disciplinaire de première instance dans le délai d'un mois" (C.S.P., art. L. 4441-5 ; O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 V, XVI, J.O.R.F., 1^{er} mars 2003).

³³⁸ C.S.P., art. L. 4441-5 (Ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 V, XVI, J.O.R.F., 1^{er} mars 2003).

³³⁹ Chambre de discipline de Nouméa, audience du 4 juin 1998, plainte déposée à l'encontre d'un médecin généraliste pour non assistance à personne en danger par les héritiers de Monsieur X., relayée par l'Organe de l'Ordre des Médecins (inédit) et audience du 23 avril 2003, plainte émanant d'un particulier à l'encontre d'un médecin généraliste pour rédaction d'un certificat de complaisance ayant été utilisé ensuite dans une procédure de divorce requête, relayée par l'Organe de l'Ordre des Médecins (inédit).

³⁴⁰ Chambre de discipline de Nouméa, audience du 19 novembre 2003, requête initiée par la *Direction des Affaires Sanitaires et Sociales* à l'encontre d'un médecin

En second lieu tous les médecins inscrits à l'ordre ne peuvent pas être déférés directement au juge disciplinaire par les personnes que l'on vient de mentionner. En effet, par exception, les médecins chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'Ordre de la Nouvelle-Calédonie (ce qui exclut les médecins militaires) ne peuvent être traduits devant la chambre de discipline, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le représentant de l'État, le procureur de la République ou par l'autorité exécutive de la Nouvelle-Calédonie³⁴¹. Hormis pour les médecins siégeant à l'organe de l'ordre ou les médecins conseils de la C.A.F.A.T. dans l'exercice de leurs fonctions³⁴², ce privilège de juridiction n'est pas justifiable et il faut le regretter, car si la déontologie médicale concerne tous les médecins, tous les médecins doivent être égaux devant la juridiction disciplinaire.

2 - Le déroulement de l'instance ouverte devant la chambre de discipline

C'est une procédure écrite, contradictoire et publique.

Du fait de l'hostilité du Conseil d'État à la publicité des audiences disciplinaires, celle-ci a été posée par le décret n° 93-181 du 4 février 1993 incorporés au Code de la santé³⁴³.

La procédure est enfermée dans un délai de six mois³⁴⁴.

À défaut, en Métropole, le président de la chambre disciplinaire nationale peut transmettre la plainte à une autre chambre disciplinaire de première instance³⁴⁵.

En Nouvelle-Calédonie, "en cas de carence de l'organe de l'ordre, l'auteur de la plainte peut demander au président du conseil national de saisir la chambre disciplinaire de première instance compétente. Le président du conseil national doit répondre à cette demande dans le délai de deux mois. La chambre disciplinaire statue dans les six mois du dépôt de la plainte. A défaut, le président de la chambre disciplinaire nationale peut transmettre la plainte à une autre chambre disciplinaire"³⁴⁶.

chirurgien orthopédiste au C.H.T. de Nouméa pour avoir fait courir des risques injustifiés à ses patients sans faire appel à des tiers compétents.

³⁴¹ A.C.S.P., art. L. 478 ; C.S.P., art. L. 4441-6.

³⁴² Chambre de discipline de Nouméa, audience du 17 décembre 2002 (inédit).

³⁴³ C.S.P., art. R. 5025 et R. 5037.

³⁴⁴ A.C.S.P., art. L. 477, al. 2. et désormais C.S.P., art. L. 4124-1 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002) et L. 4441-5 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 V, XVI, J.O.R.F., 1er mars 2003).

³⁴⁵ C.S.P., art. L. 4124-1 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002).

³⁴⁶ C.S.P., art. L. 4441-5 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 V, XVI, J.O.R.F., 1er mars 2003).

La décision disciplinaire doit être motivée³⁴⁷.

En Métropole, un appel est possible dans un délai de trente jours devant la section de discipline du Conseil national de l'Ordre des Médecins³⁴⁸, qui est devenue aujourd'hui la chambre de discipline nationale. Cet appel doit être lui-même motivé³⁴⁹ et a un effet suspensif. Elle peut enfin faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'État.

En Nouvelle-Calédonie, l'appel est également interjeté devant la chambre de discipline nationale³⁵⁰. En dernier lieu, la saisine du Conseil d'État est possible, en qualité de juge de cassation. Cantonné à une fonction de cassation, le Conseil d'État n'apprécie pas l'adéquation de la sanction à la faute³⁵¹. Cependant, depuis la loi du 31 décembre 1987 (art. 11), la haute instance peut statuer elle-même au fond après cassation.

En vertu du principe d'indépendance des poursuites, les poursuites disciplinaires devant l'ordre sont indépendantes de toute autre poursuite³⁵². Elles n'entravent pas le déroulement d'autres procédures devant d'autres tribunaux³⁵³. Il n'y a pas d'autorité du disciplinaire sur le civil ni inversement³⁵⁴. Un médecin tenu pour civilement responsable peut échapper à toute sanction disciplinaire ou inversement. De même la juridiction ordinaire peut acquitter un médecin condamné pénalement ou le contraire. Toutefois le principe d'indépendance des poursuites pénale et disciplinaire souffre deux exceptions.

1°) L'appréciation portée par le juge pénal sur l'existence matérielle des faits s'impose au juge disciplinaire³⁵⁵.

2°) Une condamnation pénale amnistiée ne peut inspirer une sanction disciplinaire (mais les faits ayant donné lieu à la condamnation pénale peuvent eux-mêmes fonder une sanction disciplinaire) ; des faits couverts par l'amnistie ne peuvent donner lieu à une sanction disciplinaire (mais celle-ci reste possible pour les faits

³⁴⁷ C.S.P., art. L. 4441-5 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 V, XVI, J.O.R.F., 1er mars 2003).

³⁴⁸ A.C.S.P., art. L. 477, al. 2.

³⁴⁹ C.E., 25 janvier 1980, Gras, Rec., p. 50.

³⁵⁰ C.S.P., art. L. 4441-10, al.5 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 V, XVI, J.O.R.F., 1er mars 2003)..

³⁵¹ C.E., 22 novembre 1967, Dalloz 1969, p. 51.

³⁵² C.S.P., art. L. 4126-5 (à propos des médecins, mais il en va de même pour les autres professions de santé dotées d'un ordre).

³⁵³ C.E., 8 février 1985, Castet, Rec., p. 31.

³⁵⁴ Le principe de l'indépendance de l'action disciplinaire et de l'action civile a été posé pour la première fois dans le visa d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 avril 1961 (Bull. civ., I, n°210, p. 165). Voir également : Cass. 1° civ., 6 octobre 1998, R.T.D.C. 1999, 393, obs. J. Mestre.

³⁵⁵ C.E., 30 janvier 1963, Schatin, Rec., p. 63.

entrant dans les catégories exclues du bénéfice de l'amnistie)³⁵⁶. En revanche, en raison du principe d'indépendance, une réhabilitation pénale laisse subsister la sanction disciplinaire³⁵⁷.

L'ordre ne peut infliger que l'une des sanctions limitativement prévues par la loi : il s'agit normalement de l'avertissement, du blâme, de l'interdiction temporaire (avec ou sans sursis) ou permanente d'exercer en tout ou partie des fonctions professionnelles publiques ou sociales, de l'interdiction temporaire d'exercer la profession pendant au maximum trois ans, et de la radiation du tableau de l'ordre³⁵⁸.

SECTION 3

LA REPRESENTATION DE LA PROFESSION AUPRES DE L'ÉTAT ET DE SES JURIDICTIONS

(A. Leca)

L'ordre défend les intérêts collectifs des médecins, concurremment avec les syndicats qui ont également vocation à agir dans ce sens. Par exemple pour initier des poursuites lorsque des faits litigieux portent un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession. Un texte spécial existe ainsi pour l'exercice illégal de la médecine³⁵⁹.

Le président du C.N.O.M. qui se porte partie civile n'a pas besoin d'une délégation spéciale pour chaque procès, une délégation générale suffit³⁶⁰. La règle paraît devoir s'appliquer au président de l'organe de l'ordre en Nouvelle-Calédonie.

³⁵⁶ C.E., 31 mai 1963, Conseil national de l'ordre des médecins, Rec., p.388 ; C.E. 25 février 1976, Raynal, Rec., p. 154.

³⁵⁷ C.E., 30 avril 1948, Dessene, Rec., p. 189.

³⁵⁸ C.S.P., art. L. 4124-6 (concernant les médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, masseurs kinésithérapeutes et pédicures podologues) pour la Métropole, art.L. 4441-10 pour la Nouvelle-Calédonie.

³⁵⁹ C.S.P., art. L. 4161-4.

³⁶⁰ Cass. crim., 19 mai 1989 ; J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", *op.cit.*, fasc. 40, J.-M. Auby, L'ordre des médecins (5, 1993), p. 5.

TITRE 2 L'ORGANISATION SANITAIRE ET SOCIALE

CHAPITRE 1 LES INSTITUTIONS SANITAIRES

(G. Agniel, P. Jean, A. Leca)

SECTION 1 LE SYSTEME HOSPITALIER

(G. Agniel, N. Bescond)

SOUS SECTION 1 L'ORGANISATION DU SYSTEME HOSPITALIER PUBLIC

§ 1 - L'arrière-plan historique

L'organisation du système hospitalier de la Nouvelle-Calédonie date de 1854, lorsque le capitaine Tardy de Montravel entreprend la construction du Fort Constantine dans lequel est installé six ans plus tard, en 1860, l'hôpital Maritime qui devient en 1870 l'hôpital Militaire. Les bâtiments centraux sont alors construits, le personnel étant choisi parmi les libérés ou les forçats.

En 1898, il devient l'Hôpital colonial et sa gestion est confiée au directeur du service de santé. Au fil des ans, il va progressivement s'étendre avec la création de bâtiments supplémentaires en 1901, l'adjonction d'une réanimation post-opératoire de 14 lits en 1938, puis d'un service de Neurologie en 1964. En 1979 a lieu la création d'une unité de néonatalogie³⁶¹.

En 1981 une novation importante se produit : l'hôpital, dénommé hôpital Gaston Bourret³⁶² devient le Centre Hospitalier

³⁶¹ Source : site du centre hospitalier territorial
(<http://www.cht.nc/decouverte/historique.htm>)

³⁶² En l'honneur du médecin major Gaston Bourret, biologiste et directeur de l'Institut Pasteur, décédé en avril 1917 à la suite d'un accident de laboratoire : à la suite d'une erreur de manipulation, il s'était inoculé le virus de la peste.

Territorial (CHT) de Nouméa³⁶³ avant qu'une modification de l'appellation n'en fasse le Centre Hospitalier Territorial de Nouvelle-Calédonie. Sa direction est confiée à des cadres civils et l'hôpital fonctionne selon les principes de base des hôpitaux métropolitains, soumis à la tutelle technique et administrative de la direction territoriale des affaires sanitaires et sociales (DTASS) qui est créée en 1984.

§ 2 - L'organisation hospitalière contemporaine

Aujourd'hui le système hospitalier s'articule en deux pôles distincts : en province Sud, les installations de Nouméa et du Grand Nouméa, d'une part, le Centre hospitalier du Nord d'autre part.

A - Les installations de la Province Sud

Il s'agit de quatre entités spécialisées, organisées autour de l'hôpital Gaston Bourret et du Centre hospitalier spécialisé (CHS) :

L'hôpital Gaston Bourret, qui compte 289 lits, regroupe au centre de Nouméa les services de médecine et chirurgie, les plateaux techniques et la majorité des services administratifs.

La clinique de Magenta : à l'origine, il s'agissait d'une clinique privée qui s'est implantée en 1976, rachetée le 1^{er} juillet 1983 par la Nouvelle-Calédonie. Elle comprend 173 lits et 13 postes d'hémodialyse et constitue le pôle mère-enfant.

Le centre Raoul Follereau : situé à Ducos, c'est un centre hansénien qui abrite en permanence une trentaine de patients.

Le sanatorium du col de la Pirogue : c'est une petite structure pavillonnaire de 20 lits, située sur la commune de Païta qui sert de centre de convalescence aux patients souffrant de pathologies respiratoires. Comme le centre Raoul Follereau, il a été rattaché au centre hospitalier territorial en 1990.

Le centre hospitalier spécialisé (CHS) : Il a été érigé en établissement public territorial en 1989³⁶⁴, sous l'appellation de Centre hospitalier spécialisé Albert Bousquet et regroupe les anciens CHS et Dispensaire d'Hygiène mentale. Il a pour vocation d'assurer la lutte contre les maladies mentales ; assure l'hospitalisation et l'hébergement des personnes âgées et participe au traitement des alcooliques dangereux pour autrui et à la lutte contre la toxicomanie.

³⁶³ Arrêté n° 81-629/CG du 18 décembre 1981, 1981 relatif à l'organisation de l'établissement public Centre Hospitalier Territorial Gaston Bourret, JONC 28 décembre 1981, page 1739.

³⁶⁴ Délibération n° 50 du 30 décembre 1989 relative à la création, l'organisation et au fonctionnement de l'établissement public hospitalier dénommé Centre Hospitalier Spécialisé Albert Bousquet, JONC 16 janvier 1990, pages 68 à 72.

B - Les installations de la Province Nord

Par délibération du 21 décembre 1999³⁶⁵, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a créé un établissement public hospitalier de la Nouvelle-Calédonie en Province Nord, réparti sur deux sites : l'hôpital Paula Thavoavianon, situé à Koumac, sur côte ouest, et l'Hôpital Raymond Doui Nebayes situé à Poindimié, sur la côte est.

Ce centre et le centre hospitalier Gaston Bourret sont liés par une convention, imposée par le texte fondateur, qui concerne d'une part les modalités de fonctionnement de l'unité d'accueil, d'orientation et de traitement des urgences et, d'autre part, les protocoles médicaux relatifs aux soins dispensés, notamment en cas d'affection graves pendant leur phase aiguë en médecine, chirurgie et obstétrique.

On notera que les médecins spécialistes du secteur libéral peuvent être autorisés à consulter et à dispenser des soins dans l'établissement, les modalités de ces interventions étant fixées par convention.

Les personnels médicaux sont soit des praticiens hospitaliers, soit des assistants des établissements publics territoriaux d'hospitalisation. Cependant l'établissement peut également employer des médecins de santé publique du cadre territorial de la santé, ou recruter, à titre exceptionnel, des médecins généralistes contractuels ayant exercé durant quatre ans en qualité d'assistants généralistes.

§ 3 - La représentation médicale au sein de l'institution hospitalière

Dans un souci d'associer le personnel hospitalier aux décisions de l'établissement, il a été créé, pour les praticiens, une commission investie de différents pouvoirs, représentant l'ensemble des disciplines présentes dans l'établissement concerné.

La commission médicale d'établissement a été, pour la première fois, instituée en Nouvelle-Calédonie par arrêté du 18 décembre 1981³⁶⁶, sous le nom de commission médicale consultative. Composée principalement de médecins et de pharmaciens, la commission médicale était consultée, sur l'ensemble des questions concernant l'organisation et le fonctionnement des services médicaux, allant du budget aux effectifs en passant par l'aménagement et l'équipement de l'établissement.

³⁶⁵ Délibération n° 046 du 21 décembre 1999 relative à la création, à l'organisation et au fonctionnement du centre hospitalier du Nord, JONC 28 décembre 1999, pages 6843 à 6850.

³⁶⁶ Arrêté n° 81-629/CG du 18 décembre 1981 précité.

En 1997³⁶⁷, la commission médicale de consultation devient la commission médicale d'établissement.

A - Composition de la commission médicale d'établissement

1. Membres ayant voix délibérative :

Il s'agit de praticiens hospitaliers représentant toutes les disciplines ainsi que toutes les positions juridiques dans lesquelles sont placées les médecins :

- Tous les chefs de service ou département ayant été nommés par décision de l'exécutif du territoire, ou par décision du directeur de l'établissement. Ils sont membres de droit.

- En nombre égal à celui des chefs de service, les représentants des praticiens hospitaliers régis par la délibération n° 145/CP du 5 novembre 1991 modifiée, élus par l'ensemble des praticiens hospitaliers, autres que les chefs de service.

- Un praticien hospitalier recruté contractuellement, à durée indéterminée, régi par la délibération n° 145/CP du 5 novembre 1991.

- Un représentant des assistants spécialistes, régis par la délibération n° 146/CP du 5 novembre 1991.

- Un représentant des attachés, effectuant au moins trois vacations par semaine, en fonction dans l'établissement depuis au moins une année.

- Un représentant des internes spécialistes, des résidents de médecine générale et volontaires de l'aide technique.

- Une sage-femme, ayant voix délibérative, lorsque les questions à l'ordre du jour concernent le gynécologie-obstétrique, et voix consultative pour les autres questions,

- L'ensemble de ces représentants, hormis les chefs de service, sont élus, indépendamment, par les praticiens de même condition ou situation juridique.

Le nombre des représentants de la commission médicale d'établissement varie en fonction du nombre de praticiens hospitaliers en fonction dans l'établissement.

Il est élu autant de suppléants que de titulaires, sans pour autant qu'il y ait de candidatures distinctes. Ne peuvent être élus au bulletin secret uninominal majoritaire à deux tours, que les praticiens ayant réuni pour le premier tour :

La majorité absolue des suffrages exprimés.

³⁶⁷ - Délibération n° 72 du 1er août 1997 relative à la commission médicale d'établissement des établissements publics territoriaux d'hospitalisation R JONC 26 août 1997 page 2784

Un nombre de suffrage égal au quart du nombre des électeurs inscrits.

Au second tour, la majorité relative.

En cas d'égalité de suffrages, le plus âgé d'entre eux sera élu.

Le mandat des représentants de la commission médicale d'établissement est de trois ans. Ils sont rééligibles.

Seuls peuvent être élus aux fonctions de Président et Vice-Président, par l'ensemble des membres de la commission médicale d'établissement, les chefs de service ou de département et les praticiens régis par la délibération n° 145/CP élus par l'ensemble des praticiens hospitaliers, sauf les chefs de service.

Le Président est rééligible. Cependant, à l'expiration du deuxième mandat, il ne pourra présenter de candidature avant un délai de trois ans.

2. Membres ayant voix consultative :

Le directeur de l'établissement, ou son représentant choisi parmi les membres de l'équipe de direction. Il peut être assisté par un ou plusieurs collaborateurs.

Le médecin-inspecteur territorial de la santé ou son représentant.

Le médecin-chef, responsable du service du contrôle médical ou son représentant.

Pour le centre hospitalier territorial, le Directeur de l'institut Pasteur ou son représentant.

Le représentant du comité technique d'établissement ou le représentant du comité technique paritaire, élu en son sein.

Le représentant de la commission des soins infirmiers.

Lorsque la commission médicale d'établissement se réunit en formation restreinte, seuls le Directeur de l'établissement et le médecin inspecteur territorial de la santé siègent.

B - Compétence de la commission médicale d'établissement

1. En matière d'organisation et de fonctionnement de l'établissement

La mission de la commission médicale d'établissement est d'assurer la cohérence du fonctionnement des structures de soins et des structures médicales de l'établissement hospitalier. À ce titre, elle a pour rôle d'établir le projet médical d'établissement, prévu pour cinq ans, en tenant compte du schéma d'organisation sanitaire du territoire. Elle est chargée de préparer les mesures d'organisation des activités médicales, odontologiques et pharmaceutiques de l'hôpital.

Elle est également consultée sur l'investissement en équipements lourds, proposé dans le rapport du directeur de l'établissement et sur l'organisation et le fonctionnement des différents services.

Elle émet un avis sur le projet de budget, sur les comptes de l'établissement, ainsi que sur tous les aspects techniques et financiers des activités médicales, odontologiques et pharmaceutiques, de même que sur le fonctionnement des autres services, dans la mesure où ils intéressent la qualité des soins ou de la santé des malades.

Le projet de soins infirmiers est également soumis à son avis et elle participe à la planification des orientations et des mesures relatives à l'amélioration de la qualité des soins et de la constitution de réseau de soins.

2. Le pouvoir délibérant de la commission médicale d'établissement

À la demande du Président du conseil d'administration, du directeur d'établissement, de son propre Président, du tiers de ses membres ou du chef de service ou de département ainsi qu'à la demande du coordinateur concerné, la commission délibère sur les choix médicaux de l'année à venir, dans le respect de la dotation budgétaire allouée et compte tenu de décisions prises par le conseil d'administration et le directeur.

La commission médicale d'établissement dispose ainsi d'un certain pouvoir de décision, alors que sa compétence devrait se limiter au domaine consultatif.

3. Compétence en matière de gestion de la carrière des médecins hospitaliers

La commission médicale d'établissement joue un rôle important en matière de recrutement et de carrière des médecins hospitaliers.

Lorsqu'elle doit se prononcer sur le recrutement et la carrière des personnels médicaux, ainsi que sur la nomination ou le renouvellement d'un chef de service, elle siège en formation restreinte aux chefs de service ou de département et les médecins régis par la délibération 145/CP élus par l'ensemble des praticiens hospitaliers. Siègent également, avec voix consultative, le directeur de l'établissement et le médecin inspecteur territorial de la santé.

Quel que soit le mode de recrutement, l'avis de la commission médicale d'établissement est requis. Son intervention limite le pouvoir discrétionnaire de l'administration car en Nouvelle-Calédonie le recrutement ne se fait pas sur concours mais par classement et nomination, ou, lorsque cela s'avère nécessaire, par contrat à durée

indéterminée. En revanche, la commission ne se prononce pas sur le recrutement des praticiens soumis à un contrat à durée déterminée.

La commission médicale d'établissement interviendra au cours de la carrière des praticiens hospitaliers en cas de demande de détachement et de mise en disponibilité, ou pour leur renouvellement.

Pour les nominations sur les postes de chef de service, la commission médicale d'établissement intervient également. Cependant en cas de litige, le juge administratif appréciera la légalité de l'acceptation ou du refus de nomination.

En 2003 le tribunal administratif de Nouméa³⁶⁸ a rendu une décision d'annulation, à la demande d'un praticien hospitalier, qui n'avait pas été reconduit dans ses fonctions de chef de service. Le tribunal, dans un premier temps, rappelle : "*...la décision par laquelle le Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie se prononce sur une demande de renouvellement n'a pas à être motivée, ladite décision ne peut légalement être prise que sur la base d'une appréciation portée sur le bilan d'activité et sur le projet du candidat*". Puis contrôlant, la procédure, il constate l'irrégularité suivante : "*La commission médicale d'établissement du centre hospitalier, (était placé) sous la présidence de Monsieur Bruno C. [...], candidat aux fonctions occupées par Madame Odile P. [...] ; la participation de ce membre de la commission médicale d'établissement, d'ailleurs doublée de celle de son épouse [...] a porté atteinte aux garanties d'objectivité que doit en raison de sa nature présenter une telle consultation... "*

Que ce soit en formation plénière ou en formation restreinte, les avis et les vœux de la commission médicale d'établissement sont adressés, dans un délai maximum de quinze jours, par les soins du secrétariat au conseil d'administration, à l'exécutif du territoire ainsi qu'au médecin inspecteur territorial de la santé.

Par ailleurs, le président de la commission médicale d'établissement assure l'information du corps médical, odontologique et pharmaceutique de l'établissement, en lui communiquant, dans un délai maximum d'un mois, par l'intermédiaire du secrétariat de la commission, les avis, décisions et éventuellement les vœux émis par la commission médicale d'établissement dans le cadre de ses attributions. Cela justifie l'opinion selon laquelle "*par l'étendue de ses compétences et le domaine où elle s'exerce, la commission médicale d'établissement est une institution dans laquelle de nombreux médecins trouvent à exprimer leur pouvoir, leur solidarité et leurs revendications*"³⁶⁹.

³⁶⁸ - Tribunal administratif de Nouméa 10 avril 2003 R Perouse de Montclos c/ Nouvelle-Calédonie

³⁶⁹ - In « "Le statut des médecins hospitaliers publics" Marie-Laure Moquet-Anger, page 261

SOUS SECTION 2
L'ORGANISATION SANITAIRE
DE LA NOUVELLE-CALEDONIE

La carte sanitaire et les schémas d'organisation sanitaire ont été définis, pour une période de cinq ans, par une délibération du Congrès en janvier 2001³⁷⁰.

§ 1 - La carte sanitaire de la Nouvelle-Calédonie

Elle détermine pour l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie un indice de besoins en lits et places d'hospitalisation en médecine, chirurgie, réanimation (soins intensifs et surveillance post-opératoire), obstétrique, soins de suite et de réadaptation.

Jusqu'en 2006, les indices de besoins en lits et places ont été fixés ainsi pour 1000 habitants :

médecine : 1,6 en hospitalisation complète et 0,15 en alternative à l'hospitalisation

chirurgie : 1,6 en hospitalisation complète et 0,15 en alternative à l'hospitalisation

réanimation (dont soins intensifs et surveillance post-opératoire) : 0,18 en hospitalisation complète dont le tiers pour la réanimation proprement dite :

obstétrique : 0,57 en hospitalisation complète

pour les soins de suite et de réadaptation, 0,42 lit pour mille habitants, dont 0,22 pour la rééducation et la réadaptation fonctionnelle.

Les structures de soins alternatives à l'hospitalisation sont de trois types :

les structures d'hospitalisation à temps partiel, de jour ou de nuit;

les structures pratiquant l'anesthésie ou la chirurgie ambulatoire;

les structures dites d'hospitalisation à domicile.

³⁷⁰ Délibération n° 171 du 25 janvier 2001 relative à la carte sanitaire et aux schémas d'organisation sanitaire de la Nouvelle-Calédonie, JONC 6 mars 2001, pages 1160 à 1175.

§ 2 - Les schémas d'organisation sanitaire

A - Les objectifs et les champs d'application

Les schémas d'organisation sanitaire définissent les missions des structures sanitaires et des professionnels de santé. Par ailleurs, ils organisent leur coordination et les coopérations nécessaires à l'amélioration de la qualité du système de distribution des soins, ainsi que les stratégies à mettre en œuvre et les opérations à engager pour atteindre les deux objectifs majeurs concernant les usagers et l'offre de soins. Pour les premiers, il s'agit de leur assurer l'accessibilité, la continuité, la proximité ainsi que la qualité et la sécurité des soins. Quant à l'offre de soins, elle doit être maîtrisée et mise en réseau et présenter une certaine flexibilité.

B - Le schéma d'organisation du système de soins

L'offre de soins est répartie en cinq niveaux, en fonction de la complexité des techniques et des moyens humains requis et identifiés. Afin que chacun d'entre eux remplissent correctement ses missions, différents dispositifs sont proposés.

1 - Les niveaux de l'offre de soins

Cinq niveaux d'offre de soins ont été identifiés :

Le niveau de proximité immédiate ou rapprochée. Il constitue le fondement des schémas locaux : il s'agit des centres médicaux et des professionnels de santé intervenant sur les lieux de vie.

Le niveau de proximité relative comprend les structures comportant les moyens et la logistique nécessaires à une hospitalisation permanente.

Le niveau de référence concerne les structures disposant des activités spécialisées.

Le niveau territorial regroupe les structures pratiquant des activités spécialisées n'existant que sur un seul site en Nouvelle-Calédonie.

Le niveau extra-territorial concerne les activités diagnostiques ou thérapeutiques nécessitant une évacuation sanitaire hors de Nouvelle-Calédonie.

2 - Les dispositifs proposés

Trois dispositifs sont proposés : les réseaux de soins, des coopérations entre établissements ou services et des contrats d'objectifs.

Le réseau de soins est constitué par les structures de santé et les professionnels publics et privés, intervenant sur un secteur géographique donné, de compétences différentes et complémentaires. Cet ensemble procède avec des objectifs communs et des stratégies partagées, selon des modalités définies de façon consensuelle.

La coopération entre structures de soins et personnel de santé est présentée comme une nécessité permettant de rendre cohérent et fonctionnel le dispositif afin de répondre aux objectifs des schémas d'organisation sanitaire et aux priorités de santé publique.

Enfin le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie conclut avec les établissements de santé publics ou privés des contrats prévisionnels d'objectifs et de moyens. Ces contrats, qui peuvent être annuels ou pluriannuels, formalisent les prévisions des établissements, de leurs professionnels et valident les moyens dont ils doivent disposer en contrepartie.

C - La mise en œuvre

La direction des affaires sanitaires et sociales de la Nouvelle-Calédonie est chargée de veiller à la mise en œuvre des schémas d'organisation sanitaire. Elle anime un comité de suivi qui regroupe les représentants des services de santé des collectivités, des établissements sanitaires et des organismes de protection sociale. Cette instance de suivi apporte une aide technique à la mise en œuvre des schémas et procède à une évaluation annuelle de leur réalisation.

Des rapports d'étapes sont prévus dans quatre domaines : la cancérologie, le prélèvement et la transplantation d'organes, la coronographie et la télémédecine.

SECTION 2 LES AUTRES INSTITUTIONS SANITAIRES (P. Jean, A. Leca)

Il s'agit des dispensaires et des établissements de soins privés.

§ 1 - Les dispensaires (P. Jean)

C'est devenu un lieu commun que de présenter la Nouvelle-Calédonie comme une collectivité atypique. L'intérêt qu'elle suscite de la part des juristes est grandement justifié. Son système de santé est une de ses originalités : nettement plus moderne que ceux de la plupart des autres îles ou archipels du Pacifique ouest³⁷¹, il offre pourtant un

³⁷¹ Le Comité économique et social de Nouvelle-Calédonie relevait il y a une dizaine d'années que "...de nombreux indicateurs... rapprochent aujourd'hui la Nouvelle-Calédonie des sociétés très développées et la placent dans le peloton de tête des

contraste saisissant entre la ville principale et le reste du territoire³⁷². "Nouméa, l'urbaine, regorge de praticiens libéraux et de spécialistes tandis que le Nord et les Iles, où quelque 75 000 personnes vivent éparpillées sur un territoire deux fois plus grand que la Corse (250 000 habitants), s'appuient sur un réseau d'une trentaine de dispensaires hérité des missionnaires et des militaires"³⁷³.

Mais au fond, et faute de textes suffisamment explicites, qu'est-ce qu'un dispensaire ? Une "structure ressemblant à un hôpital en miniature"³⁷⁴ ? Un "établissement de diagnostic et de soins"³⁷⁵, comme tant d'autres ? Plus précisément, un "établissement de soins médicaux ou de petite chirurgie, où les malades ne sont pas hospitalisés"³⁷⁶ ? Aurait-il l'autonomie d'un établissement public au sens du droit administratif ? Ne serait-ce, plus généralement, qu'"une structure de soins socialisés"³⁷⁷ ? S'agit-il bien de ces structures provinciales de santé que la DASS-NC classe parmi les "centres médicaux ou infirmeries"... ou "centres médico-sociaux"³⁷⁸ ?

Le Dr B. Rouchon³⁷⁹ nous avouait récemment³⁸⁰, en substance et en forme de boutade, qu'ici "aucun dispensaire ne ressemble à un autre...". Une telle hétérogénéité peut surprendre. Certes, sans doute

territoires et pays du Pacifique" (*avis* n° 94-02 du 20.07.1994 relatif à la note d'orientation pour un plan de promotion de la santé et de maîtrise des dépenses de soins, J.O.N.C. du 30.08.1994, pp. 2772 s.). Dans le rapport 2002 (n° 19) de la DASS-NC *Situation sanitaire en Nouvelle-Calédonie* (en ligne depuis 1996, au site <<http://www.dass.gouv.nc.>>), la densité médicale sur le territoire est considérée comme "en général plus élevée que celle de la plupart des pays de la région du Pacifique Ouest, en dehors de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande" (rapport, II.2.1, p. 14).

³⁷² Que même ici l'on appelle encore "la brousse". La disparité est considérable : alors que la densité médicale du grand Nouméa (300,8 médecins pour 100 000 hab.) n'est pas très éloignée de celle de la métropole (335) et supérieure à celle des départements d'outre-mer (232), celle de l'ensemble du territoire est de 220,5 (217,7 au 01.01.2002 selon la DRESS, chiffre cité dans le rapport de la DASS-NC)... mais de seulement 83,6 en province nord et 73 en province îles (chiffres pour 2002, arrêtés par la DASS-NC au 16.09.2002, in *Situation sanitaire en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., II.2.1 pp. 2 et 13).

³⁷³ Anne Pitoiset, in *L'Express international* du 12.07.2004, "Etes-vous bien soigné en Nouvelle-Calédonie ?", pp. III-IV.

³⁷⁴ M. Thibaut, in *Le travail dans un dispensaire médical à Ouvéa : enseignements d'une expérience de six mois*, thèse Rouen 1990, p. 36.

³⁷⁵ *Petit dictionnaire universel*, Hachette, 1993.

³⁷⁶ *Petit Larousse illustré*, 1981.

³⁷⁷ Yannick Marec, in C.-R. de J.-C. Guyot et B. Hérault (dir.) *La santé publique. Un enjeu de politique municipale*, Bordeaux, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2001, en ligne à :

biosoc.univ-paris1.fr/recherche/mvtsoc/indexcr.htm

³⁷⁸ Schéma des «principales structures de santé de compétence provinciale», en annexe à la *Situation sanitaire en N.-C.*, 2002, n° 19.

³⁷⁹ Médecin coordinateur du service de la prévention de la DASS NC.

³⁸⁰ Entretien du 25.03.2004.

est-elle moins un signe de déliquescence que celui d'une adaptation, plus ou moins ordonnée, aux nécessités locales. La présidente de la commission de la santé et de la réglementation sociale en 2001, M.-N. Themereau, aujourd'hui présidente du gouvernement, chargée du secteur des affaires sociales et de la solidarité, déclarait au congrès que ce serait "...une erreur que de vouloir construire des hôpitaux partout, parce qu'ils auront le nom mais pas les fonctions... [lorsque] la population est clairsemée sur un grand territoire... l'important... est [de pouvoir] disposer d'un réseau efficace de santé primaire à travers les dispensaires..."³⁸¹.

Quoi qu'il en soit, cette survivance de petites unités sanitaires héritées de la colonisation, manifestement utiles mais aux contours incertains, mérite quelques éléments de réflexion, ne serait-ce qu'en raison de l'absence d'étude³⁸² sur le sujet et des difficultés de recherche documentaire³⁸³.

Après une ébauche d'inventaire de cet héritage colonial (1), il ne sera sans doute pas superflu de tenter d'en éclaircir le statut (2) puis d'en décrire l'essentiel des activités et du contentieux (3).

Sous-paragraphe 1 - L'héritage colonial

I - Le dispensaire : symbole d'un système sanitaire rudimentaire, ou médecine de premier niveau ?

Entre ombres et lumières de la colonisation³⁸⁴, le regard que l'on peut porter sur un système de soins reposant historiquement sur des dispensaires diffère selon les points de vue. Par rapport à la période antérieure à l'arrivée des Européens, ils apparaissent, sous quelques réserves, comme des facteurs importants d'amélioration³⁸⁵ de

³⁸¹ In débats du congrès de N.-C., séance du 05.07.2001, p.392.

³⁸² A notre connaissance et à ce jour (absence totale en matière juridique, et quasi-totale par ailleurs).

³⁸³ Recherche rendue particulièrement fastidieuse, entre autres difficultés, par l'absence de tables analytiques du J.O.N.C. à partir de 1989. Heureusement, le J.O.N.C. est maintenant en ligne, archivé avec un moteur de recherche depuis, à ce jour, janvier 2000 (au site du gouvernement <www.gouv.nc>).

³⁸⁴ "Le moment est venu de reconnaître les ombres de la période coloniale, même si elle ne fut pas dépourvue de lumière" (*Accord de Nouméa* du 05.05.1998, *Preamble*, 3°, J.O.R.F. du 27.05.1998, p. 8039).

³⁸⁵ "On possède peu d'indications sur la situation sanitaire de la Nouvelle-Calédonie avant et au moment de l'arrivée des européens. Les premiers témoignages (Cook, d'Entrecasteaux, etc...) font état d'une population paraissant en mauvaise santé". (cf. médecin général Charpin, médecins en chef Farrugia, Le Gonidec et Zeldine, in *Atlas de la Nouvelle-Calédonie*, planche 47, O.R.S.T.O.M. 1979). En sens inverse, voici le constat d'un ethnologue sur la santé des autochtones avant la colonisation : «... le peu d'infirmités dont ils avaient à se plaindre avant que nous les eussions visités. Ils n'éprouvaient alors qu'un petit nombre de nos maladies, et nulle tradition n'atteste

la santé et de la longévité des populations. L'hommage rendu à Mère Teresa³⁸⁶ n'est certes pas étranger aux «...468 dispensaires...»³⁸⁷ qu'elle a fondés en Inde et dans le monde. Mais en comparaison avec l'offre de soins d'un État moderne, ils évoquent une médecine minimale, sorte de pis-aller par manque de moyens. Ainsi dans le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi organique relatif à la Nouvelle-Calédonie discerne-t-on le regret que "...les équipements de santé à Lifou, Maré et Ouvéa se limitent à de simples dispensaires, qui ne permettent pas de faire face à des cas nécessitant une hospitalisation..."³⁸⁸. Nombreux sont les exemples, notamment en Afrique, de centres médicaux rudimentaires fonctionnant, faute de médecin, grâce au dévouement de quelques infirmiers voire d'un seul³⁸⁹. L'O.N.U. elle-même dispose dans de nombreux pays en développement de dispensaires pour ses propres personnels...³⁹⁰

L'expression "soins de santé primaires", qu'utilise l'O.M.S.³⁹¹ depuis un quart de siècle - en relativisant aujourd'hui leur longue³⁹²

dans leurs îles l'existence ou les ravages d'aucune maladie épidémique ou contagieuse avant l'arrivée des européens". (J.-A. Moerenhout, in *Voyage aux îles du Grand-Océan*, s.l., 1837, cité par A. Santelli, in *Les infirmiers en Nouvelle-Calédonie*, mémoire de DEA d'anthropologie sociale et culturelle, dir. P. de Deckker, 1998). Il semble en tout cas que des maladies comme la tuberculose, la syphilis ou la lèpre aient été importées d'Europe, d'Asie... sans compter l'alcoolisme (Cf. Ph. Schirmer, *Le service de santé en Nouvelle-Calédonie : 1855 à 1984, l'œuvre des médecins des armées en santé publique*, thèse Nancy 1986, p. 47).

³⁸⁶ Prix Nobel de la paix en 1979, morte le 05.09.1997 et à propos de laquelle le Président J. Chirac déclara dans son hommage : "ce soir, dans le monde, il y a moins d'amour, moins de compassion, moins de lumière" (*site catholique français*, <www.webkto.com/teresa.htm>).

³⁸⁷ In C.R., par Moruni Turlot, de *Mère Térèsa : la face cachée*, d'Anne Sebba, éd. Golias, 1997.

³⁸⁸ Rapport du député R. Dosière, du 21.12.1998, n° 1275 (<www.assemblee-nat.fr/rapports/r1275-02.asp>), qui souligne cependant "...la disponibilité et la compétence des personnels de ces dispensaires...".

³⁸⁹ Par exemple, le dispensaire de Londji (Cameroun), commun à 21 villages et qui assure, par mois, près d'une centaine de consultations curatives et d'une cinquantaine d'accouchements, dispose d'un personnel réduit à un infirmier, un infirmier-adjoint accoucheur, et un commis pour la pharmacie ... mais non d'agent d'entretien. (*ESFAE*, c'est-à-dire *ENSATT Sans Frontières Association Etudiante, ENSATT* signifiant *Ecole Nationale Supérieure de Sciences Appliquées et de Technologie*, <www.esfae.org/?url=dispensaire>, concernant la mission Londji 2001. Autre exemple, parmi d'autres : le dispensaire de l'île de Kanazi (Niger), auquel une association marseillaise a apporté en 2004 un appareil de radiographie... y compris des conseils d'utilisation à l'unique infirmier pour quelque 30 000 habitants (in *La Provence* du 18.04.2004, p. 5).

³⁹⁰ Sur le programme du dispensaire des N.-U, cf. : <www.un.org/ml/textes/plan2003dvn.doc>.

³⁹¹ Cf. notamment OMS, *Principes fondamentaux des soins de santé primaires*, chap. 7 du *Rapport sur la santé dans le monde*, 2003, (<www.who.int/whr/2003/chapter7/fr/index2.html>) pp. 109 s.

définition de l'époque³⁹³ - peut paraître dévalorisante. D'autant que lui est donné un double sens : "Dans les pays à haut ou moyen revenu, les soins de santé primaires s'entendent essentiellement du premier niveau de soins. Par contre, dans les pays à bas revenu... on les considère davantage comme une stratégie applicable à l'échelle du système"³⁹⁴. En clair : les pays dits développés disposent, eux, du deuxième niveau ; c'est le cas, directement ou indirectement³⁹⁵, en Nouvelle-Calédonie. Le recours à des dispensaires n'est donc pas nécessairement révélateur d'un système de santé réduit à la portion congrue : s'ils sont suppléés, en deuxième ligne, par des structures plus perfectionnées, leur mission ressemble au fond à celle que l'O.M.S. attribue à "l'hôpital de premier recours"³⁹⁶.

A l'époque de la colonisation et des transports à cheval, on ne pouvait guère faire autrement que d'aller soigner là où elles se trouvaient des populations disséminées sur le territoire. Au temps des évacuations sanitaires aériennes vers des plateaux techniques performants, la dispersion de l'activité curative peut apparaître inutile, coûteuse, voire périlleuse. Pousser cette logique à terme conduirait à traiter la plupart des malades à Nouméa. Gageons que les aspects positifs d'une telle rationalité n'en feront pas oublier les limites afin de préserver, en Calédonie aussi et surtout, l'indispensable médecine de proximité.

³⁹² De près de 150 mots.

³⁹³ Cf. OMS, *Déclaration d'Alma-Ata* du 12.09.1978, al. 8. L'OMS admet aujourd'hui qu' "aucune définition uniforme et universellement applicable n'existe pour les soins de santé primaires" (OMS, résumé du chap. 7 du rapport 2003, op. cit.). On peut cependant poser, à grands traits, que ce sont des soins de santé essentiels et pratiques, accessibles sans discrimination à des coûts acceptables pour la collectivité dans un esprit d'autoresponsabilité.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ Par le système des évacuations sanitaires (*Evasan*), systématiquement pratiqué en N.-C. lorsqu'un diagnostic ou traitement y est inexistant ou considéré comme insatisfaisant, vers l'Australie et la métropole, parfois la Nouvelle-Zélande.

³⁹⁶ Cf. notamment *L'hôpital de district dans les zones rurales et urbaines - Rapport d'un groupe d'étude de l'OMS sur les fonctions des hôpitaux de premier recours*, 1992, Série de rapports techniques n° 819.

II - D'une médecine de colonisation à un réseau étendu de circonscriptions médicales

Les premiers médecins qui s'installèrent, en 1856 peu après la prise de possession, furent des chirurgiens de marine³⁹⁷. Par la suite, l'embryon de service de santé implanté à Port-de-France³⁹⁸ s'efforça d'assurer la présence de médecins militaires auprès des troupes dans les postes de brousse, alors même que prodiguer des soins aux indigènes ne faisait pas encore partie des devoirs prioritaires³⁹⁹. Les missions protestantes et catholiques elles-mêmes avaient souvent eu de graves difficultés à s'implanter⁴⁰⁰, puis à accomplir notamment dans leurs dispensaires l'œuvre que l'on sait essentielle⁴⁰¹ en matière de santé des populations locales.

Particulièrement urgente semblait être, dans l'intérêt général il est vrai, la lutte contre les maladies vénériennes : dès 1876 fut créé un "dispensaire" pour les "filles publiques"⁴⁰². Situé à Nouméa, fonctionnant grâce à un médecin civil⁴⁰³, il devait permettre, si

³⁹⁷ Cf. Charpin, ..., op. cit., 47, I, B, al. 1. V. aussi : H. Linon, *Les officiers du Corps de Santé de la Marine en Nouvelle-Calédonie aux XVIIIe et XIXe siècles*, in Bull. Soc. Et. Hist. de N.-C., 1976, 28.

³⁹⁸ Ancien nom de Nouméa jusqu'en 1866. Jusqu'en 1860, année de la création d'un "hôpital maritime", il n'existait à Fort de France, alors village de moins de 300 habitants, qu'une infirmerie..

³⁹⁹ Surtout aux débuts de la colonisation (cf. Ph. Schirmer, op. cit., p. 5) ; d'autant que, notamment pour des raisons plausibles de sécurité et de moyens, et contrairement à Nouméa, les indigènes n'étaient pas encore admis dans les "formations sanitaires de l'intérieur" (Cf. Ph. Schirmer, op. cit., pp. 55-56).

⁴⁰⁰ Les missions furent parfois attaquées, et les rescapés contraints à la fuite, par des révoltes kanaks, notamment en périodes de disette. Les protestants de la *London Missionary Society* furent chassés du sud de la Grande Terre en 1842, mais purent se maintenir durablement aux Loyautés. Les catholiques de la Société de Marie, conduits par Mgr Douarre, chassés deux fois, purent rétablir des missions à Balade, à Pouebo en 1851, ... (*Cours d'histoire de la Société de Marie, La mission d'Océanie sous le généralat du P. Colin, 4, Nouvelle-Calédonie*, <www.maristas.com.ar/m_marist/cours/22htm>). De nombreux dispensaires ont été construits, avec l'aide des autochtones et parfois de l'armée notamment des gendarmes (cf. *La gendarmerie en Nouvelle-Calédonie*, in *La gendarmerie coloniale en Océanie (1846-1939)*

<www.servicehistorique.gendarmerie.defense.gouv.fr/articles/histoire/angleviel >).

⁴⁰¹ Entretien (octobre 2004) avec I. Kurtovitch, directeur des Archives territoriales où des documents, notamment photographiques, de dispensaires de missions peuvent être consultés.

⁴⁰² Par arrêté du 21 octobre, in M. Etienne, *Recueil des lois, décrets, arrêtés et instructions – La législation de la Nouvelle-Calédonie, Bulletin officiel de la Colonie*, p. 75.

⁴⁰³ Arrêté du 21.10.1876, art. 2.

nécessaire par de véritables détentions administratives⁴⁰⁴, de contrôler la prostitution⁴⁰⁵ en retenant⁴⁰⁶ et isolant⁴⁰⁷ les femmes contaminées.

C'est en 1890⁴⁰⁸ que fut institué un corps d'officiers de santé des colonies⁴⁰⁹. Celui-ci se vit confier la mission, sans laquelle une justification essentielle de la colonisation aurait été vidée de sa substance, de "porter assistance aux populations locales"⁴¹⁰. Quant aux prisonniers détenus hors du chef-lieu, qu'il fallait bien soigner sur place, la puissante administration pénitentiaire en confia principalement la tâche aux médecins-majors des postes de brousse⁴¹¹.

Mais "...la médecine en milieu indigène ne progressera que lentement"⁴¹². S'installer loin de la ville suscitait peu de vocations, tant était répandus les sentiments d'insécurité, d'insalubrité⁴¹³, d'éloignement et d'isolement, au point de révéler une crise d'effectifs⁴¹⁴. C'est en partie pour tenter de pallier cette pénurie que fut créé en 1911 le "service médical de Colonisation et d'assistance

⁴⁰⁴ Arrêté du 21.10.1876, art. 5.

⁴⁰⁵ Qui n'était pas interdite ; les "filles" n'avaient toutefois pas le droit, notamment, de "s'introduire dans les casernes" (arrêté du 21.10.1876, art. 12).

⁴⁰⁶ On note que celles-ci, qu'on appellera plus tard les "filles soumises" (Ph. Schirmer, op. cit., p. 85), pouvaient s'y présenter spontanément, ou y être amenées par la police (arrêté du 21.10.1876, art. 2).

⁴⁰⁷ Isolement qui sera quelques années après réglementé de manière particulière : "Sous aucun prétexte, les indigènes... à l'exception du gardien-chef, ne pourront pénétrer dans le local affecté aux femmes du dispensaire" (arrêté du 1.10.1895, art. 11, in Recueil *Etienne* op. cit., p. 78).

⁴⁰⁸ Par décret du 07.01.1890, promulgué en N.-C. le 27.03.1890

⁴⁰⁹ Ce "Corps des officiers du service de santé des colonies et pays du protectorat" se voyait ainsi confier l'action sanitaire civile. Formé, lui aussi, aux maladies tropicales par l'école du Pharo de Marseille, il ne devait disparaître qu'avec la décolonisation, et fut intégré en 1968 au corps de santé des armées. C'est donc ce corps militaire à vocation civile dominante qui eut la charge de la santé publique en Nouvelle-Calédonie comme dans le reste de l'empire colonial. Son acteur principal et emblématique était le "médecin de brousse" (cf. notamment sur le site de l'ASNOM (*Amicale santé navale et d'outre-mer*) à <www.asnom.org/230_medecin_de_brousse.html>).

⁴¹⁰ Cf. Ph. Schirmer, op. cit., p. 93.

⁴¹¹ Ainsi les médecins détachés "dans les postes de Bouloupari, La Foa, Bourail, Ouégoa, Thio, et Koné-Pouembout" bénéficiaient-ils d'indemnités supplémentaires notamment pour l'entretien de leur cheval (cf. notamment décision du gouverneur du 19.06. 1874, in Recueil *Etienne*, op. cit., p. 567).

⁴¹² Cf. médecin général Charpin, ..., op. cit., 47, I, B, al. 3.

⁴¹³ Il n'est pas étonnant que le taux de mortalité dans le corps de santé colonial, certes tous territoires confondus, ait été élevé. L'ASNOM mentionne par exemple les décès, du 01.01.1907 au 31.12.1910, de 32 médecins ou pharmaciens de ce corps, en activité -âgés de 25 à 55 ans-, ayant succombé aux colonies ou pendant la traversée de retour, ou en congé en France de maladies inhabituellement fatales (site de l'ASNOM, *médecin de brousse* op. cit., p. 9).

⁴¹⁴ Ph. Schirmer, op. cit., p. 118.

indigène"⁴¹⁵. Un statut certes attractif⁴¹⁶ était proposé aux docteurs certifiés⁴¹⁷ en médecine coloniale, âgés de moins de 40 ans, «... en bonne santé, dépourvus d'infirmités..."⁴¹⁸. Mais il leur fallait s'engager pour 5 ans. Ils allaient devoir, dans celle des neuf nouvelles circonscriptions⁴¹⁹ qui leur seraient attribuées, dispenser des soins gratuits⁴²⁰ aux indigents, aux fonctionnaires et à leurs familles, ainsi qu'aux "... indigènes vivant en tribus ou sans engagements"⁴²¹. Ces tribus, ils auraient l'obligation de les visiter au moins une fois par trimestre⁴²². Quant aux actes qu'ils pouvaient être amenés à accomplir, la liste, impressionnante, incluait : "petite chirurgie" (y compris dentaire), "chirurgie" jusqu'à la "grande chirurgie" dont amputations, appendicites, cancers du sein, y compris trépanations⁴²³... et bien entendu tous accouchements ; sans oublier la prévention : visites des écoles et vaccinations. En tribu, il leur était demandé de porter une attention particulière à l'hygiène, la démographie et les maladies contagieuses.

De telles responsabilités pouvaient dépasser les capacités individuelles de dévouement. Des sanctions disciplinaires avaient été prévues à l'encontre de ces médecins notamment en cas de "manquements graves..." ou de "refus de faire son service"⁴²⁴ ; elles pouvaient aller jusqu'au licenciement avec rapatriement⁴²⁵.

En 1919⁴²⁶, il fallut se résigner à réduire de moitié la périodicité⁴²⁷ des visites en tribus. La grande réorganisation du service

⁴¹⁵ Cf. l'arrêté du Gouverneur du 03.06.1911, J.O.N.C. du 15.06.1911 pp. 180 s. Il est bien fait mention cette fois d'assistance "indigène", expression qu'incluait moins nettement celle de populations "locales".

⁴¹⁶ Bonnes solde et indemnités (arrêté du 03.06./1911, op. cit., art. 6), possibilité de réclamer des honoraires (art. 11), logement gratuit, frais de déplacement au-delà de 5 km. du lieu d'habitation (art. 11), congé en France avec voyage payé tous les 5 ans, de 6 mois avec demi-solde (art. 7), avancement tous les 2 ou 3 ans lorsque les "...services... auront été particulièrement appréciés" (art. 6).

⁴¹⁷ Il est mentionné dans l'arrêté (art. 3) "...autant que possible", cela pour préserver toutes chances de pourvoir les postes...

⁴¹⁸ Arrêté art. 4.

⁴¹⁹ Hormis Nouméa (résidence du médecin-inspecteur) : La Foa ; Bourail ; Koné ; Kaala ; Pam ; Hienghène ; Ponérihouen ; Canala ; Loyautés. Onze postes furent créés (arrêté art. 4).

⁴²⁰ Arrêté art. 8.

⁴²¹ Arrêté art. 8 §3. Il est bien fait référence cette fois aux "indigènes".

⁴²² Arrêté art. 9, qui prévoit l'obligation, après ces visites, d'envoyer à ce sujet un rapport trimestriel au médecin inspecteur. Quant aux communes, elles devaient être visitées au moins une fois par mois.

⁴²³ Arrêté art. 11.

⁴²⁴ Arrêté art. 12.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ Cf. Ph. Schirmer, op. cit., p. 120.

⁴²⁷ Qui devenaient ainsi semestrielles.

de santé calédonien de 1927, qui perdura plus d'un demi-siècle⁴²⁸, consacra certes la catégorie des "médecins mobiles"⁴²⁹ qui, en assurant les tournées, soulageaient la tâche des "médecins de circonscription". Mais le peuplement de la colonie, avec notamment l'arrivée d'"immigrés asiatiques...constitués en collectivités rurales"⁴³⁰, à l'égard desquels s'imposaient "...les mêmes obligations qu'à l'égard des tribus indigènes ..."⁴³¹, fut une des raisons de l'incapacité persistante d'augmenter la fréquence des visites aux populations de l'intérieur et des îles.

Avec le temps la couverture sanitaire du territoire devait s'améliorer. On avait cru pouvoir, dès 1930, délimiter jusqu'à quinze circonscriptions⁴³². Mais les bonnes volontés n'étant pas légion, les postes n'étaient pas toujours pourvus : celui de Maré est resté vacant plusieurs années⁴³³. Le gouverneur dut se résoudre en 1936 à réduire le nombre des circonscriptions à douze⁴³⁴. Ce n'est qu'en 1960 avec la création de la treizième⁴³⁵ que le mouvement commença nettement et durablement à s'inverser, facteur d'un "énorme progrès"⁴³⁶... au point

⁴²⁸ Principalement par 2 arrêtés du gouverneur du 31.08.1927, qui structureront l'essentiel de la santé publique en N.-C. jusqu'à la création de la DTASS par délibération du congrès du 31.01.1984. Le premier arrêté (n° 777, J.O.N.C. du 05.11.1927 pp. 826 s.) *créant une Direction du Service de Santé et d'Hygiène publiques et réglementant le fonctionnement du Service Médical de Colonisation et d'Assistance indigène en Nouvelle-Calédonie et Dépendances*, le second (n° 778, J.O.N.C. du 05.11.1927 pp. 829 s.) *fixant le statut du personnel de médecins de colonisation et d'assistance indigène en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

⁴²⁹ Arrêté n° 777, art. 7.

⁴³⁰ Embauchés principalement pour l'exploitation du nickel.

⁴³¹ Arrêté n° 777, art. 11. On constate par ailleurs qu'il subsistait tout de même des distinctions de traitement que l'on pourrait qualifier aujourd'hui de discriminations positives : "Les malades européens, étrangers et asiatiques continueront à être nourris -à leurs frais- par un hôtelier ou par une personne de la localité de leur choix. Les indigènes recevront les vivres de la formation sanitaire aux frais de la colonie. Le médecin traitant achètera les vivres nécessaires à leurs besoins..." (arrêté du 18.11.1941 *plaçant les formations sanitaires de l'intérieur sous l'autorité du directeur du service de la santé et le chargeant d'en diriger le fonctionnement et l'administration pour le compte de la Colonie*, J.O.N.C. du 01.12.1941, p. 545).

⁴³² Cf. le *Recueil de la réglementation particulière appliquée à la population mélanésienne en Nouvelle-Calédonie (1853 - 1949)*, Service des archives de la N.-C., notice "Assistance médicale indigène", p. 2.

⁴³³ *Ibid.*, p. 2.

⁴³⁴ Arrêté du gouverneur n° 1121 du 24.10.1936, J.O.N.C. du 15.11.1936 pp. 416 s. La 1^{ère} circonscription était composée du grand Nouméa et de l'Île des Pins, les 3 Îles Loyautés n'en constituant plus qu'une seule, la 12^e chacune était dotée d'une Commission sanitaire.

⁴³⁵ Cf. Ph. Schirmer, op. cit., p. 151.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 153. "Pendant les années soixante et le début des années soixante-dix, de nombreux dispensaires, infirmeries, maternités et postes médicaux sont construits, permettant un découpage plus fin en circonscriptions médicales plus nombreuses" (*ibid.*, p. 152).

d'être parfois considéré comme excessif⁴³⁷. Quand bien même, il ne pouvait en résulter qu'un meilleur accès aux soins. Les Loyautés bénéficiaient en 1962⁴³⁸ de leurs trois circonscriptions, l'ensemble du territoire de dix-sept en 1972⁴³⁹, de vingt-et-une en 1983⁴⁴⁰, de vingt-cinq en 1985⁴⁴¹.

Héritières d'une adaptation pragmatique aux nécessités locales, peu à peu consacrée ou imposée par le droit, ces circonscriptions médicales, délimitées par les autorités territoriales⁴⁴², ont vocation à former un réseau étendu et cohérent. Elles résistent aux efforts de concentration rationnelle des moyens, structures et personnels que constituent notamment les créations du CHT⁴⁴³, de la DTASS⁴⁴⁴. Elles comprennent toujours, par-delà les troubles des années 1980⁴⁴⁵, de "petites formations sanitaires... appelées dispensaires"⁴⁴⁶; et la provincialisation a grandement décentralisé la santé publique⁴⁴⁷.

⁴³⁷ [Dans les années 1960] "la période d'euphorie économique... allait doter le territoire d'un équipement sanitaire qui dépasse tant en matériel qu'en infrastructure les besoins réels de sa population dans certains domaines." (médecin général Charpin..., op. cit., 47, I, B, dernier alinéa).

⁴³⁸ Cf. Ph. Schirmer, op. cit., p. 152.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 153.

⁴⁴⁰ Arrêté du Conseil de Gouvernement de N.-C. n° 83-384/CG du 16.08.1983, qui en dresse la liste détaillée, y compris tribus et lieux-dits, J.O.N.C. du 23.08.1983, pp. 1230 s.

⁴⁴¹ Arrêté du Conseil des ministres de N.-C. n° 85-542/CM du 07.08.1985, très détaillé aussi, J.O.N.C. du 27.08.1985, pp. 1342 s.

⁴⁴²) Du gouverneur au haut-commissaire, en passant par conseil de gouvernement, conseil des ministres, conseil exécutif, selon les statuts successifs...

⁴⁴³ Par délibération n° 114 du 03.08.1978, J.O.N.C. du 18.08.1978 pp. 862 s. L'évolution fut aussi marquée par le passage du militaire au civil, avec notamment le remplacement, au poste de directeur du centre hospitalier, du médecin en chef (L. J. Moal) par un chef d'administration principal (F. Jammes, par arrêté /CG du 29.06.1983, J.O.N.C. du 05.07.1983 p. 983.

⁴⁴⁴ Par délibération /CP n° 319 du 31.01.1984 (J.O.N.C. du 14.02.1984 pp. 311 s.) qui sera modifiée par l'arrêté n° 2001-465/GNC du 22.02.2001, J.O.N.C. du 06.03.2001, pp. 1195 s.

⁴⁴⁵ Cf. notamment le rapport de J. Debost (alors directeur de la DTASS) et A. Marsallon (alors chef de mission, Inspection de la santé et des pharmacies) *Approche des problèmes de santé publique induits par les événements de Nouvelle-Calédonie*, du 08.07.1985, annexé à l'ouvrage de Ph. Schirmer, op. cit., pp. 3 et 4. Ce rapport relevait dans certains lieux des tirs sur une ambulance, sur un dispensaire, des rapatriements de médecins et autres soignants, ainsi que : "...diminutions voire suppressions des visites en tribus... chute considérable des consultations ... accroissement des accouchements hors des formations sanitaires en raison du couvre-feu... vaccinations obligatoires... plus réalisées... recrudescence des maladies sexuellement transmissibles... accroissement de la tuberculose...".

⁴⁴⁶ L. Sanner, *Essai de géographie médicale*, in Bull. Assoc. Méd. N.-C., 1950 n° spécial, pp. 50 s., cité par Ph. Schirmer, op. cit., note 87.

⁴⁴⁷ Par la loi référendaire du 09.11.1988, v. infra, sous-§ 2, I.

Encore a-t-on déjà quelque difficulté, en cette fin de XXe siècle, à distinguer, parmi les dispensaires non spécialisés⁴⁴⁸ :

- le dispensaire de mission, entité religieuse charitable privée dont l'activité bénévole en matière de santé⁴⁴⁹ s'estompe après l'œuvre considérable⁴⁵⁰ accomplie, dépassant le cadre de cette étude ;
- le "dispensaire... ou poste médical"⁴⁵¹, unité principale située au chef-lieu de chaque circonscription ;
- le "dispensaire... ou infirmerie"⁴⁵², qui semble ne pouvoir être différencié du précédent qu'en raison de moyens inférieurs en personnel et en matériel.

On voit que les progrès de l'organisation sanitaire se sont accompagnés de difficultés de classification et d'incertitudes de vocabulaire. Qu'il suffise de citer une autre présentation, puisée à la même source, de la médecine de soins dans chaque circonscription médicale⁴⁵³, où sont énumérés par ordre décroissant : "Centre médical... Dispensaire... Infirmerie..."⁴⁵⁴. Le dispensaire ainsi rétrogradé ne dispose alors que d'un poste d'infirmier⁴⁵⁵... sans être qualifié d'infirmerie... laquelle est pourvue d'un "... médecin ou infirmier itinérant"⁴⁵⁶... sans compter les salles de soins et les salles de visite en tribu⁴⁵⁷.

⁴⁴⁸ Quant aux dispensaires spécialisés (notamment anti-tuberculeux, anti-hansénien, d'hygiène mentale, administratif), expressions d'une décentralisation non territoriale mais par services, ils n'ont pas vocation à exister dans chaque circonscription mais à se concentrer dans le grand Nouméa.

⁴⁴⁹ Notamment par des religieuses, ayant joué un grand rôle, entre autres, dans l'accompagnement des lépreux ; elles soignaient non seulement dans leurs dispensaires de missions mais aussi, fréquemment, dans les dispensaires du secteur public (v. Médecin général Charpin, op. cit., 47, I, B, al. 7).

⁴⁵⁰ Œuvre considérable mais souvent bien difficile, sur laquelle des recherches approfondies seraient bienvenues. Parmi quelques témoignages retrouvés, celui de Sœur Marie-Sébastien (morte en 2002 à St Louis) de la Société de Marie, est révélateur à la fois de dénuement et de dévouement : «J'ai débarqué [en 1929] toute seule... je ne connaissais personne à Nouméa ! Mgr Charion m'a dit : Ma sœur, vous allez aller à Ouvéa... dans une communauté où une sœur vous attend depuis dix ans... L'île était pourrie de lèpre... nous n'avions presque rien pour soigner... Nous avions la visite du médecin une fois par an... nous étions aimées... et écoutées... Nous faisons aussi l'école primaire..." < www.maristes-france.org/SMSM2/temoins/D3/temoin1.htm >.

⁴⁵¹ Ph. Schirmer, op. cit., p. 150 ; cette structure dispose de quelques lits d'hospitalisation, bénéficie d'un médecin en principe à poste fixe.

⁴⁵² Ph. Schirmer, op. cit., p. 150 ; structure plus modeste que la précédente, dépourvue de capacité d'hébergement.

⁴⁵³ Ph. Schirmer, op. cit., p. 183.

⁴⁵⁴ Ph. Schirmer, op. cit., p. 127.

⁴⁵⁵ Ph. Schirmer, op. cit., p. 127.

⁴⁵⁶ Ph. Schirmer, op. cit., p. 127.

⁴⁵⁷ Tout de même classées (à la fin) dans le "Schéma de l'organisation de l'unité sanitaire élémentaire de santé publique en Nouvelle-calédonie" (Cf. Ph. Schirmer, op. cit., p. 183).

Sous-paragraphe 2 RÉléments de statut

Il n'existe pas en Nouvelle-Calédonie de statut proprement dit des dispensaires (lato sensu)⁴⁵⁸. Ceux-ci obéissent pourtant essentiellement à des règles de droit local.

I – Une réglementation de droit local

Rappelons que le code de la santé publique n'y étant que très partiellement applicable⁴⁵⁹, la Nouvelle-Calédonie possède maintenant le sien propre⁴⁶⁰. Dans ce document de près de 300 pages, les dispensaires ne font l'objet que de quelques évocations incidentes⁴⁶¹, sans qu'aucune réglementation n'y figure. Cela peut paraître surprenant sachant que la santé en brousse est d'abord assurée par les dispensaires⁴⁶²... alors que la réduction en métropole de leurs activités de soins laisse pourtant subsister dans le CSP des dispositions plus

⁴⁵⁸ Pour ne pas s'en tenir, a priori, au sens étroit d'entités aussi multiformes.

⁴⁵⁹ L'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000, qui a refondu la partie législative du C.S.P., a regroupé dans le dernier livre de chacune de ses six parties les dispositions, relevant de la spécialité législative, concernant Mayotte, Wallis-et-Futuna, les T.A.A.F., et, les deux ensemble, Nouvelle-Calédonie et Polynésie française. En effet, pour ces deux dernières collectivités, "...la santé publique relève de la compétence des autorités locales [et] ces textes n'ont pas à figurer dans le présent code, mais éventuellement dans un code de la santé locale" (In *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance...*, J.O.R.F. du 22.06.2000, pp. 9337 s.). Ainsi la loi référendaire du 9 novembre 1988 reconnaît-elle que c'est au territoire d'édicter "...la réglementation en matière de santé et d'hygiène publiques ainsi que de protection sociale" (Loi référendaire article 9 - 2°). La loi organique du 19.03.1999 confirme, à peu près dans les mêmes termes, la compétence de la Nouvelle-Calédonie s'agissant de "protection sociale, hygiène publique et santé..." (art. 22 §4).

⁴⁶⁰ Cf. J.O.N.C. des 21.07. et 31.08.2000, et du 07.08.2001, accessible au site : <<http://www.dass.gouv.nc>>. Ce code de la santé calédonien est complété par certains textes nationaux postérieurs, notamment par l'ordonnance du 27.02. 2003 étendant expressément à la Nouvelle-Calédonie certaines dispositions de la loi du 04.03. 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JORF du 01.03.2003 pp. 3653 s.).

⁴⁶¹ Six fois : deux fois dans le *Livre I (Protection générale de la santé publique)*, quant aux vaccinations obligatoires ("dispensaires provinciaux..."), art. 15 al. 2 de la délibération du 11 août 1994, reproduite dans la partie II), et à la protection contre les rayonnements ionisants ("...personnel exposé aux rayons X... dans les hôpitaux, cliniques, dispensaires, ...", art. 56 de la délibération du 25.01.1995, reproduite dans la partie V) ; quatre fois dans le *Livre II (La famille, l'enfance, la jeunesse, l'action sociale)*, quant au dispensaire antituberculeux (art. 21 al. 1 et 2 de la délibération du 05.08.1969 sur l'hygiène et la médecine scolaire) et au dispensaire antilépreux (art. 26 al. 1 et 2 de la même délibération).

⁴⁶² Ce sur quoi insistait le Dr. F. Vangheluwe, Président de l'Organe de l'Ordre des médecins de Nouvelle-Calédonie, lors d'une réunion de préparation de cet ouvrage (2004).

explicites, s'agissant de lutte contre les maladies sexuellement transmissibles⁴⁶³, la tuberculose⁴⁶⁴ et l'usage de stupéfiants⁴⁶⁵. Il est vrai que malgré la centaine de pages qui y est consacrée aux "Établissements et services de santé", on se demande⁴⁶⁶ ce qui pourrait ressembler de près ou de loin à nos dispensaires généralistes. Quant à ceux de Mayotte, ils ont été intégrés en 2004 à l'établissement public de santé local⁴⁶⁷.

Rien n'empêche évidemment la Nouvelle-Calédonie de s'inspirer de l'esprit de certaines dispositions nationales, métropolitaines ou d'outre-mer, mais rien ne l'y oblige : elle est compétente pour réglementer "protection sociale, hygiène publique et santé..."⁴⁶⁸. Son congrès fixe donc les grandes lignes en ces matières ; il peut de surcroît déléguer à une province, sur sa demande⁴⁶⁹, selon la loi organique de 1999⁴⁷⁰ et le principe de "l'appel à compétences"⁴⁷¹, le pouvoir d'«...adapter et appliquer...»⁴⁷² le cadre normatif général qu'il a établi. Les provinces, dont les compétences en matière de santé sont par ailleurs indirectement reconnues par l'article 181-III de la loi organique de 1999⁴⁷³, ont ainsi des prérogatives substantielles de gestion de leurs structures de santé autres que les établissements

⁴⁶³ CSP art. L. 1423-2 et 3, où il est précisé que "Les dispensaires antivénéériens... sont ouverts gratuitement...., sont des services du département".

⁴⁶⁴ CSP art. L. 3112-3, 4 et 5, où il est précisé que "Les dispensaires antituberculeux... sont des services du département".

⁴⁶⁵ CSP art. L. 3412-3, qui permet notamment aux dispensaires d'hygiène sociale" de surveiller les cures de désintoxication.

⁴⁶⁶ Quelques comparaisons pouvant cependant être faites avec les "centres de santé" de l'art. L. 6323-1 du CSP : "Les centres de santé assurent des activités de soins sans hébergement et participent à des actions de santé publique... Ils sont créés soit par des organismes à but non lucratif ... soit par des collectivités territoriales".

⁴⁶⁷ 90 CSP art. L.6424-1, du chap. 4 intitulé *Dispensaires*, inséré par l'ordonnance n° 2004-688 du 12.07. 2004 (JORF du 13.07.2004).

⁴⁶⁸ L.O. du 19.03.1999, art. 22 §4.

⁴⁶⁹ La demande doit être faite par l'Assemblée de la Province (art. 47, I, al. 1, L.O. du 19.03.1999).

⁴⁷⁰ L.O. du 19.03.1999, art. 47, I, al 1. Cette possibilité existait déjà selon l'art. 10 de la loi référendaire du 09.11.1988 tel qu'il avait été modifié par la L.O. du 20.02. 1998 (art. 3). On sait par ailleurs que d'une manière générale chaque province est par principe "...compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie..." (*ibid.*, art. 20 al. 1).

⁴⁷¹ Principe posé par la loi d'orientation du 04.02. 1995 sur l'aménagement et le développement du territoire, art. 65, III.

⁴⁷² L.O. du 19.03.1999, art. 47, I, al 1.

⁴⁷³ L.O. du 19.03.1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, qui prévoit le versement annuel aux provinces d'une dotation globale de fonctionnement (DGF) "... par l'intermédiaire du budget de la Nouvelle-Calédonie, au titre de la santé...".

hospitaliers⁴⁷⁴, créant notamment leurs propres directions des affaires sanitaires et sociales⁴⁷⁵.

II - Une terminologie composite

Le mot "dispensaire" a le mérite d'être à la fois courant, traditionnel... et proche de son cousin anglais (*dispensary*), ce qui est loin d'être négligeable pour le tourisme⁴⁷⁶. Il est en langage ordinaire utilisé pour désigner les petits bâtiments de santé, notamment en brousse⁴⁷⁷, où l'on soigne prioritairement les gens peu fortunés. Il est employé, parfois, dans les textes officiels⁴⁷⁸ plus souvent dans des rapports et débats au sein des institutions calédoniennes⁴⁷⁹. Sans doute

⁴⁷⁴ L.O. du 19.03.1999, art. 22 § 24, confiant la compétence des établissements hospitaliers à la Nouvelle-Calédonie.

⁴⁷⁵ La province îles a créé sa DPASS par délibération n° 61-89/API du 07.12. 1989 (J.O.N.C. du 02.01.1990, pp. 14 s.), aujourd'hui appelée "direction de l'action communautaire et de l'action sanitaire des îles loyautés" (DPACAS-Îles) ; la province nord par délibération n° 68-89/API du 29.12. 1989 (J.O.N.C. du 13.02. 1990, pp. 484 s.), aujourd'hui appelée "direction des affaires sanitaires et sociales et des problèmes de société" (DASSPS-Nord) ; la province sud (DPASS-Sud) par arrêté n° 50-90/PS du 31.01. 1990 (J.O.N.C. du 20.02. 1990 p. 538), à la suite de la délibération modifiée n° 06-89/APS du 21.07. 1989 créant notamment les directions de l'administration de la province.

⁴⁷⁶ «Je suis persuadé ... que la santé est un facteur de développement. Quand les touristes choisissent une destination, une des questions qu'ils posent : quel est l'état des hôpitaux ? Lorsque nous avons monté une politique d'accueil en tribu dans les îles, la plupart des touristes que nous avons interrogés ont demandé : à combien sommes-nous du premier dispensaire ? C'est ce qui nous a valorisés par rapport au Vanuatu et à la Papouasie Nouvelle Guinée" (intervention du grand chef Nidoish Naisseline, membre LKS du Congrès, pour une explication de vote à l'occasion du débat budgétaire, séance des 27-28.12.2000, J.O.N.C. *débats du Congrès* du 14.06.2002, p. 1168.

⁴⁷⁷ L'auteur d'une étude sur *La santé en Nouvelle-Calédonie et dépendances – Évolutions- réflexions sur le système* regroupait dans la catégorie "formations sanitaires publiques ... de l'intérieur et des îles" les "centres médicaux R dispensaires R infirmeries - salles de visite" (Ph. Palombo, directeur actuel du CHS de Nouville, dans son mémoire pour l'assistanat de direction des hôpitaux, soutenu à l'ENSP de Rennes le 24.11. 1987, p. 146).

⁴⁷⁸ Entre autres exemples : "... dispensaires et centres de soins" (*Plan de promotion de la santé et de maîtrise des dépenses de soins sur le territoire de Nouvelle-Calédonie*, délibération n° 490 du 11.08.1994, annexe 1, § II.2, J.O.N.C. du 13.09.1994 p. 3006 ; "...dispensaires Côte Ouest" (décision n° 168/95 du 03.07.1995 du président de la province nord portant nomination d'un régisseur d'avances..., art. 4, J.O.N.C. du 08.08.1995 p. 2322) ; "dispensaires provinciaux" (délibération n° 171 du 25.01.2001 *relative à la carte sanitaire et aux schémas d'organisation sanitaire de la Nouvelle-Calédonie*, annexe 1, III, A, 2, J.O.N.C. du 06.03.2001, p. 1165).

⁴⁷⁹ Aux débats du Congrès, il est rare que soient évoqués les centres médico-sociaux, le mot dispensaire est de très loin le plus utilisé par les orateurs (exemples nombreux, v. notamment supra, introduction), et relativement fréquemment dans les rapports (par ex. celui du 16.01.2001 de la Commission de la santé et de la protection sociale : "Les soins de santé primaire sont assurés par les dispensaires ou par les salles de soins

est-il destiné à perdurer -sauf à devenir péjoratif⁴⁸⁰ -, de même que l'on continue à appeler, familièrement mais aussi parfois officiellement⁴⁸¹, "hôpitaux" des structures qualifiées de C.H.T. ou autres sigles.

Les dispensaires n'échappent pas à la tentation de toute administration soucieuse de modernité de renouveler termes et qualificatifs considérés comme imprécis⁴⁸² voire désuets : les derniers rapports de la DASS.NC, qui en font incidemment mention notamment dans les "structures de soins sans hospitalisation"⁴⁸³, ne les font pas apparaître en tant que tels dans le tableau final⁴⁸⁴... tout en recensant six sur sa liste - en ligne⁴⁸⁵ - intitulée "Circonscriptions médicales/Dispensaires". Elle tend ainsi à les réduire sémantiquement en privilégiant des expressions mieux adaptées à un souci de classification : "circonscriptions médico-sociales", "circonscriptions médicales", "centres médico-sociaux", "centres médicaux", "centres médicaux (dispensaires)", "infirmeries", sans compter "salles de visite" et "fauteuils dentaires", ainsi que "Centre médical polyvalent", "Centre de protection maternelle et infantile", "Centre médico-scolaire", "Centre de conseil familial"⁴⁸⁶. A trouvé grâce, toutefois, sans doute par respect de la tradition militaire, le vocable "Dispensaire familial des Armées"⁴⁸⁷. Convenons qu'une telle variété d'appellations incite à tenter de résumer :

décentralisées, pour les provinces nord et îles", débats du Congrès, J.O.N.C. du 21.01.2002, p. 1230).

⁴⁸⁰ L'expression "asile" par exemple, étant, elle, heureusement remplacée par CHS (Nouvelle).

⁴⁸¹ Par exemple : délibération n° 111 du 07.08.1990 relative à l'indemnisation des services de garde des établissements d'hospitalisation publique du Territoire, organisant les permanences ou présences "à l'hôpital" (art. 1).

⁴⁸² Telle l'expression, prudemment générale, de "formations sanitaires publiques" parfois utilisée dans des textes officiels (entre autres exemples : délibération du congrès n° 192 du 13.08.1987 concernant le régime public de l'aide médicale (J.O.N.C. du 16.09.1987 p. 1320), ou délibération n°75/92 APN du 18.05.1992 *fixant les tarifs des prestations fournies par les formations sanitaires publiques dans la province nord* (J.O.N.C. du 16.06.1992, p. 1802).

⁴⁸³ *Ibid.*, titre du II.1.2.

⁴⁸⁴ Intitulé *Principales structures de santé de compétence provinciale*, que la DASS.NC divise dans son rapport 2001 (dépliant couleur à la dernière page) en : "Centres médicaux (ou infirmeries)", "Services spécialisés", Circonscriptions médicales (et centres médico-sociaux).

⁴⁸⁵ Tous les 6 en province nord (Arama, Belep, Bondé, Kaala-Gomen, Népoui, Poro), à la suite de la liste des 14 "circonscriptions médicales" (<www.dass.gouv.nc>, à < Handicaps> puis <Soins>).

⁴⁸⁶ *Ibid.*, II.1.2, p. 1. Cf. arrêté n° 396-92/PS du 06.03.1992, J.O.N.C. du 24.03.1992, p. 1071.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, II.1.2, p. 5.

- les circonscriptions médicales (CIM)⁴⁸⁸, ou médico-sociales (CIMS), ne sont bien entendu que des limites administratives immatérielles, mais elles impliquent par elles-mêmes l'existence sur leurs zones d'un minimum de structure(s) médicale(s) publique(s) bien réelles ;

- les centres médico-sociaux (CMS) et centres médicaux (CM) sont les entités qui correspondent apparemment aux dispensaires tels qu'on les entend communément, les premiers pouvant se différencier des seconds par la présence d'un(e) assistant(e) social(e) ;

- les infirmeries (INF), dispensatrices de soins, ne peuvent être exclues a priori de la notion de dispensaires ... mais en l'absence de poste de médecin se voient refuser l'appellation, au sens strict, de centres médicaux ;

- Les salles de visite (SV), fort utiles en tribus, ne reçoivent que des médecins de passage, et manquent de matériel de diagnostic et de soins ; les fauteuils dentaires, eux, bénéficient de spécialistes et d'équipements adéquats... mais ne sont par définition pas généralistes.

- Quant aux quatre centres précédemment cités, ex-dispensaires⁴⁸⁹, trois sont spécialisés (CS), tous sont situés à Nouméa ; ils ne sont donc pas de même nature que ceux de l'intérieur et des îles.

Au fond, qu'on les appelle dispensaires ou non, les objets principaux de cette étude sont bien, hors Nouméa, les centres de santé polyvalents de service public non hospitalier.

III – Des implantations de proximité

Faute d'initiative privée suffisante⁴⁹⁰ ailleurs que dans la partie la plus urbanisée de la province sud, et sauf à tolérer de graves

⁴⁸⁸ Les sigles CIM et CIMS ne sont pas usités, nous les proposons cependant ici pour éviter le risque de confusion avec les CM et CMS, correspondant, eux, à des structures plus concrètes (bâtiments et non secteurs -lato sensu- administratifs).

⁴⁸⁹ Les rapports de la DASS.NC classaient régulièrement ces 4 Centres dans la catégorie "Les dispensaires dans Nouméa" (Cf. les II.1.2. des *Situation sanitaire en Nouvelle-calédonie*, en ligne depuis 1996, au titre de structures provinciales de soins sans hospitalisation)... jusqu'au rapport 2001, où la catégorie a été re-intitulée "Les centres de Nouméa", supprimant ainsi à leur sujet le mot "dispensaires".

⁴⁹⁰ La DASS.NC relève que la densité des médecins libéraux n'est que de 4,3 aux Loyautés, de 24,2 en province nord... et de 141 en province sud (*Situation sanitaire en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., II.2.1 p. 5). Autrement dit : "Les circonscriptions médicales des îles sont les seules structures de soins : il n'y a qu'un seul médecin libéral à Lifou. Ne pouvant se reposer sur le secteur privé, la Direction provinciale de l'action communautaire et de l'action sanitaire (DPACAS) a inscrit au schéma directeur 2001-2004 le renforcement des dispensaires" (A. Gaignaire, *Les Nouvelles calédoniennes* du 11.07.2002, p. 2 du texte en ligne ; les archives de ce quotidien sont accessibles au site <www.nouvelles-caledoniennes.nc/>). « Dans les îles et le nord mais aussi dans certains dispensaires du sud tels que Yaté ou Thio *ce sont surtout les*

inégalités d'accès à la santé, l'offre de soins doit être coordonnée pour être mieux répartie⁴⁹¹. Le système de la carte sanitaire territoriale, institué en 1977⁴⁹², a été rénové par délibération du congrès du 3 novembre 1993⁴⁹³ "...en vue de satisfaire de manière optimale la demande de santé de la population... compte tenu des données démographiques et des progrès des techniques médicales..."⁴⁹⁴. Cette planification fixe, au moins tous les cinq ans⁴⁹⁵, les indices et autres chiffres de besoins en lits d'hospitalisation⁴⁹⁶ et d'équipements lourds⁴⁹⁷. Elle sert de base aux autorisations d'installations, équipements et activités⁴⁹⁸ délivrées par le gouvernement⁴⁹⁹ aux personnes physiques ou morales, privées ou publiques. Elle est complétée par des délibérations portant schéma(s) d'organisation sanitaire⁵⁰⁰ pour mettre en cohérence acteurs et structures. Quant aux provinces, bien placées pour apprécier les besoins réels de leurs

conditions de vie qui freinent les médecins. L'isolement dans une île où il y a peu d'animations n'est pas toujours facile à vivre » (A. Gaignaire, op. cit., citant le Dr Y. Perroy médecin coordonnateur de la province des îles).

⁴⁹¹ La loi du pays n° 2001-012 du 07.11.2001 *relative au dispositif conventionnel entre certains professionnels de santé et les organismes de protection sociale* impose le respect de certains critères dont "une meilleure répartition géographique de l'offre de soins en Nouvelle-Calédonie, afin de favoriser l'accès aux soins" (art. Lp1, §3, J.O.N.C. du 08.11.2001 p. 5719). On peut ainsi souhaiter "contribuer au rééquilibrage de la Nouvelle-Calédonie par une meilleure répartition des professionnels de santé" et par "...le rééquilibrage de l'offre de soins..." (in rapport n° 032 du 13.10.1999 de la commission de la santé et de la réglementation sociale, séance du congrès du 19.10.1999, J.O.N.C. du 26.07.2000, pp. 257 et 259).

⁴⁹² Par délibération n° 198 de la commission permanente de l'assemblée territoriale du 05.04.1977 (J.O.N.C. du 22.04.1977 pp. 392 S.).

⁴⁹³ Délibération n° 429 du 03.11.1993 portant organisation sanitaire et sociale de la Nouvelle-Calédonie, J.O.N.C. du 14.12.1993, pp. 3830 s.

⁴⁹⁴ Délibération du 03.11.1993, art. 1^{er}, al. 1.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, art. 1^{er}, al.4. Le texte de référence à ce jour est la délibération n° 171 du 25.01.2001 *relative à la carte sanitaire et aux schémas d'organisation sanitaire de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C. du 06.03.2001, pp. 1160 s, modifiée (concernant l'obstétrique) par la délibération n° 305 du 27 août 2002, J.O.N.C. du 10.09.2002, p. 5211.

⁴⁹⁶ Pour 1000 habitants, ainsi que des structures de soin alternatives à l'hospitalisation (délibération du 03.11.1993, op. cit. art. 2 § I, délibération du 25.01.2001 op. cit. art. 3), parmi lesquelles en sont prévues d'hospitalisation à temps partiel.

⁴⁹⁷ Par exemple de radiothérapie, scanographe, hémodialyse, etc.

⁴⁹⁸ Délibération du 03.11.1993, art. 2, III.

⁴⁹⁹ Cf. la délibération n° 120 du 05.09.2000 confirmant la compétence du gouvernement d'accorder les autorisations prévues aux art. 2, 26 et 29 de la délibération n° 429 du 03.11.1993, y compris en cas d'absence de carte sanitaire et de SOS (J.O.N.C. du 19.09.2000, p. 5159). Mme M. Devaux, membre du gouvernement chargée de la santé et du handicap, nous indiquait récemment en substance que la nécessaire articulation entre le service public de santé et l'activité libérale demeurerait un aspect essentiel d'une bonne gestion des dispensaires (entretien du 08.12.2004).

⁵⁰⁰ Cf. sur ces SOS, surtout, la délibération n° 171 du 25.01.2001, op. cit., titre II.

administrés, elles doivent, dans le respect des grandes lignes préétablies, élaborer leurs propres schémas d'objectifs et moyens⁵⁰¹.

"Près de trente dispensaires répartis sur le territoire permettent aux habitants d'accéder aux soins près de chez eux. Même ceux qui vivent dans des tribus isolées"⁵⁰². Encore les mailles de leur réseau peuvent-elles être considérées comme trop distendues : "Dans certaines localités, le médecin le plus proche est à plus de 40 kms du domicile... c'est le cas, par exemple, pour les ressortissants de la tribu de Ouayaguette qui résident à 48 kms du dispensaire de Pouébo..."⁵⁰³. "... Les 120 personnes de la tribu de Table-Unio, dans la région de Moindou, ne reçoivent la visite d'un médecin généraliste qu'une fois par mois et ce n'est malheureusement pas un cas isolé"⁵⁰⁴. On comprend que les populations de l'intérieur, du nord et des îles⁵⁰⁵ soient très attachées à ce que la santé en brousse ne soit pas laissée pour compte. La décentralisation issue⁵⁰⁶ des accords de Matignon les rapproche de la prise de décision : ce n'est plus au territoire, mais bien aux provinces de créer, transformer et supprimer leurs CIMS ; il y en a actuellement 26 en tout.

- *La province sud*, qui représente près de 70 % de la population de l'archipel, est dotée à Nouméa de structures hospitalières publiques⁵⁰⁷ et privées⁵⁰⁸ conséquentes. Elle comprend par ailleurs sept CIMS⁵⁰⁹ déconcentrées. Elle en comptait huit⁵¹⁰, mais a supprimé en 1993⁵¹¹ celle de Tontouta⁵¹², ce qui y a facilité l'installation de deux médecins en cabinet libéral. Ceux-ci n'ayant pas souhaité

⁵⁰¹ Délibération du 03.11.1993, art. 8.

⁵⁰² A. Gaignaire, *Les Nouvelles calédoniennes* du 11.07.2002, op. cit., p. 1 du texte en ligne.

⁵⁰³ M.-N. Themereau, au cours du débat sur le *projet de loi du pays relatif au dispositif conventionnel entre les professionnels de santé et les organismes de protection sociale*, séance du 19.10.1999, J.O.N.C. du 26.07.2000 p. 261.

⁵⁰⁴ Intervention de A. Bouanaoué au cours de ce même débat, *ibid.*, p. 266.

⁵⁰⁵ Cf. notamment la délibération n° 2001-31/API du 12.12.2001 *relative à l'organisation du réseau des urgences sur la province des îles Loyauté*, dont l'art. 1^{er} débute ainsi : "Considérant le principe de proximité des services provinciaux vis-à-vis de la population habitant sur les quatre îles Loyauté...".

⁵⁰⁶ Depuis la loi référendaire du 09.11.1998, entrée en vigueur le 14.07.1989, complétée par la L.O. du 20.02.1995 renforçant expressément les compétences provinciales en matière de santé, hygiène publique et protection sociale, par délégation du congrès sur leur demande (v. supra, I).

⁵⁰⁷ CHT (Gaston Bourret, Magenta, Raoul Follereau, La pirogue), CHS (Nouvelle).

⁵⁰⁸ Trois cliniques privées : de l'Anse Vata, Baie des citrons, Magnin.

⁵⁰⁹ 1) Boulari ; 2) Yaté ; 3) Païta - Dumbéa ; 4) La Foa ; 5) Bourail ; 6) Thio ; 7) Ile des pins.

⁵¹⁰ Cf. arrêté n° 85-542/CM du 07.08.1985 (J.O.N.C. du 27.08.1985, pp. 1342 s.).

⁵¹¹ Arrêté n° 1845-93/PS du 29.11.1993 *délimitant géographiquement les circonscriptions médicales de la DPASS.PS*.

⁵¹² Créée en 1985, par arrêté du conseil des ministres local du 07.08.1985 (v. supra, II), elle est aujourd'hui englobée dans celle de Païta.

disposer des locaux du dispensaire, il a disparu en tant que tel⁵¹³. Dans le reste de la province, la tendance est inverse notamment à l'est : pour réduire l'isolement de certaines populations éloignées, un, voire deux *centres médicaux ou infirmeries*⁵¹⁴ dits périphériques s'ajoutent dans certaines CIMS au CMS principal. En banlieue même de Nouméa, où habitent souvent des populations moins fortunées que vers le centre, fonctionnent trois⁵¹⁵ CMS délocalisés de la PMI, ex-dispensaires de cette "spécialité" plutôt générale⁵¹⁶. Quant aux deux CMS⁵¹⁷ de la CAFAT, ils peuvent, nonobstant leurs activités tant généralistes que spécialistes, être classés à part. Sans doute les centres de santé citoyens ne peuvent-ils, comme en métropole, durablement coexister avec hôpitaux et cliniques que s'ils s'orientent vers la prévention et (ou) des tâches sociales ciblées. Le projet⁵¹⁸ de "nouvel hôpital"⁵¹⁹ à Koutio⁵²⁰ aura, s'il aboutit, pour effet probable d'absorber des fonctions d'unités de santé de type dispensaires⁵²¹. Une telle concentration de moyens matériels et humains dans cet "immense pôle médical"⁵²², instrument d'une certaine rationalité mais coûteux, ne devrait pas se faire, peut-on espérer, au détriment des centres médicaux de brousse.

- *La province nord* (un peu plus de 20 % de la population totale) a été dotée de deux hôpitaux locaux⁵²³, qui avaient initialement

⁵¹³ Malgré la présence de l'aéroport international impliquant la proximité d'une structure sanitaire adéquate. En cas de drame, les soins seraient assurés principalement par le service d'aide médicale d'urgence, Nouméa étant situé à une quarantaine de km. par la route.

⁵¹⁴ A Plum et à l'Île Ouen (CIMS de Boulari), à Unia et Gora (CIMS de Yaté) ;

⁵¹⁵ CMS de Kaméré (créé en 1994), CMS de Montravel (créé en 1995), CMS de St-Quentin (créé en 1998), qui fonctionnent à temps partiel (Cf. *Situation sanitaire* 2002, op. cit., II.1.2, p. 2).

⁵¹⁶ Ils n'apparaissent pas, au tableau final de *La situation sanitaire* 2002 (op. cit.), comme services spécialisés (de protection maternelle et infantile), mais comme *centres médicaux... et médico-sociaux* à la p. 2 RII.1.2.

⁵¹⁷ Du Receiving et de Rivière-salée.

⁵¹⁸ Adopté par le gouvernement le 18.11.2004, contre l'avis de ses membres RPCR qui avaient mis en route un projet moins ambitieux mais moins coûteux de rénovation du CHT existant.

⁵¹⁹ Expression du titre "à la une" des *Nouvelles calédoniennes* du 19.11.2004.

⁵²⁰ Koutio-Dumbéa, agglomération dans la banlieue nord de Nouméa.

⁵²¹ Telles Raoul-Follereau (ex-dispensaire anti-hansénien) et Col de la Pirogue (ex-dispensaire anti-tuberculeux) ; de même la rationalité de concentration des moyens devrait-elle dans cette hypothèse aboutir à la suppression ou la transformation des activités de l'unité de Dumbéa.

⁵²² In *Les Nouvelles calédoniennes* du 19.11.2004, p. 6.

⁵²³ *Paula Thavoavianon* à Koumac (côte ouest) et *Raymond Doui Nebayes* à Poindimié (côte est). Ph. Palombo écrivait en 1987 : "le CH de Koumac... est né de la volonté de déconcentrer Nouméa et d'offrir aux populations du nord une couverture sanitaire de qualité sans devoir faire plus de 400 km." (*La santé en Nouvelle-Calédonie et dépendances –Evolutions- réflexions sur le système*, op. cit., p. 124).

des statuts de services publics⁵²⁴ en régie "...comme les dispensaires..."⁵²⁵. Bien qu'ils soient depuis le 1^{er} janvier 2000 juridiquement regroupés en un centre hospitalier⁵²⁶ à statut territorial⁵²⁷, leur dualité sur le terrain est jugée redondante par certains. "Avoir deux hôpitaux dans le nord, pour une population qui dépassera à peine 55.000 habitants dans dix ans, n'a pas de sens... un gros dispensaire avec un hélicoptère en permanence à disposition pour les évacuations sanitaires suffirait, mais, politiquement, ce n'est pas correct"⁵²⁸. Ce à quoi d'autres répondaient par avance qu' "...il n'est pas question de remettre en cause ces choix, le souci du FLNKS étant motivé par l'accès aux soins, notamment pour les personnes résidant en tribu"⁵²⁹. L'objectif poursuivi est bien, en principe, "...qu'un habitant des fins fonds de vallée ait les mêmes chances d'accéder aux soins que celui de la Baie des Citrons ou de l'Anse Vata"⁵³⁰. Ainsi la province nord compte-t-elle quatorze⁵³¹ CIMS⁵³². La dernière, créée

⁵²⁴ La "formation sanitaire" de Koumac avait pris le nom de "centre hospitalier de Koumac" en 1980 (arrêté n° 80-320/CG du 22.07.1980, J.O.N.C. du 28.07.1980 p. 873). La construction de l'hôpital de la côte est à Poindimié a été projetée par délibération n° 200/APN du 17.05. 1990, et saluée par la création d'un "comité de pilotage" par arrêté n° 21/96 du 02.02.1996 (J.O.N.C. du 02.07. 1996 p. 2523).

⁵²⁵ P. Jamin, intervention au congrès lors de la discussion du rapport n° 073 du 07.11.2002 sur la *fixation du taux directeur d'évolution des dépenses hospitalières pour l'année 2003*, séance du 13.12.2002 (J.O.N.C. débats du congrès du 27.10.2003, p. 388).

⁵²⁶ Délibération du congrès n°046 du 21.12.1999 *relative à la création, à l'organisation et au fonctionnement du centre hospitalier du nord* (J.O.N.C. du 28.12.1999 pp. 6843 s.).

⁵²⁷ Il est qualifié d'établissement public hospitalier de la Nouvelle-Calédonie, doté de l'autonomie administrative et financière.

⁵²⁸ Ce que confiait "en privé un responsable" à la journaliste A. Pitoiset, in *L'express international* du 12 au 18.07.2004, op. cit., p. V. Reconnaissons, même si l'on doit le regretter, qu'au-delà d'arguments incontournables de démographie médicale, le renforcement des structures dans le nord -comme aux îles- et par là des perspectives d'aller exercer loin du grand Nouméa, ne réjouit sans doute pas un très grand nombre de professionnels de santé et leurs familles...

⁵²⁹ Compte-rendu d'une intervention d'A. Sako, alors membre du gouvernement chargé notamment de la santé, lors de la discussion du rapport n° 063 du 16.12.1999 sur la création du CHN (séance du 21.12.1999, J.O.N.C. du 05.07.2001, p. 392).

⁵³⁰ R. Kaloï, intervention lors de la session budgétaire à propos des schémas d'organisation sanitaire (séance du 25.01.2000, J.O.N.C. du 21.06.2002, p. 1236).

⁵³¹ Quinze sans doute en 2005, le Dr Th. Maillot nous ayant annoncé (le 03.12.2004) qu'une demande ayant des chances d'aboutir pourrait ériger Bélep, (actuellement classé en "CM-INF", avec en tout 1 médecin-chef, 2 infirmiers, 1 auxiliaire de santé, un agent d'aide médicale, une secrétaire) en CIMS.

⁵³² A Poya (zone de Poya et Népoui), Koné (zone de Koné et Pouebout), Voh, Kaala-Gomen, Poum (zone de Poum et Belep), Ouégoa, Pouébo, Hienghène, Touho, Poindimié, Ponérihouen, Houaïlou, Kouaoua et Canala. On note que la CIMS de Koumac a été en partie absorbée par l'hôpital de Koumac, elle ne demeure que pour la seule zone de Kaala-Gomen (v. notamment tableau final de *La situation sanitaire* 2002, op. cit.).

en 1992, est celle de Poum⁵³³ ; elle comble un vide à l'extrême nord de la grande terre tout en y facilitant l'expansion récente du tourisme de croisière. Enfin, de réels efforts ont été faits pour développer des programmes d'aides pour la construction par les communes de salles de visites en tribu⁵³⁴. Ces locaux fort utiles⁵³⁵, subventionnés par la province sous réserve du respect de certaines normes⁵³⁶ d'implantation⁵³⁷, de construction et d'aménagement⁵³⁸, mais sans personnel médical permanent, ne peuvent être vraiment assimilés à des dispensaires. Ils procèdent cependant de la même vocation : réduire les inégalités d'accès au premier niveau de soins.

- *La province des îles Loyautés* (un peu plus de 10 % de l'ensemble de la population) est à la fois la moins facile à relier à Nouméa et la seule à ne pas disposer de centre hospitalier public. Il est vrai qu'à moins d'en établir trois voire quatre, ce qui est économiquement peu réaliste, l'éventuelle implantation ne pourrait s'envisager, peut-être à Lifou, que sous condition d'une organisation permanente de transports sanitaires aériens inter-îles... Pour l'heure, ce sont "...les circonscriptions médicales... [qui] sont les seules structures de soins..."⁵³⁹. Elles sont cinq⁵⁴⁰ : deux CIMS à Lifou⁵⁴¹

⁵³³ Par arrêté du président de province, n° 43/92 du 05.08.1992 (J.O.N.C. du 01.09.1992, p. 2681).

⁵³⁴ Notamment : délibération n° 72-92/APN du 18.05. 1992, qui précise (art. 3) qu'il sera fait appel, pour les travaux, "prioritairement aux entreprises installés dans la province" (J.O.N.C. du 16.06. 1992, p. 1801), délibération n° 158-94/APN du 06.11. 1994 (J.O.N.C. du 10.01. 1995, p. 84), délibération n° 100-97/APN du 18.08. 1997 (J.O.N.C. du 16.09. 1997, p. 3155).

⁵³⁵ Servant parfois aussi de salles de petits soins... dispensés à l'occasion par le (ou la) "vigile" ("auxiliaire", aujourd'hui) de santé... parfois dans sa propre case (cf. notamment N. Kempnich, *Vigiles ou messagers de santé ?*, mémoire pour le diplôme d'État, Ecoles d'infirmières, Nouméa juin 1989, p. 21 (aux Archives territoriales à la cote 610.73 KEMP)).

⁵³⁶ Cf. délibération n° 36-94/APN du 29.03.1994 *définissant le cadre de l'intervention provinciale en matière de subvention aux communes pour la réalisation de salles de visite en tribu* (J.O.N.C. du 31.05.1994, pp. 1831 s.).

⁵³⁷ Il est prévu que si la salle est intégrée dans un local socio-éducatif, une autre subvention pourra être accordée ; sinon, les limites du terrain attribué ainsi que l'accord de son responsable devront être authentifiés par la production du procès-verbal de palabre (*ibid.*, art. 2).

⁵³⁸ Sont imposées des règles minimales : notamment, une surface d'au moins 20 m², une porte permettant le passage de chaises roulantes, un évier pour lavage des instruments, un sanitaire-WC avec lave-mains, un revêtement de sol, l'électricité intégrée avec prises, une salle d'attente avec véranda.

⁵³⁹ A. Gaignaire, *Médecin de brousse 24 heures sur 24*, op. cit., p. 2.

⁵⁴⁰ Cf. notamment l'art. 5 de l'arrêté n° 90-85/PR du 30.11.1990, qui précise que "...le nombre et le découpage géographique des circonscriptions médico-sociales peuvent être modifiés par arrêté du Président de l'Assemblée de Province".

⁵⁴¹ La 1^{ère} CMS est celle de Wé (chef-lieu de la province), qui comprend : son CMS, plus 5 dispensaires lato sensu (officiellement CM ou INF) à Hmeleck, Mou, Dueulu,

(plus de 10 000 hab.), deux CIMS à Maré⁵⁴² (7 000 hab. environ, la deuxième de Maré -La Roche- ayant été créée par le territoire avant la provincialisation⁵⁴³), une CIMS à Ouvéa⁵⁴⁴ (4 000 hab. environ). Chaque "centre médical principal" de circonscription est complété par de deux à six "dispensaires"⁵⁴⁵ périphériques, soit en tout une vingtaine de centres de santé répartis sur les quatre îles. Les autorités provinciales ont pour le moment choisi, sans doute assez judicieusement, de ne pas augmenter la quantité mais plutôt la qualité de leurs structures sanitaires. En 1999, "...le parti de Nidoïsh Naisseline propose que soient réhabilités les dispensaires..."⁵⁴⁶. De gros efforts financiers ont été faits. En 2002, le directeur de la DPACAS avait même pour objectif ambitieux «... la restructuration des centres médicaux en hôpitaux locaux⁵⁴⁷».

IV - Une direction provinciale

Les dispensaires publics *lato sensu* (centres médico-sociaux ou centres médicaux, *a fortiori* infirmeries voire salles de visite ou/et de soins) sont des centres de santé⁵⁴⁸ étroitement dépendants de la province qui les dirige. Aucun texte ne leur attribuant de personnalité morale, ils n'ont ni patrimoine, ni capacité de faire des actes juridiques ou d'ester en justice. Ils ne peuvent être qualifiés d'établissements publics tels que les centres hospitaliers ou les hôpitaux locaux⁵⁴⁹. Les règles s'appliquant à leurs personnels, régimes

Wedrumel, Hnaeu, ainsi que le 6° de la petite île Tiga. La 2° est celle de Chépénéhé qui comprend les 3 dispensaires ou infirmeries de Hnathalo, Siloam et Hnacaöm.

⁵⁴² La 1^{ère} celle de Tadine, qui comprend : son CMS, plus 2 dispensaires *lato sensu* (officiellement CM ou INF) à Wabao et Hnawayac ; la 2° est celle de La Roche, qui comprend les 2 dispensaires ou infirmeries de Penelo et Rawa.

⁵⁴³ Cf. arrêté n° 85-542/CM du 07.08.1985 *portant réorganisation des circonscriptions médicales de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances*, art. 7 (J.O.N.C. du 27.08.1985, pp. 1342 s.).

⁵⁴⁴ Celle de Hulup, qui comprend : son CMS, plus 2 dispensaires *lato sensu* (officiellement CM ou INF) à St-Joseph et Mouli.

⁵⁴⁵ V. notes supra. L'arrêté du président de province (n° 2001-286/PR du 25.07.2001, J.O.N.C. du 14.08.2001, pp. 86 s.) n'utilise pas l'expression "centres médicaux ou infirmeries" selon la terminologie de la DASS.NC, mais celle traditionnelle de "dispensaires", qui apparaissent comme complémentaires de leur "Centre Médical principal".

⁵⁴⁶ E. Dutailly, in "Les nouvelles calédoniennes" du 03.05. 1999.

⁵⁴⁷ F. Waïa, alors directeur de la DPACAS, in *Les nouvelles calédoniennes* du 18.05. 2002. Cela impliquerait de substantielles transformations juridiques et financières. Mme M. Devaux nous rappelait (entretien du 08.12.2004) que c'était principalement une proposition du président R. Xowie.

⁵⁴⁸ Sur cette notion, assez générale, de "centres de santé", cf. notamment l'art. L. 6323-1 et 2 du CSP.

⁵⁴⁹ Nonobstant l'inapplicabilité, sauf exceptions, du CSP en Nouvelle-Calédonie, on peut admettre par principe que les hôpitaux locaux sont, avec les centres hospitaliers,

administratifs et financiers ne sont donc pour l'essentiel pas spécifiques⁵⁵⁰. Quelques réalités peuvent cependant être soulignées.

C'est le président de l'assemblée de province qui nomme par arrêtés, en concertation avec le directeur de la DPASS, les médecins-chefs des CIMS concernées. Du choix de ces responsables, qui cumulent tâches médicales, administratives, animatrices d'équipes pluridisciplinaires, dépend pour beaucoup l'efficacité de la structure. La pérennité de la direction qu'ils exercent sur leur personnel médical⁵⁵¹, paramédical⁵⁵², social⁵⁵³, administratif et d'entretien, repose sur la confiance de leurs supérieurs hiérarchiques. Certains textes ne laissent aucun doute sur la capacité de ceux-ci de garder les mains libres : "...cette nomination qui n'emporte pas de droits statutaires peut être révoquée à tout moment et dans les mêmes formes"⁵⁵⁴. Notons que ces médecins-chefs, toujours agents publics "salariés", sont soit fonctionnaires⁵⁵⁵, soit contractuels⁵⁵⁶ donc en situation relativement plus précaire. Des arrêtés font expressément mention⁵⁵⁷ du délai de trois mois dont tous disposent pour contester leur affectation devant le tribunal administratif, ce qui rappelle implicitement que celle-ci peut leur être imposée.

De même que la plupart des services publics sont administrés par la collectivité territoriale dont ils relèvent, c'est avec ses propres moyens humains et matériels que chaque province dirige ses CIMS. Il

des établissements publics de santé (Cf. notamment les art. L. 6141-2 et R 711-6-2, 3 et 4 du CSP).

⁵⁵⁰ Nous renvoyons donc sur ces points aux développements pertinents de l'ouvrage.

⁵⁵¹ Rappelons que cette catégorie comprend les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes.

⁵⁵² Notamment infirmiers, kinésithérapeutes, ergothérapeutes, orthophonistes, manipulateurs d'électroradiologie médicale, audioprothésistes, opticiens, diététiciens.....

⁵⁵³ Notamment assistants sociaux, d'aide médicale, auxiliaires de vie...

⁵⁵⁴ Par exemple : arrêté du président de l'assemblée de la province des îles n° 99-086/PR du 31.12.1999 portant organisation de la direction de l'action sanitaire et sociale des îles Loyautés, art. 6 (J.O.N.C. du 01.02. 2000, p. 546).

⁵⁵⁵ Fonctionnaires territoriaux, mis à disposition de la province.

⁵⁵⁶ Contrat avec la province. C'est souvent le cas lorsqu'il s'agit d'effectuer un intérim pour maladie ou congé du médecin-chef en poste, mais parfois aussi plus durablement (entre autres exemples : arrêté n° 98-323/PR du 30.06.1998 nommant un médecin contractuel comme médecin-chef de la CIMS de Wé Lifou, J.O.N.C. du 21.07.1998 p. 2818).

⁵⁵⁷ Selon la formule-type : «Conformément à l'article 14 du décret du 14 novembre 1984, l'intéressé est avisé qu'il dispose d'un délai de trois mois à compter de la notification du présent arrêté pour former un recours devant le tribunal administratif de Nouméa". Cette formule a été utilisée par les provinces nord et îles, mais ne semble plus l'être depuis 2000 (Cf., parmi de nombreux autres exemples, deux arrêtés du 27.04.1999 au J.O.N.C. du 25.05.1999 p. 2192).

s'agit alors d'une gestion en régie. Cette régie est directe⁵⁵⁸ : les services n'ont pas d'autonomie administrative et financière. Aucune CIMS, et encore moins les structures qu'elle recouvre, n'a de conseil d'administration ni de budget propre. Ce n'est qu'au budget provincial que l'on peut trouver tous chiffres utiles sur l'"équipement sanitaire et social"⁵⁵⁹ ou les "services sanitaires et sociaux de la collectivité"⁵⁶⁰. Il est vrai que les dispensaires *lato sensu*⁵⁶¹ disposent, par exception à une règle essentielle de comptabilité publique⁵⁶², d'une "autonomie" financière élémentaire : le recours aux régies d'avances et de recettes⁵⁶³ permettant la tenue de caisses modestes mais bien commodes.

⁵⁵⁸ Il existe des régies dites indirectes accordant un peu d'autonomie aux services concernés.

⁵⁵⁹ Chapitre 904, section "investissement".

⁵⁶⁰ Chapitre 951, section "fonctionnement".

⁵⁶¹ Selon les formulations figurant dans les textes...

⁵⁶² Seuls les comptables du Trésor public étant en principe habilités à régler les dépenses et recettes des collectivités et établissements publics dont ils ont la charge.

⁵⁶³ Ces régies sont une exception au principe ci-dessus ; elles permettent, pour plus de commodité, à des agents non trésoriers mais placés sous l'autorité de l'ordonnateur et la responsabilité du comptable de faire certaines opérations, de manière limitative et contrôlée. La création d'une telle régie de CIMS résulte d'un arrêté du président de l'assemblée de province ou du premier vice-président ordonnateur du budget (exemple, entre de nombreux autres : arrêté n° 2001-263/PR du 10.07.2001, créant cinq régies de recettes pour l'encaissement des prestations sanitaires effectuées par les "centres médicaux provinciaux" de "Wé Lifou, Tadine Maré, Hulup Ouvéa, Chépénéhé Lifou et la Roche Maré", J.O.N.C. du 31.07.2001, p. 3578) ; la nomination d'un régisseur résultant d'une décision (exemple, entre autres : décision du 21.11.2002 nommant un régisseur de recettes à la CIMS de Kaala-Gomen, J.O.N.C. du 10.12.2002 p. 7048). Certains régisseurs sont itinérants : par ex., arrêté n° 27-98/VP1 du 03.11.1998 portant nomination d'un régisseur itinérant dans les caisses de recettes des circonscriptions médicales de la Province Sud (J.O.N.C. du 01.12.1998, pp. 5047 s.).

Sous-paragraphe 3 - Quelques aspects des activités et du contentieux

I – Des activités préventives et (ou) curatives

Les structures sanitaires publiques ne sont pas toutes habilitées à dispenser des soins ; mais aucune ne peut ignorer la prévention. Cette mission anticipatrice⁵⁶⁴, relativement peu onéreuse⁵⁶⁵ et dont le congrès a énuméré les priorités⁵⁶⁶, sous-tend les activités de quelques centres spécialisés de Nouméa. Ceux d'entre eux qui étaient autrefois qualifiés de dispensaires⁵⁶⁷ ont maintenant des appellations plus spécifiques⁵⁶⁸ ; les associer à l'ancien terme générique n'est sans doute plus de mise : il est vrai que consulter, dépister, assister, informer, ce n'est pas *stricto sensu* "dispenser" des soins⁵⁶⁹. Seul dans la catégorie le Centre médical polyvalent paraît, comme son nom

⁵⁶⁴ "La prévention correspond à l'ensemble des actions qui tendent à promouvoir la santé individuelle et collective, d'une part en assurant l'intégrité physique et mentale et en développant les capacités vitales de chaque personne, d'autre part en réduisant les menaces que l'environnement fait peser sur les personnes et les groupes humains" (art. 5 al. 2 de la délibération du congrès n° 490 du 11.08.1994 portant plan de promotion de la santé et de maîtrise des dépenses de soins sur le Territoire de Nouvelle-Calédonie, J.O.N.C. du 13.09.1994 p. 2998).

⁵⁶⁵ Les dépenses de consommation de soins coûtent comparativement beaucoup plus cher que celles consacrées à la prévention : respectivement 87,03 % et 2,34 % (*Situation sanitaire en Nouvelle-calédonie 2002*, op. cit., III., présentation intitulée *A retenir*). Sur le sujet, on peut voir notamment les interventions au congrès de N. Waïa qualifiant le montant alloué à la prévention de "ridicule", et les réponses de T. Manuohalalo, alors membre du gouvernement, et de J. Lèques, alors président du gouvernement (séance du 25.01.2001, J.O.N.C. débats du congrès du 21.06.2002, pp. 1121-1122).

⁵⁶⁶ "Les thèmes prioritaires de prévention suivants sont approuvés : - Lutte contre les abus d'alcool -Lutte contre l'infection par le VIH et le SIDA -Lutte contre la tuberculose active -Lutte contre le rhumatisme articulaire aigu -Dépistage et prise en charge du diabète sucré -Dépistage et prise en charge de l'hypertension artérielle - Protection contre les maladies infectieuses par les vaccinations et les revaccinations obligatoires -Dépistage du cancer du col de l'utérus -Bon usage du médicament" (art. 14 de la même délibération n° 490 du 11.08.1994, créant de surcroît, aux art. 9 à 13, un *comité de prévention de Nouvelle-Calédonie*).

⁵⁶⁷ Notamment, en tant qu' "organismes chargés de lutter contre les fléaux sociaux... les Dispensaires Antituberculeux, Antihansénien, Antivénérien, d'Hygiène Mentale et Anticancéreux..." (art. 4 de la délibération n° 331 de l'assemblée territoriale du 07.06.1966 créant une *Division d'hygiène sociale*, J.O.N.C. du 30.06.1966, p. 467). V. supra, Sous-paragraphe 1.

⁵⁶⁸ Cf. *Situation sanitaire en Nouvelle-calédonie 2002*, op. cit., II.1.2. pp. 2 et 3.

⁵⁶⁹ On peut difficilement parler de "dispenser" des vaccinations, du dépistage, des consultations (certes, on peut "dispenser" des prestations...).

l'indique, voué à des tâches mixtes⁵⁷⁰ ; en réalité, c'est en toute logique - vu la proximité des centres hospitaliers - qu'il se consacre essentiellement à la prévention, il est justement sur le point d'être rebaptisé⁵⁷¹.

Les CMS⁵⁷² hors grand Nouméa ont une vocation généraliste. "On parle rarement des médecins des dispensaires mais ils sont au carrefour de tout"⁵⁷³. Leurs fonctions associent⁵⁷⁴ soins primaires et prévention⁵⁷⁵. Les médecins-chefs, à la fois praticiens et médecins de santé publique, doivent de surcroît assurer la direction administrative de la CIMS. L'indigence des textes a au moins un avantage : la souplesse d'adaptation, sans carcan normatif préconçu, aux réalités démographiques et sociales. Leurs moyens respectifs sont voulus proportionnés à la population⁵⁷⁶ : les provinces peuvent faire du sur mesure. Certains CMS⁵⁷⁷ sont dotés de capacités d'hospitalisation, de radiologie, de dentisterie, d'obstétrique⁵⁷⁸, jusqu'à ressembler à de

⁵⁷⁰ Centre, lui aussi, de la DPASS-Sud, principalement ouvert aux ressortissants de l'aide médicale. Cf. *Situation sanitaire en Nouvelle-calédonie* 2002, op. cit., II.1.2. p. 2.

⁵⁷¹ Pour s'appeler ESPAS-CMP (Espace Prévention Accompagnement Soins), et estomper ainsi le mot "polyvalent".

⁵⁷² Rappelons que la terminologie officielle utilise parfois le mot dispensaire(s) : par exemple, le rapport annuel de la DASS.NC, dans un passage sur les "circonscriptions médico-sociales", indique : «... les dispensaires ont répondu, mais un certain nombre de données étaient incomplètes, inexistantes ou alors transformées" (in *Situation sanitaire en Nouvelle-calédonie* 2002, op. cit., II.1.2.1 pp. 1 et 2).

⁵⁷³ Mme M. Devaux, membre du gouvernement chargée du secteur de la santé et du handicap, alors vice-présidente de l'assemblée de la province sud, citée par A. Gaignaire, in *Les nouvelles calédoniennes, Médecins de brousse 24h. sur 24h*, op. cit., en ligne p. 2. Le Dr. Th. Jubeau, médecin coordonnateur chef du service de l'action sanitaire à la DPASS Sud, déclarait le 13.10.2004 (sur RRB, le 13.10.2004, "page magazine" consacrée aux dispensaires) que les personnels des CMS sont "des gens exceptionnels... qui font un super boulot".

⁵⁷⁴ "En plus de l'activité spécifique liée à la femme et à l'enfant, les circonscriptions médico-sociales de l'intérieur et des îles assurent : -la médecine de soins : visites médicales, soins infirmiers, - la prévention : visites scolaires, vaccination, -les visites d'aptitude et certificats médicaux (sport, travail), -les évacuations sanitaires vers les centres hospitaliers, - l'éducation sanitaire, la promotion de la santé, le contrôle d'hygiène ; et, pour certains centres : - des hospitalisations, - une activité de radiologie, - une activité dentaire". (in *Situation sanitaire en Nouvelle-calédonie* 2002, op. cit., II.1.2.1 pp. 1 et 2).

⁵⁷⁵ Sur les activités de prévention par vaccinations, cf. P. Jean, *L'adaptation de la réglementation des vaccinations aux nécessités locales : l'exemple de la Nouvelle-Calédonie*, in *Le risque épidémique – Droit, histoire médecine et pharmacie*, dir. A. Leca et F. Vialla, PUAM, 2003.

⁵⁷⁶ Ce que nous a dit en substance le Dr B. Rouchon, op. cit. entretien du 25.03.2004. Il est vrai que l'on parle parfois de "gros" dispensaires.

⁵⁷⁷ Non désignés dans le rapport de la DASS.NC.

⁵⁷⁸ Cf. *Situation sanitaire en Nouvelle-calédonie* 2002, op. cit., II.1.2.1 pp. 1 et 2.

petits hôpitaux locaux⁵⁷⁹. Les postes de médecins, dentistes, sages-femmes, infirmiers, ambulanciers, etc., diffèrent notablement d'une CIMS à l'autre⁵⁸⁰.

Le schéma d'organisation du système de soins⁵⁸¹ repose sur des principes d'accessibilité, continuité, proximité, gradation, qualité et sécurité⁵⁸². "Il s'agit de développer, à proximité du lieu de vie, les soins justifiés dans la limite de la sécurité et de l'efficacité. Il s'agit, par contre, de dispenser les soins plus complexes, plus coûteux dans des lieux et des structures moins nombreux, voire uniques... Il en découle la possibilité de structurer l'offre de soins en cinq niveaux...»⁵⁸³, les plus élevés ne concernant pas directement les CMS⁵⁸⁴.

Les niveaux 1 sont ceux «... de proximité immédiate ou rapprochée : il s'agit des centres médicaux et des professionnels de santé... ces niveaux constituent le fondement des schémas locaux»⁵⁸⁵. Ce sont donc bien les "...soins de santé primaires [qui] sont assurés par les dispensaires ou par les salles de soins décentralisées pour les provinces nord et îles... le même dispositif [existant] en province sud mais [avec un] secteur libéral très développé dans la région du grand Nouméa"⁵⁸⁶.

⁵⁷⁹ Le Dr. A. Gasse, médecin-chef de la CIMS de Païta-Dumbéa nous citait notamment les exemples des CEM-S de Bourail, Wé (Lifou) et Tadine (Maré) (entretien du 23.09.2004).

⁵⁸⁰ Dans les CIMS de la province îles, il y a à ce jour : de 2 à 4 médecins ; 1 dentiste dans chacune ; de 0 à 2 sages-femmes ; de 5 à 12 infirmiers ; 1 ambulancier dans chacune. Dans les CIMS de la province nord, il y a : de 1 à 2 médecins ; de 0 assistant dentaire à 1 chirurgien-dentiste ; de 0 à 1 sage-femme, de 1 à 5 infirmiers, de 0 à 1 ambulancier. Dans les CIMS de la province sud, il y a : de 1 à 3 médecins ; de 0 assistant dentaire à 1 chirurgien-dentiste ; de 0 à 1 sage-femme, de 1 à 6 infirmiers, de 0 à 2 ambulancier. (Chiffres qui nous ont été fournis par les DPASS de provinces).

⁵⁸¹ Délibération du congrès n° 171 du 25.01.2001, op. cit., chap. 2, art. 11 et s.

⁵⁸² *Ibid.*, art. 8.

⁵⁸³ Rapport n° 123 du 28.12.2000 sur *Carte et schémas d'organisation sanitaire de la Nouvelle-Calédonie*, séance du 25.01.2001, J.O.N.C. débats du congrès du 21.06.2002 pp. 1233 et 1235. Ce texte avait été lu en séance par M-N Thémereau alors présidente de la commission de la santé, qui avait remercié le gouvernement et la DASS.NC pour cet "excellent rapport... fruit d'un travail long [qui] a demandé plusieurs années d'élaboration [depuis la délibération n° 429 du 03.11.1993] ... qui est compliqué, qui met beaucoup de gens dans le circuit..." (J.O.N.C. débats du 21.06.2002, p. 1230).

⁵⁸⁴ Les niveaux 3, 4 et 5 sont manifestement hors de portée des CMS : *Niveau 3* : "niveau de référence", pour désigner les structures de soins disposant des activités spécialisées ; *niveau 4* : "niveau territorial", soit structures de soins disposant des activités spécialisées mais sur un seul site en Nouvelle-Calédonie ; *niveau 5* : "niveau extra-territorial", nécessitant diagnostics ou thérapies hors territoire (Délibération n° 171 du 25.01.2001, op. cit., chap. 2, art. 11).

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ Rapport n° 123 du 28.12.2000, op. cit., p. 1231.

Le niveau 2⁵⁸⁷ est dit "de proximité relative ... structures comportant les moyens et la logistique nécessaires à une hospitalisation permanente"⁵⁸⁸. Il faudrait donc pour y accéder disposer de lits d'hospitalisation et de l'environnement matériel et humain adéquat. Bien entendu, cela supposerait une coopération technique avec notamment le CHT pour "...sécuriser et... rentabiliser les plus petites structures en évitant des déplacements ou transferts des malades inutiles". L'existence de deux sites hospitaliers⁵⁸⁹ en province nord confère par contraste plus d'intérêt à la question de l'accès au deuxième niveau de certains CMS, mutation que la province concernée peut difficilement assumer seule⁵⁹⁰.

Le schéma directeur comporte deux annexes, l'une pour l'obstétrique et l'autre pour les urgences⁵⁹¹.

- L'annexe I concernant *l'obstétrique* affiche non plus cinq mais six niveaux de soins, le premier ("proximité immédiate ou rapprochée") étant dédoublé en «proximité immédiate" (devenue niveau 1) et «proximité rapprochée» (devenue niveau 2). En faisant ainsi apparaître un degré supplémentaire par rapport au schéma général, on établit une distinction substantielle. Les "dispensaires provinciaux" n'assureront que des activités de niveau 1 ("proximité immédiate"), soit en résumé : éducation, suivi, coordination avec d'autres structures, dépistage, préparation à l'accouchement et suites de couches⁵⁹² ; tout accouchement y est donc implicitement exclu. Quant à "certains centres médicaux des provinces" qualifiés au niveau 2 ("proximité rapprochée"), pourvus de l'équipement spécifié⁵⁹³, ils pourront assurer tout accouchement "normal"⁵⁹⁴, les sages-femmes et

⁵⁸⁷ Ne faudrait-il pas dans la réalité, et malgré l'art. 11 et le rapport cité supra qui évoquent 5 niveaux, le qualifier de niveau 3, sachant qu'en annexes (obstétrique et urgences) le niveau de base est divisé en deux, ce qui fait 6 niveaux en tout...

⁵⁸⁸ Délibération n° 171 du 25.01.2001, op. cit., chap. 2, art. 11.

⁵⁸⁹ V. supra, Sous-paragraphe 2, III.

⁵⁹⁰ "On peut... se féliciter... de la territorialisation de ces deux hôpitaux [du nord] parce qu'il ne fallait pas... se raconter d'histoire, [ils] ne pouvaient pas fonctionner avec les moyens des provinces" (J.-P. Aïfa, intervention au congrès lors de la séance du 25.01.2001, débats du congrès J.O.N.C. du 21.06.2002, p. 1238).

⁵⁹¹ Délibération du congrès n° 171 du 25.01.2001, op. cit., chap. 2, pp. 1164s.

⁵⁹² Les activités à assurer font l'objet d'une liste détaillée en 16 "activités... individualisées" (annexe 1, J.O.N.C. du 06.03.2001, pp. 1164-1165). Celles autorisées au niveau 1 sont précisées aux points suivants (que nous résumons) : 1 (éducation sanitaire, notamment contraception, promotion de l'allaitement maternel, dépistage du cancer du sein et du col utérin, et des MST), 2 (notamment carnet de maternité), 3 (suivi de la grossesse), 4 (coordination entre niveaux pour préparer l'organisation de l'accouchement), 5 (dépistage des grossesses à risques), 7 (préparation à l'accouchement), 11 (suites de couches et suivi du nouveau-né et du nourrisson).

⁵⁹³ Un cardiocotographe, une table de réanimation néonatale, une couveuse de transport (*ibid.*, p. 1166).

⁵⁹⁴ ...ou assurer les transferts nécessaires, à prévoir par conventions (*Ibid.*, p. 1165). Mme I. de Frémicourt médecin-chef de la CM-S de Chépénéhé (Lifou), nous disait

le personnel paramédical étant même habilités à le mener à bien en l'absence du médecin⁵⁹⁵. Sont expressément désignés comme disposant des moyens suffisants en personnel et matériels⁵⁹⁶ les CMS de Bourail⁵⁹⁷ et de l'île des Pins⁵⁹⁸ en province sud⁵⁹⁹, de Canala⁶⁰⁰ en province nord, de Wé (Lifou), Tadine (Maré), Hulup (Ouvéa) en province îles⁶⁰¹.

- L'annexe II consacrée aux *urgences*⁶⁰² rappelle, après avoir défini la notion⁶⁰³, que "...tout professionnel de santé ou toute structure médicalisée a l'obligation de secourir les personnes en danger qui s'adressent à lui". Elle indique que le schéma "renforce les deux niveaux essentiels"⁶⁰⁴ et "organise et formalise les procédures avec rigueur"⁶⁰⁵. S'il est prévu de consulter le CHT par le centre 15,

que les primipares étaient par précaution adressées à Nouméa pour accoucher (entretien du 30.11.2004). Ce ne semble pas être une obligation juridique, mais seulement une recommandation de bonne pratique. Il est vrai que l'âge moyen de la première maternité est nettement inférieur à la moyenne nationale (annexe 1, op. cit., J.O.N.C. du 06.03.2001, p. 1164). Il est vrai aussi qu'en matière d'accouchement, tout ne peut se décider à l'avance, on doit parfois s'adapter aux circonstances (nous déclarait en substance A-M Mestre, médecin gynécologue-obstétricienne CAFAT, entretien du 26.11.2004).

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ Les annexes ne précisent pas ces moyens, destinés à évoluer ; nous avons pu en obtenir les principaux éléments auprès des DPASS. (Nous ne mentionnons pas le personnel administratif et de service, évidemment fort utile aussi). Le CMS de Wé (Lifou) dispose de 4 médecins, un dentiste, 2 sages-femmes, 1 kiné, 12 infirmiers, 5 aides-soignants, 1 ambulancier ; celle de Tadine (Maré) de 3 médecins, un dentiste, 2 sages-femmes, 1 kiné, 8 infirmiers, 1 aide-soignant, 1 ambulancier ; celle de Hulup (Ouvéa) de 3 médecins, un dentiste, 2 sages-femmes, un kiné, 8 infirmiers, 1 aide-soignant, 1 ambulancier.

⁵⁹⁷ Sans doute la CIMS la mieux équipée en personnel et matériel (lits d'hospitalisation) de la province sud : 3 médecins, 1 sage-femme, 6 infirmiers, 3 aides-soignants, 2 ambulanciers.

⁵⁹⁸ Qui ne compte pourtant qu'un seul médecin ; plus 1 dentiste, 1 sage-femme et 2 infirmiers.

⁵⁹⁹ Ce qui n'est pas le cas de la CIMS de Yaté, encore qu'elle soit un peu mieux dotée (par exemple système de radiologie de base ; 1 seul médecin, mais 3 infirmiers et 2 ambulanciers) que d'autres moins isolées.

⁶⁰⁰ Qui compte 2 médecins, 1 chirurgien-dentiste et une assistante dentaire, "0,5" sage-femme, 3 infirmiers, 1 ambulancier (demande de niveau 2, non encore aboutie).

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 1166.

⁶⁰² Op. cit., J.O.N.C. du 06.03.2001, pp. 1170 s. On peut considérer que cette annexe II de la délibération n° 171 du 15.01.2001 "...crée le support législatif du SAMU" en Nouvelle-Calédonie (in La Revue des SAMU, *Spécificités des urgences dans les pays du Pacifique – Le SAMU de Nouvelle-Calédonie*, 2004, p. 42).

⁶⁰³ L'urgence étant entendue comme "...la nécessité de soigner, dans les délais les plus brefs, tout patient contactant un professionnel de santé (médecin, sage-femme, infirmier...) pour des soins immédiats et dont la prise en charge n'a pas été programmée, qu'il s'agisse d'urgence lourde ou d'urgence ressentie" (*ibid.*, p. 1170).

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 1170.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 1170.

la "médicalisation de premier secours et d'orientation" doit être assurée, en première hypothèse⁶⁰⁶, "...par l'équipe médicale et paramédicale d'un centre médico-social provincial"⁶⁰⁷. Cette "médecine du lieu et du moment"⁶⁰⁸ implique, "...pour les populations isolées de l'intérieur et des îles, [un] maillage préhospitalier [qui] s'appuie sur les dispensaires des circonscriptions médicales et les centres hospitaliers provinciaux"⁶⁰⁹.

Bien qu'il ne mentionne, cette fois, que 4 niveaux⁶¹⁰, le texte procède de la même distinction entre proximité immédiate (niveau 1) et rapprochée (niveau 2). Le premier est assuré par le tour de garde des médecins libéraux et publics⁶¹¹. Le second, de prise en charge médicalisée et d'éventuel transfert, nécessite "24h./24 la conjonction d'un médecin formé à l'urgence, d'un moyen de transport ambulancier adapté, d'un moyen de communication avec le centre 15..., du matériel indispensable..."⁶¹². Les structures concernées sont, hors grand Nouméa et à part le CHN, "les circonscriptions médicales provinciales et leurs personnels". Malgré la généralité de la phrase, on peut penser que les auteurs du texte ont entendu inciter ceux des

⁶⁰⁶ Les deux autres hypothèses concernent "...un médecin généraliste du secteur privé formé à l'urgence, équipé de moyens de télécommunications et de transports avec l'aide de toutes les ressources disponibles du secteur notamment les moyens des services communaux d'incendie et de secours..., soit... le service mobile d'urgence et de réanimation (SMUR)" (*ibid.*, p. 1171).

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 1171.

⁶⁰⁸ In parution exceptionnelle de l'AMUNC (association des médecins urgentistes de Nouvelle-Calédonie) pour le 10^e anniversaire du SAMU de Nouvelle-Calédonie (2000), éditorial p. 5, consultable au service de documentation du CHT.

⁶⁰⁹ In résumé de la contribution de C. Sebat, J.-M. Lévêque, S. Ribet, S. Gervolino, C. Etevenard et F. Durand, *Revue des SAMU*, 2004, op. cit., p. 42. Les auteurs reconnaissent que "les circonscriptions médicales assurent les urgences de proximité" (p. 45). Par ailleurs, F. Bastian évoquait une "...participation active des médecins de dispensaires à la prise en charge de l'urgence..." (In résumé de sa thèse *L'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Caen 1994,

<www.cht.nc/scripts/afficherThese.asp?CleThese=12>).

⁶¹⁰ Peut-être les rédacteurs ont-ils implicitement fusionné le niveau «de référence» (spécialisé) avec le niveau "territorial" (un seul site); quant au niveau supérieur (évacuations, niveau 5 du schéma général, niveau 6 de l'annexe relative à l'obstétrique), il est traité en IV, D, sans référence à quelque niveau que ce soit.

⁶¹¹ Il est rappelé que c'est une obligation à la fois déontologique et conventionnelle (annexe II, op. cit., p. 1171).

⁶¹² Annexe II, op. cit., p. 1171. Lorsque l'assemblée de la province îles a demandé le classement des "centres médicaux provinciaux" de Wé, Tadine et Hulup en niveau 2 pour une durée de 3 ans, elle a judicieusement précisé : "ce classement correspondant au niveau de proximité rapprochée" (délibération n° 2001-31/API du 12.12.2001 relative à l'organisation du réseau des urgences sur la province des îles loyauté, J.O.N.C. du 30.12.2001 p. 6974).

dispensaires qui ne répondraient pas aux conditions⁶¹³ à s'abstenir d'intervenir sur une urgence... et/ou à obtenir par la suite les moyens nécessaires. Quant au niveau 3 ("proximité relative"), il qualifie la structure d'"unité de proximité, d'accueil, d'orientation et de traitement des urgences" (UPAOTU)⁶¹⁴. Mais ici encore les textes mériteraient quelque clarification : alors que le niveau 3 en obstétrique est implicitement réservé aux structures hospitalières, donc par définition hors de portée des CMS⁶¹⁵, le niveau 3 des urgences est accessible, lui, à "certains centres médicaux provinciaux"⁶¹⁶. Or cela impliquerait notamment médecin et infirmier(e) urgentiste⁶¹⁷, aire d'atterrissage proche, plateau technique de chirurgie générale, moyens de déchocage, accès rapide⁶¹⁸ à un avis chirurgical, à la radiologie, à l'échographie, aux examens courants de laboratoire ...ce n'est manifestement pas à la portée de tous les dispensaires même lato sensu⁶¹⁹.

⁶¹³ Qui par exemple n'auraient pas le "matériel indispensable" (?), ou (et) dont le médecin (intérimaire ou non) n'aurait pas été formé à l'urgence (stage), ou (et) dont le moyen de transport ne serait pas adapté...

⁶¹⁴ Annexe II, op. cit., p. 1172.

⁶¹⁵ Que l'annexe I semble réserver au CHN, seul cité, le niveau 3 impliquant notamment les accouchements complexes, une capacité d'anesthésie et de chirurgie.

⁶¹⁶ Annexe II, op. cit., p. 1172.

(⁶¹⁷) "Médecin thésé formé à la médecine d'urgence ... infirmier(e) spécialement affecté(e) à ce pôle d'activité et ayant acquis une expérience professionnelle ou une formation à la prise en charge des urgences, présent(e) en permanence (*ibid.*, p. 1172).

⁶¹⁸ Les moyens modernes de télémédecine pourraient assurément procurer une aide au diagnostic et renforcer la qualité et la rapidité des soins d'urgence délocalisés, pour des hôpitaux locaux et certains CMS. Cf. *Projet d'un réseau calédonien de télémédecine*, in *Pacific health dialog* vol. 7 n° 2.2000, selon lequel "les besoins exprimés sont essentiellement le transfert des images radiologiques et des échographies pour avis complémentaire... et la participation à des staffs hospitaliers..." (p. 62). Le sujet a fait l'objet d'études particulières notamment pour la Polynésie française, caractérisée par une répartition très dispersée de l'offre de soins, pratiquant déjà quelque peu téléradiologie et visioconférence, sans compter des applications futures telles que transmission en temps réel d'images et son, échographies... (Drs A. Buch, R. Empisse, V. Quetard, L. Betito, L. Durand, *Télémédecine et médecine d'urgence*, in "Bulletin médical calédonien et polynésien", n° 37 juillet 2004, pp. 4 s., consultable à <www.bmc.nc>). Une étude nationale de référence est le rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques intitulé *Les télécommunications à haut débit au service du système de santé*, enregistré à l'Assemblée nationale le 23.06.2004, consultable à <www.assemblee-nationale.fr/12/rap-off/i1686-t1.asp>.

⁶¹⁹ Par exemple, en urgence, les CMS de Wé, Tadine et Hulup sont classés niveau 2 ; les CMS de Chépénéhé et de La Roche sont classés niveau 1, bien qu'assurant en pratique une qualité de niveau 2 (informations communiquées par J-C Vittet, médecin coordonnateur à la DPACAS Îles Loyautés, novembre 2004). Pour les demandes de classement des CMS de la province nord, cf. délibération n° 144-2001/APN du 18.07.2001 *relative à l'organisation du réseau des urgences en province nord* (13

Quoiqu'il en soit, la plupart des CMS ne manquent pas d'activités ; cela même si nombre de leurs prestations ne sont aujourd'hui plus gratuites⁶²⁰, si dans certaines communautés on ne consulte que très tard⁶²¹, si les personnels sont parfois en sous-effectifs⁶²². Lorsque des professionnels libéraux s'installent au voisinage d'un CMS et en redoutent la concurrence, le patient peut aussi se féliciter de la diversification de l'offre médicale. Si le secteur privé parvenait, dans une zone considérée, à assurer l'essentiel du curatif sans qu'il soit porté atteinte au principe de continuité de l'accès aux soins⁶²³, les CMS pourraient sans difficulté juridique être rééquilibrés vers le préventif. Abondance de biens ne devrait pas nuire⁶²⁴, et un arrangement vaut souvent mieux qu'un procès.

II – Un contentieux relativement peu abondant mais significatif

Les dispensaires⁶²⁵ n'ayant pas de personnalité morale et ne pouvant ester en justice⁶²⁶ ne font pas en tant que tels l'objet d'un contentieux spécifique. Mais il arrive évidemment que leurs

demandes de niveau 2, non abouties à ce jour, l'hôpital de Poindimié étant en niveau 1 et celui de Koumac en niveaux 2 et 3).

⁶²⁰ Sur les tarifs des prestations et montants des remboursements, les différents régimes d'assurances et aide médicale, les conventionnements et leur régulation confrontée au libre exercice de la profession médicale, sujets qui n'apparaissent aujourd'hui pas spécifiques aux dispensaires, v. les développements pertinents dans l'ouvrage.

⁶²¹ Que serait-ce, de surcroît, s'il fallait systématiquement aller jusqu'à Nouméa... Et il faut savoir, en émettant toutefois quelques nuances et réserves à ce qui suit, que "...le mélanésien ne consulte que très tard un médecin. Il se fait soigner d'abord par la médecine traditionnelle à l'aide des guérisseurs, chargés de trouver le "responsable" de la maladie qui peut être une faute ou un individu... si le malade est convaincu d'avoir été "emboucané" il se laisse mourir..." (M.-F. Galaud, in *Les vigiles de santé de Canala*, mémoire de fin d'études à l'école des cadres infirmiers, Nantes 1983, p. 14, consultable aux Archives territoriales, cote 613 GALA)

⁶²² V. infra, II.

⁶²³ Notamment en organisant des tours de garde, ou (et) grâce à la proximité et la disponibilité d'un réseau d'urgences

⁶²⁴ Le Dr Th. Jubeau, Médecin coordonnateur chef du service de l'action sanitaire à la DPASS Sud, nous disait en substance qu'entre public et privé chacun devrait avoir sa place (entretien du 29.09.2004).

⁶²⁵ Lato sensu : CIMS, CMS, CM, a fortiori INF ou SV.

⁶²⁶ Ce qui ne serait plus le cas si le CMS devenait hôpital local : Cf. T.A. de Nouméa, Mme Fretay et autres, 03.06.1999, bien que la responsabilité du centre hospitalier de Koumac (alors encore provincial) n'ait pas été retenue après le décès d'un malade faute d'anesthésiste : "...il est constant que le centre hospitalier... ne disposait pas d'un médecin anesthésiste ; que celui-ci était en voie de recrutement... que l'absence de ce spécialiste, pour regrettable qu'elle soit, ne révèle dès lors pas une faute dans l'organisation du service hospitalier, alors surtout que le centre hospitalier de Nouméa était susceptible d'accueillir en évacuation sanitaire les malades..." (recueil du TA de Nouvelle-Calédonie, 1999, p. 538).

personnels ou usagers, voire des personnes extérieures au service, aient des griefs à faire valoir.

- *Les personnels* s'efforcent d'accomplir leurs missions avec les moyens du bord. Certes, de réelles et parfois remarquables améliorations ont eu lieu ici ou là. Mais certains témoignages restent préoccupants. Les infirmier(e)s, notamment, sont trop souvent amenés à méconnaître le cadre réglementaire de leurs fonctions⁶²⁷... sans doute avec l'accord plus ou moins tacite du médecin... parfois profondément désabusé⁶²⁸. Plus généralement, "on peut se demander ce qui se passerait en cas de faute professionnelle... l'isolement et le manque de personnel nous obligent à travailler ainsi, au vu et su de l'administration ; cela ne régularise pas pour autant cet état de fait... on commence à voir des procès intentés aux médecins pour faute. Car ces derniers sont en fin de compte tenus responsables de tous les actes effectués par le personnel au sein du dispensaire"⁶²⁹. Il est vrai que le médecin d'aujourd'hui, on peut le regretter mais le comprendre⁶³⁰,

⁶²⁷ «Les infirmières en circonscriptions médicales devraient... exercer dans la limite des décrets de compétence... cependant elles réalisent régulièrement des actes dépassant ce cadre. En effet, elles exécutent fréquemment des gestes qui relèvent du rôle du médecin (sutures, plâtres, délivrance de médicaments, de la sage-femme (accouchements), et/ou du manipulateur radio (radiographies)." (P. Koteureu, *Le rôle infirmier en circonscription médicale de brousse*, Centre de formation des professions de santé Valentine Buillon, promotion 1996-1999, aux archives territoriales à la cote 610.7 KOTE, p. 25). "Au niveau des centres médicaux, les infirmiers de "brousse" peuvent se retrouver seuls... la prise en charge des urgences se réalise alors sans la présence du médecin". (M. Gotin, *L'urgence : une situation délicate pour les infirmiers en dispensaire*, Centre de formation des professions de santé Valentine Buillon, promotion 1993-1996, aux archives territoriales à la cote 610.73 GOTI, p. 5). "Le rôle d'un infirmier en dispensaire de brousse dépasse très largement le cadre des prérogatives légales des infirmiers métropolitains... en 1984, à cause des événements, ils ont tenu seuls la CM d'Ouvéa presque un an sans médecin. Des praticiens privés de Nouméa venaient les week-ends assurer bénévolement des consultations. Mais dans la semaine, c'est eux qui consultaient, distribuaient les médicaments, expédiaient les patients sur Nouméa au besoin, téléphonaient au CHT en cas de problème, assuraient le réapprovisionnement en médicaments et matériels divers etc.". (*Le travail dans un dispensaire médical à Ouvéa : enseignements d'une expérience de six mois*, op. cit., p. 22).

⁶²⁸ « Pas étonnant que plus de trente médecins se soient succédés au dispensaire d'Ouvéa (trois postes) en un peu plus de trois ans... Moi-même, rapidement devenu le plus ancien des médecins de l'île au rythme des défections de mes collègues, ai refusé d'être "médecin chef" sachant qu'il me serait impossible de modifier quoi que ce soit dans le fonctionnement du dispensaire. De fait la gestion du dispensaire revenait à l'infirmier gestionnaire originaire d'Ouvéa" (anonyme, *Humeurs, Conclusion*, à

< <http://ouloup.iframe.com/ouloup/Humeur.html> ?>).

⁶²⁹ M. Thibaut, *ibid.*, p. 24.

⁶³⁰ Ce que nous confiait D. Darbon (responsable au service de la tutelle et de planification à la DASS.NC), entretien du 23.11.2004.

n'est pas toujours disposé à prendre les mêmes risques que le médecin de campagne d'antan.

Un CMS ou CM qui connaît des difficultés peut être une pomme de discorde entre les personnels -au premier rang le médecin-chef- et leurs autorités hiérarchiques. Celles-ci tiennent légitimement à ce que soient respectés la continuité et l'égalité d'accès aux soins. Ceux-là tiennent tout aussi légitimement à disposer des moyens qu'ils estiment nécessaires.

Un conflit du travail a opposé des médecins de CMS aux provinces. Nombre d'entre eux ont souhaité une revalorisation de leurs traitements, vu les tâches à accomplir et par comparaison défavorable avec les émoluments des médecins militaires les ayant précédés⁶³¹. Par exemple, en province sud, huit médecins⁶³² ont déposé des recours au Tribunal administratif (T.A.) pour contester des retenues de 10/30es pour grève en décembre 1991⁶³³ ; leurs requêtes n'ont pas eu de succès, certaines rejetées au fond, d'autres pour incompétence⁶³⁴... mais le statut et le régime indemnitaire des médecins de santé publique ont été promptement réévalués⁶³⁵. En province nord, à la suite d'un préavis de grève déposé par le syndicat des médecins de la santé publique de Nouvelle-Calédonie et devant prendre effet le 17.01.1995 à 10 h 45, le président de l'assemblée de province prit un arrêté⁶³⁶ lui permettant de réquisitionner, dès la même date à la même heure, les cinq grévistes nommément désignés pour assurer un service minimum⁶³⁷, ce qui fut fait, et le conflit apaisé⁶³⁸.

⁶³¹ Notamment en matière de primes de gardes et astreintes.

⁶³² Les Drs J.-P. Lefort, P. Flagel, H. Dubourdieu, D. Chazal, D. Lecocq, P. Bachy, P.-H. Ledos, B. Bezert, jugements du T.A. du 26.05.1993, recueil op. cit., 1993 pp.371 s.

⁶³³ Du 11 au 20.12.1991.

⁶³⁴ C'était le cas lorsque la saisine avait été le fait d'agents contractuels relevant du droit du travail.

⁶³⁵ Cf. notamment délibérations du congrès n°240 des 18 et 26.12.1991 *portant statut particulier du corps des médecins de santé publique du cadre territorial* et n° 241 des mêmes jours *fixant le régime indemnitaire des médecins de Santé publique du cadre territorial*.

⁶³⁶ Arrêté n° 05/95 du 16.01.1995 *portant organisation d'un service minimum dans les circonscriptions médico-sociales de la Province Nord*, J.O.N.C. du 07.05.1995 pp. 699 et 700.

⁶³⁷ Cet arrêté mentionne les noms des cinq médecins (Drs Lefèvre, Rouchon, Varnet, Cortambert, Fourier). On peut noter par ailleurs qu'une délibération (n°67-99/APN du 29.03.1999 *relative au plan de maîtrise des dépenses de soins en Province Nord*, J.O.N.C. du 04.05.1999, pp. 1891 s.) prévoit un tour de garde pour les professionnels de santé libéraux considérant notamment "... les limites budgétaires et la clientèle privilégiée que représente la Province Nord pour les professionnels de santé dans le cadre de son aide médicale...".

⁶³⁸ Les grévistes semblant eux aussi plutôt satisfaits (entretien avec le Dr B. Rouchon du 30.11.2004).

Le T.A. a été saisi d'une affaire du même ordre concernant les Loyautés. Par un jugement *USTKE*⁶³⁹ du 11 décembre 1996, il a annulé un arrêté par lequel le président de la province avait réquisitionné cinq agents de CMS sans qu'un tableau de service nominatif ait été établi par le médecin-chef ; or cela aurait dû être fait dès le dépôt du préavis de grève, comme l'imposait une délibération instituant un service minimum⁶⁴⁰. Il a par contre rejeté la demande du syndicat d'annuler l'arrêté du même jour fixant la liste des agents susceptibles -et non effectivement requis- de participer au service minimum, cela ne portant en soi "aucune atteinte au droit de grève"⁶⁴¹.

Les tensions sont souvent inévitables, notamment dans les situations d'urgence. En 1994, un médecin-chef de CM du nord s'était indigné après qu'un hélicoptère demandé à 20h.30 pour Evasan n° 1⁶⁴² ne soit arrivé qu'à 1 h du matin. Il a été réaffecté comme médecin itinérant. Le tribunal du travail⁶⁴³, en principe compétent pour les litiges entre les médecins contractuels et leur employeur même public, a annulé la sanction disciplinaire ; il a aussi précisé, après consultation du Président du Conseil de l'ordre, les notions⁶⁴⁴ de garde et d'astreinte, sujétions d'autant plus éprouvantes que les professionnels de santé concernés sont peu nombreux⁶⁴⁵.

Le contentieux suivant est particulièrement significatif de la lourdeur des tâches et des responsabilités qui pèsent sur les personnels des dispensaires. Le médecin-chef de la CIM de Wé-Lifou, avait décidé, le 21 janvier 1991, de fermer temporairement le service des accouchements ; il avait notamment par affichage annoncé que la

⁶³⁹ T.A. de Nouméa *Union syndicale des travailleurs kanaks et des exploités*, in recueil des décisions du T.A. de Nouméa ("de Nouvelle-Calédonie" depuis 2000) p. 790.

⁶⁴⁰ Délibération n° 92-57/API du 27.08.1992 *relative à la continuité du service public dans les circonscriptions médico-sociales de la Province des îles Loyauté*, J.O.N.C. du 22.09.1992, pp. 3013 s). Il était prévu qu'en cas de grève était exigée la présence effective sur chaque CMS de : 1 médecin, 1 sage-femme pour les centres à vocation gynéco-obstétricale, 1 infirmier, 1 secrétaire, 1 femme et 1 homme d'entretien (astreinte à domicile et présence sur les lieux de travail dans les 15 mn. suivant l'appel, art. 4.1).

⁶⁴¹ Jugement op. cit., 3° considérant.

⁶⁴² La demande avait été faite pour le degré de gravité maximale, c'est-à-dire en urgence n°1.

⁶⁴³ Jugement *Virieu P-Y c/ Province nord*, du 01.12.1995, inédit.

⁶⁴⁴ *Garde* : «...pratique médicale dans les locaux d'exercice en dehors des jours et heures habituels (week-ends et jours fériés)» ; *astreinte* : «...obligation d'être à disposition pour répondre à tout appel urgent en dehors des heures de service habituel en général les jours de la semaine" (exemplaire extrait des minutes du greffe, pp. 3 et 4).

⁶⁴⁵ Cette question est évidemment primordiale, une excessive pénibilité du service pouvant indirectement affecter la qualité des soins.

maternité allait être "fermée jusqu'à nouvel ordre"⁶⁴⁶. Il invoquait un manque circonstanciel d'effectifs⁶⁴⁷ pouvant l'obliger à assurer seul et simultanément certaines gardes, au risque de ne pouvoir à la fois surveiller une parturiente⁶⁴⁸ et répondre à une urgence. La DPASS lui fit très vite injonction de rouvrir le service, il s'exécuta⁶⁴⁹. Il fut quelques jours après suspendu de ses fonctions⁶⁵⁰. Deux mois plus tard, traduit en conseil de discipline⁶⁵¹, puis, contre l'avis⁶⁵² de celui-ci, déplacé d'office⁶⁵³, il fut finalement réintégré -ailleurs- dans ses fonctions⁶⁵⁴. Par deux jugements du 24 juin 1992 *A. Gasse c/Territoire*⁶⁵⁵, le T.A. a considéré que la suspension avait été une mesure conservatoire prise dans l'intérêt du service dont le requérant avait l'obligation d'assurer la continuité, son déplacement d'office constituant la sanction⁶⁵⁶ d'une faute grave. Le Conseil d'État (C.E.), en 1995⁶⁵⁷, a statué dans le même sens. Son arrêt contient cependant, si l'on y prête attention, quelques nuances non négligeables. Il y est d'abord donné implicitement acte au médecin de n'avoir pas fermé toute "la maternité" -comme lui-même l'avait pourtant affiché-, mais seulement le "service des accouchements"⁶⁵⁸. Ensuite, le transfert d'une parturiente vers Chépénéhé n'est critiqué que parce que les

⁶⁴⁶ Entretien avec le Dr A. Gasse, actuellement médecin-chef de la CIMS de Païta-Dumbéa, le 23.09.2004.

⁶⁴⁷ Notamment -ce qui ne semble pas contesté- en raison du départ en congé de l'expérimentée "matrone", du fait que la sage-femme en titre ne puisse assurer toutes les gardes notamment de nuit, qu'aucune remplaçante n'ait pu être obtenue, que l'autre médecin en poste ne soit pas spécialisé dans ce domaine, et que les infirmiers aient obtenu de ne plus assurer le suivi du "travail" des parturientes.

⁶⁴⁸ Une femme a été dirigée sur Chépénéhé où elle a accouché, solution qu'elle a semble-t-il mieux accepté qu'une Evasan vers Nouméa.

⁶⁴⁹ Le 23.01.1991.

⁶⁵⁰ Le 29, par le Haut-commissariat (secrétaire général).

⁶⁵¹ Le 22 mai 1991 ;

⁶⁵² Ce Conseil «... a émis l'avis que la faute qui lui était reprochée n'était pas constituée" (T.A. jugement du 24.06.1992, 6^e considérant).

⁶⁵³ Le 27 mai 1991.

⁶⁵⁴ Le 28 mai 1991.

⁶⁵⁵ Recueil op. cit. 1992 pp.200s. (suspension) et 667 s. (sanction).

⁶⁵⁶ A contrario, si un déplacement d'office avait lieu sans faute de la part du médecin, il pourrait être annulé par le T.A. : ce fut le cas après que le Dr A. Gasse, qui exerçait en 2002 à la CMS de Païta-Dumbéa, ait fait l'objet d'un arrêté (du 07.08.2002) l'affectant sans qu'il l'ait demandé et "jusqu'à nouvel ordre" à la CMS de La Foa. Le T.A. (ordonnance de référé du 06.09.2002, recueil op. cit. 2002 pp. 2212 s. ; jugement du 23.01.2003, recueil 2003 pp. ...) a annulé cette affectation, présentée par la province comme temporaire, mais analysée par le T.A. comme une véritable mutation, l'arrêté provincial étant notamment motivé par la considération selon laquelle il s'agit d'un "...médecin ancien et expérimenté qui stabilisera la fonction" (in jugement, 2^e considérant, p. 2).

⁶⁵⁷ Arrêt du 20.12.1995, obtenu au greffé du T.A. par consultation du logiciel "Ariane" (interne aux juridictions administratives).

⁶⁵⁸ Arrêt, 3^e considérant. Les lits de maternité étaient donc restés en fonction.

"moyens de fonctionnement [de ce CM] n'étaient pas supérieurs à ceux de la circonscription de Wé-Lifou" ; cela laisse entendre qu'un transfert vers une unité mieux dotée aurait pu être justifié. Par ailleurs, l'argument du C.E. selon lequel «...il n'est pas établi que l'absence temporaire... d'une des deux sages-femmes ...ait compromis le fonctionnement normal du service..."⁶⁵⁹ signifie que la preuve n'en n'a pas été faite, mais qu'elle pourrait l'être en d'autres espèces. Enfin, la haute juridiction stigmatise le recours, dès l'absence d'une des deux sages-femmes, à la "fermeture immédiate du service"... ce qui sous-entend qu'une fermeture après un temps d'évaluation et de concertation aurait pu être appréciée différemment.

On peut penser cette affaire n'a pas eu que des aspects négatifs. Des enseignements en ont manifestement été tirés. Le schéma d'organisation de l'obstétrique de 2001 impose en effet de nouvelles normes pour l'obtention de son niveau 2 (proximité rapprochée) : "- la continuité médicale doit être organisée tous les jours de l'année en h.24 par un médecin formé à la prise en charge des grossesses ; - présence d'une sage-femme qui, en cas d'indisponibilité, est remplacée par le médecin. Pour assurer le remplacement, en cas d'empêchement prolongé de la sage-femme dans la structure concernée, une convention avec les sages-femmes libérales ou/et tout établissement de service public devra être établie"⁶⁶⁰. De même certains personnels infirmiers de CMS ont-ils été incités financièrement à participer au suivi des accouchements y compris de nuit⁶⁶¹. Quant à la CIMS de Wé, elle est aujourd'hui la mieux dotée non seulement des Loyautés mais aussi de l'ensemble du territoire⁶⁶² en nombre de médecins (quatre), d'infirmiers (12), d'aides-soignants (5), et compte deux sages-femmes et 13 lits⁶⁶³ ...

Certains litiges sont heureusement plus anecdotiques. Un médecin qui exerçait en 2001 au CMS d'Hulup (Ouvéa) revenait en voiture d'une visite en tribu, accompagné d'une collaboratrice. Il a malencontreusement percuté un poteau proche du chantier de ravalement de l'église St Joseph elle-même proche du dispensaire du même nom. La province des Îles Loyauté, invoquant une faute personnelle, a émis à son encontre un titre de recettes pour mettre à sa charge les frais de réparation du véhicule. Le T.A. (*D. Le Galliot*, jugement du 06 mars 2002) a annulé cette décision. La faute

⁶⁵⁹ Arrêt, 5^e considérant.

⁶⁶⁰ Schéma, annexe II, op. cit., p. 1165.

⁶⁶¹ Cf. notamment la délibération n° 512/91 APN du 19/07.1991 *créant une indemnité spéciale compensatrice des heures consacrées aux accouchements de nuit effectués par certains personnels infirmiers*, J.O.N.C. du 20.08.1991, p. 2369.

⁶⁶² Sans compter les ex- dispensaires spécialisés du grand Nouméa.

⁶⁶³ Chiffres fournis par J-C Vittet, médecin coordonnateur à la DPACAS Îles Loyautés (novembre 2004).

d'attention du conducteur n'a pas été jugée détachable du service, le tribunal jugeant qu'il n'avait fait sur son trajet qu'un détour minime pour déposer au dispensaire sa collaboratrice, du matériel médical et des analyses biologiques.

- *Les usagers* du service public sanitaire s'en plaignent relativement rarement⁶⁶⁴, notamment en brousse. L'importance du litige opposant un patient à la secrétaire médicale du dispensaire de Chépénéhé (Lifou), laquelle avait refusé de l'inscrire sur la listes des consultations⁶⁶⁵, n'est peut-être pas apparue capitale au T.A. : nous ne le saurons pas, celui-ci ayant rejeté la requête en référé pour une raison de procédure⁶⁶⁶.

Un chirurgien-dentiste exerçant ses fonctions dans un "service public administratif"⁶⁶⁷ de Maré avait arraché une dent saine au lieu d'une dent malade⁶⁶⁸. La province, après avoir indemnisé⁶⁶⁹ la victime, a effectué, pour la moitié de la somme allouée, une retenue sur salaire⁶⁷⁰ à l'encontre du praticien. Le T.A., dans un jugement *C. Taupenas* du 02 décembre 1999⁶⁷¹, a admis que la requérante avait "exclusivement commis une faute de service"⁶⁷², annulé la décision⁶⁷³ du président de l'assemblée de la province et condamné celle-ci à rembourser la somme prélevée assortie d'intérêts.

Beaucoup plus dramatique est l'affaire *Consorts Caco*. Le 13 septembre 1994 Mme M-H Caco décédait suite à un infarctus du myocarde. Le tribunal correctionnel siégeant à Koné déclara le docteur G.G., médecin-chef du dispensaire provincial de Canala, coupable de non-assistance à personne en péril⁶⁷⁴, ce qui fut confirmé par la Cour d'appel de Nouméa⁶⁷⁵. Il lui était reproché de ne pas être intervenu⁶⁷⁶ la nuit du 11 au 12 septembre, alors qu'il avait été

⁶⁶⁴ Comparativement, notamment, à la métropole..

⁶⁶⁵ Ordonnance du T.A. (*D. Ferrer*, 07.04.1997).

⁶⁶⁶ Le juge des référés ne pouvant *annuler*, ce que demandait le requérant, une décision administrative.

⁶⁶⁷ Rappelons qu'un CMS est, quelles que soient les appellations, un service public administratif (et non industriel et commercial).

⁶⁶⁸ Ce qui pourrait apparaître comme anecdotique n'est en réalité pas aussi exceptionnel qu'on pourrait le croire, la localisation ressentie d'une douleur dentaire étant souvent trompeuse...

⁶⁶⁹ En lui allouant la somme de 240 000 FCFP pour préjudice subi à la suite d'une faute de service.

⁶⁷⁰ Retenue mensuelle de 20 000 FCFP sur 6 mois.

⁶⁷¹ Recueil op. cit., 1999, pp. 1177 s.

⁶⁷² Jugement, op. cit., p. 1178.

⁶⁷³ Du 25.03.1997.

⁶⁷⁴ Jugement du 18.12.1996.

⁶⁷⁵ Cour d'appel de Nouméa, Chambre des appels correctionnels, arrêt du 22.07.1997 (inédit).

⁶⁷⁶ Il avait examiné (une fois) la patiente, diagnostiqué une crise d'angoisse et prescrit des anxiolytiques, n'avait pas pratiqué d'ECG ; celui-ci sera fait le lendemain par un infirmier à la demande du médecin adjoint. C'est à la lecture des résultats que le

informé à plusieurs reprises de l'aggravation de l'état de santé de la malade, compromettant ainsi ses chances de survie. Le médecin se justifiait en reconnaissant qu'... il était trop fatigué de sa nuit de garde pour s'en occuper lui-même..."⁶⁷⁷. La Cour jugea qu'il ne pouvait "... utilement s'abriter derrière une erreur de diagnostic pour affirmer qu'il n'avait pas connaissance du péril encouru par la victime, alors qu'il avait toute latitude de corriger ce premier diagnostic... ces faits lorsqu'ils sont commis par un professionnel de santé heurtent profondément le sens moral...". Elle aggrava la peine⁶⁷⁸ et la porta à un an d'emprisonnement, avec sursis. Le Tribunal administratif⁶⁷⁹, certes tenu de respecter l'essentiel des constatations de fait retenues par le juge pénal, se refusa à faire supporter l'entière responsabilité, notamment financière, au médecin. Il considéra que la faute commise ne pouvait être considérée comme exclusivement personnelle : "...le comportement du médecin... ne saurait, dans les circonstances de l'affaire, être regardé comme dépourvu de tout lien avec le service..."⁶⁸⁰. La province nord devait donc, elle aussi, répondre des actes ou insuffisances de ses personnels dans l'exercice de leurs fonctions ; elle qui plaidait l'absence de lien de causalité entre la faute médicale et le décès de la malade allait donc être condamnée à accorder aux ayants droits⁶⁸¹ réparation du grave préjudice causé par son service public de santé. Si le médecin est certes le premier fautif, il fait partie d'une structure sanitaire. L'organisation, les moyens humains et matériels de celle-ci sont indirectement visés par le jugement ; il appartient à la province responsable de faire au mieux pour éviter, autant que faire se peut, que de tels drames ne se reproduisent à l'avenir.

- *Des personnes extérieures* au service peuvent souhaiter bénéficier de certains de ses avantages, d'autres au contraire redoutent sa concurrence.

Le Tribunal administratif⁶⁸² a rejeté la requête d'un médecin libéral souhaitant ouvrir un cabinet secondaire dans un des dispensaires de La Foa, Yaté ou l'Île des Pins, et demandant la condamnation de la province sud pour rupture abusive de contrat ; or le T.A. relevait que l'ordre des médecins n'avait pas donné son

médecin-adjoint fit évacuer d'urgence la patiente vers Nouméa, où elle décéda le lendemain..

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 4 de l'exemplaire extrait des minutes du greffe.

⁶⁷⁸ Le Tribunal correctionnel avait prononcé une peine de 5 mois d'emprisonnement avec sursis.

⁶⁷⁹ *Consorts Caco*, T.A. 13.08.1998, recueil op. cit. 1998 pp. 514 s.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, 3^e considérant, p. 516.

⁶⁸¹ Le T.A. a condamné la province à verser une somme de 2 400 000 FCFP, diversement répartie entre les requérants, ainsi qu'à l'un d'eux une rente annuelle, du 12.09.1994 au 06.08.2005, de 180 000 FCFP.

⁶⁸² *J. Roche* 18 juin 1997. Recueil op. cit., 1997, pp. 437 s.

autorisation⁶⁸³. Un sort identique avait été fait en 1994⁶⁸⁴ à une demande de condamnation de la même province à réparer une résiliation prétendument abusive d'un contrat de mise à disposition du "dispensaire de soins infirmiers"⁶⁸⁵ de Boulouparis et d'une maison d'habitation. Le médecin libéral, déjà installé, avait soumis une proposition d'avenants comprenant de nombreuses clauses qui lui auraient été extrêmement favorables⁶⁸⁶. Ce fut l'occasion pour la juridiction administrative de souligner qu'une autorisation d'occupation d'une dépendance du domaine public est précaire, révocable dans l'intérêt général, et ne crée pas de droits au profit du bénéficiaire ; l'autorité chargée de la police du domaine pouvait donc refuser "...de souscrire aux prétentions [du médecin] qui ne tendaient qu'à la satisfaction d'un intérêt particulier...et... inviter l'intéressé à quitter les lieux"⁶⁸⁷.

Des pharmaciens se sont plaint de la concurrence occasionnée par des autorisations de délivrance de médicaments accordées à des médecins de CMS. Le principe est ancien : "dans les localités où il n'existe pas d'officine, ou en cas d'insuffisance d'approvisionnements, le Chef du Territoire peut autoriser temporairement les formations sanitaires administratives à délivrer les médicaments prescrits par ordonnance, à la population, à titre onéreux..."⁶⁸⁸. Un arrêté du haut-commissaire du 15.10.1992 autorisant le médecin du CMS de Wé à délivrer des médicaments aux ressortissants de l'aide médicale du dispensaire de Dueulu⁶⁸⁹ a ainsi été annulé par le T.A.⁶⁹⁰ : le requérant exploitait une officine "...dont il n'est pas sérieusement allégué qu'elle ne serait pas à même de satisfaire les besoins en médicaments des ressortissants de l'aide médicale du dispensaire de Dueulu, localité d'ailleurs proche de celle de Wé..."⁶⁹¹. Un arrêté du 28 septembre 1993 a subi le même sort, sur demande du même requérant. Le tribunal a rappelé⁶⁹² qu'il n'avait pas annulé un arrêté de 1991 donnant le même type d'autorisation aux médecins des centres médicaux de Chépénéhé et Mou, nettement plus

⁶⁸³ Comme l'exige le code de déontologie (art. 85 actuel).

⁶⁸⁴ T.A. jugement du 11.05.1994 *D.L. Casanova*, recueil op. cit. 1994 pp. 253 s.

⁶⁸⁵ On remarque que le mot "dispensaire" est parfois utilisé au sens très large.

⁶⁸⁶ Par exemple : possibilité de sous-location, de cession du bail, de résiliation au gré du locataire assortie d'une interdiction de louer à un confrère, maintien du bail aux héritiers, suppression de l'engagement de participer à un tour de garde...

⁶⁸⁷ Jugement op. cit, 2^e considérant, p. 255.

⁶⁸⁸ Art. 11 du décret n°55/1122 du 16 août 1955, "promulgué", avec la loi n° 54 418 du 15.04.1954 étendant à l'outre-mer certaines dispositions du CSP relatives à l'exercice de la pharmacie, par l'arrêté gubernatorial du 22.10. 1955 (textes cités dans le jugement de T.A. *J-P Piffre* du 14.12.1994, recueil op. cit., 1^{er} considérant, p. 238).

⁶⁸⁹ Un des six dispensaires de la CIMS de Wé.

⁶⁹⁰ *J.-P. Piffre*, 23 novembre 1994. Recueil op. cit. 1994, pp. 5 s.

⁶⁹¹ *Ibid.*, 5^e considérant, p. 7.

⁶⁹² T.A. 14.12.1994 *J-P Piffre*, recueil op. cit., 1994 pp. 237 s.

éloignés ; il a ensuite considéré que les difficultés de liaison alléguées n'étaient pas telles qu'elle rendraient insuffisant l'approvisionnement, et "...qu'il n'est pas davantage établi... que M. Piffre serait trop fréquemment absent, ce qui entraînerait...un dysfonctionnement d'une gravité telle que l'approvisionnement en médicaments s'en trouverait compromis..."⁶⁹³. Le tribunal administratif ne méconnaît cependant pas (*Conseil de l'ordre des pharmaciens de Nouvelle-Calédonie et autres*⁶⁹⁴) que les dispositions d'une délibération provinciale⁶⁹⁵ prévoyant l'obligation pour les médecins souhaitant exercer la propharmacie de respecter une distance minimale⁶⁹⁶ d'une officine "...ne visent qu'un public limité [et] ont pour objet de préserver la santé publique"⁶⁹⁷.

*

Au sens large, les dispensaires calédoniens sont des centres de santé provinciaux non hospitaliers, polyvalents, dont les divers modes d'organisation et de fonctionnement peuvent sans difficulté juridique être adaptés aux besoins des populations. Ils constituent une part essentielle du passé, du présent, mais aussi de l'avenir⁶⁹⁸ du système

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 239.

⁶⁹⁴ Ordonnance de référé du 24.01.2002, qui par ailleurs a rejeté, notamment pour défaut d'urgence, la requête en suspension de dispositions de la délibération du 29.08.2001 (recueil op. cit., 2002, pp. 609 s.).

⁶⁹⁵ Délibération n° 2001-13/API du 29.08.2001 *modifiant les délibérations provinciales relatives à l'aide médicale et aux aides sociales* (J.O.N.C. du 09.10.2001, pp. 5034 s.). Cette délibération a toutefois été annulée, faute de délégation de compétence à la province par la Nouvelle-Calédonie : le T.A. a constaté "... qu'à la date de la décision attaquée, la Nouvelle-Calédonie n'avait accordé aucune délégation de compétence en la matière à la province..." (jugement du 04.07.2002, recueil 2002, pp. 331 s., 6^e considérant p. 332).

⁶⁹⁶ Art. 1 al. 2 de la délibération du 29.08.2001 : "Les professionnels médicaux provinciaux effectuant des consultations médicales au sein des structures sanitaires provinciales, distantes d'une officine privée de plus de dix kilomètres et situées dans les secteurs de La Roche, de Pénélo, de Hnawaiaie, de Wabao, de Mou, de Hmelek, de Hnaeu, de Dueulu, de Hnacoam, et de Hnathalo, sont autorisées à délivrer directement les médicaments aux seuls bénéficiaires de l'aide médicale provinciale". L'alinéa 2 permet aux structures sanitaires distantes de plus de 20 km. de constituer un stock de médicaments ; l'alinéa 3 permet à celles d'Ouvéa de le faire sans restriction. (J.O.N.C. du 09.10.2001, p. 5035).

⁶⁹⁷ Recueil op. cit. 2002 p. 612. La délibération a tout de même été annulée, faute de délégation de compétence à la province par la Nouvelle-Calédonie, le T.A. ayant constaté "... qu'à la date de la décision attaquée, la Nouvelle-Calédonie n'avait accordé aucune délégation de compétence en la matière à la province..." (jugement du 04.07.2002, recueil 2002, pp. 331 s., 6^e considérant p. 332).

⁶⁹⁸ L'essor des *maisons médicales de garde* (MMG) en Europe (en France depuis les années 2000, plus d'une centaine aujourd'hui) est significatif d'une forte demande sociale pour que soient mieux assurée la continuité et la proximité de soins. "...besoin croissant de consultations non programmées...activité [qui] dépasse même celle des

sanitaire local. La concentration médicale en un pôle d'excellence, qu'elle se fasse par rénovation du CHT ou construction nouvelle, est éminemment souhaitable. Mais l'"hospitalo-centrisme"⁶⁹⁹ serait dommageable s'il aboutissait à considérer comme secondaire ou (et) superflue la décentralisation des soins de premier recours. "Les dispensaires ne disparaîtront pas... ils sont nécessaires pour la continuité des soins"⁷⁰⁰.

Ils risqueraient pourtant de disparaître en tant que tels si l'on ne réussissait pas à en réduire sensiblement l'insécurité⁷⁰¹. C'est leur talon d'Achille.

La population dans son ensemble respecte profondément le dévouement des personnels de santé. Mais il est facile de s'attaquer à des individus isolés et pacifiques. Rares sont les agressions commises par des déséquilibrés⁷⁰². La plupart le sont sous l'emprise d'alcool⁷⁰³...

urgences de l'hôpital local. Le bon vieux dispensaire a été remis au goût du jour. Et il est devenu incontournable dans l'organisation de la permanence des soins" (in *L'Express* du 07.06.2004, à propos de la MMG de Gap). Cf aussi *Le quotidien du médecin* du 01.12.2004 <www.quotimed.com/dossierweb/index.cfm?fuseaction=viewarticle&DartIdx=193749>.

⁶⁹⁹ "Pour une réflexion utile, nous devons impérativement redéfinir les missions de l'hôpital écartelé, écrasé entre ses missions d'excellence et ses missions de dispensaire... l'hôpital public n'est plus l'élément de référence du contexte hospitalo-centrique des années 1970... on constate... les limites du système et l'urgence du travail en réseaux... l'hôpital court un danger : victime de son succès, il risque un repli frileux vers un système du type *hôpital hospice*... Une prise en charge efficace ne doit pas et ne peut pas être centrée sur l'hospitalisation... L'avenir de l'hôpital ne pourra se faire qu'à l'intérieur d'un réseau ouvert sur la ville en lien constant avec la médecine ambulatoire et les structures médico-sociales dans le cadre de bassin de population, aidé en cela par des décisions politiques fortes." (Dr R. Bocher, présidente de l'INPH (Institut national des praticiens hospitaliers, 07.07.2004, article consultable à : <[http://membres.lycos.fr/pradeau/cours/eco_sante/documents/reformes/reforme_SS_eg...>](http://membres.lycos.fr/pradeau/cours/eco_sante/documents/reformes/reforme_SS_eg...)).

⁷⁰⁰ Propos tenus par le Dr. Th. Jubeau, le 13.10.2004, sur RRB, en direct de Houailou, consacrée aux dispensaires et notamment à leur sécurité, op. cit.

⁷⁰¹ *État d'urgence dans les dispensaires*, tel était le titre à la une des Nouvelles calédoniennes du 06.10.2004, à la suite d'une agression au CMS de Houailou. "...cas d'école : un problème qui survient de nuit, une infirmière seule en poste et la situation qui bascule", propos attribués au Dr A. Grabias, directeur de la DPASSPS-Nord par *Les Nouvelles calédoniennes* du 06.10. 2004, *faits divers*). Le CMS de Houailou est aujourd'hui le mieux doté en personnel de la province nord : 15,5 postes, dont 2 médecins, 1 chirurgien-dentiste et 1 assistant dentaire, 1 sage-femme, 5 infirmiers, 1 ambulancier...

⁷⁰² En décembre 2003 l'infirmière du dispensaire de Bélep a été assassinée par une femme au cours, semble-t-il, d'une crise de démence ; en février 2001, l'agresseur du médecin-chef du dispensaire de Kouaoua était sans doute de "santé mentale fragile" (*Les Nouvelles calédoniennes* du 15.27. 2001, *faits divers*).

⁷⁰³ Les témoignages sont nombreux. Citons la substance des propos du maire de la commune de Bélep, résumés lors d'un débat au congrès : "véritable fléau qu'est

voire pour s'en procurer⁷⁰⁴. Certaines ont une connotation sexuelle⁷⁰⁵. Beaucoup sont le fait des malades eux-mêmes⁷⁰⁶ ou de leur entourage. Les matériels en font parfois les frais⁷⁰⁷. Les victimes ont peur⁷⁰⁸ et s'interrogent. Les erreurs et malentendus n'expliquent pas tout⁷⁰⁹.

Aux grèves⁷¹⁰ qui succèdent invariablement aux incidents les plus graves sont judicieusement associées, le cas échéant, des palabres avec les coutumiers. On peut faire appel aux auxiliaires de santé, voire à des vigiles de sécurité⁷¹¹. Il reste que les équipes accomplissant leur mission en dispensaires de proximité sont placées en situation particulièrement vulnérable. En cas de violences à leur encontre la justice n'est guère encline à l'indulgence : elle participe, par l'exemple, à leur indispensable protection, dans l'intérêt commun des personnels et de la santé des populations de Nouvelle-Calédonie.

§ 2 - Les établissements de santé privés (A. Leca)

l'alcool... il a souhaité que ce phénomène soit combattu énergiquement par les autorités concernées, qu'il s'agisse de la gendarmerie, de la province, voire des autorités coutumières" (J.O.N.C. du 21.06.2002, p. 1221).

⁷⁰⁴ Le 14.10.2000, il semble qu'un infirmier du dispensaire d'Hulup (Ouvéa), qui venait de refuser des bouteilles d'alcool médicinal à trois hommes ivres dont l'un avait besoins de soins, a du tout d'abord se battre contre eux, puis a été attendu après son service devant son domicile par une quinzaine d'individus dont un aurait dit "on est venus pour te prendre" ; l'infirmier se serait dégagé en tirant deux coups de fusil en l'air, et serait allé se réfugier dans sa tribu... (*Les Nouvelles calédoniennes* du 17.10. 2000, *faits divers*).

⁷⁰⁵ Cf. *Les Nouvelles calédoniennes* notamment du 02.12.1999 (infirmière agressée à Yaté), du 20.01.2001 (rappel d'une agression d'infirmière quelques années auparavant, suivie d'une période au cours de laquelle le poste n'avait pu être pourvu).

⁷⁰⁶ "C'est toujours le même genre de situation : le blessé ivre qui ne veut pas se faire soigner et ce sont ses copains, dans le même état éthylique, qui le conduisent au dispensaire. Mais nous ne pouvons pas soigner les gens de force malgré eux...", propos attribués au Dr P. Barandiaran médecin au dispensaire de Tadine (Maré) par *les Nouvelles calédoniennes* du 22.07. 2001, *faits divers*). Notons qu'au dispensaire de l'île des Pins c'est au contraire un malade qui a réussi à défendre la sœur infirmière contre des hommes ivres ((*Les Nouvelles calédoniennes* du 23.11. 2004, *faits divers*).

⁷⁰⁷ Notamment les vitres et mobiliers. ; un cas de caillassage d'un hélicoptère médicalisé a même été évoqué (*Les Nouvelles calédoniennes* du 20.01. 2001, *société*)...

⁷⁰⁸ "Quand on sonne à la porte à deux heures du matin, croyez-moi, on ouvre en tremblant" (une infirmière, in *les Nouvelles calédoniennes* du 19.10. 2000, *société*).

⁷⁰⁹ "Cet homme est arrivé à 4h. du matin au dispensaire car il s'était fait mordre jusqu'à l'os par un compagnon de beuverie. Il a exigé du médecin une piqûre contre la rage. Il n'a jamais voulu écouter les explications du soignant qui tentait de le raisonner et surtout de le soigner" (propos attribués au procureur Luiggi, lors d'une audience correctionnelle après agression contre le médecin d'un dispensaire de Lifou, (in *Les Nouvelles calédoniennes* du 25.07. 2001, *justice*).

⁷¹⁰ Grèves ne concernant généralement pas les urgences ni les suivis de traitements.

⁷¹¹ Rappelons que les vigiles de santé, aujourd'hui appelés auxiliaires de santé, sont des médiateurs entre tribus et services sanitaires.

En Métropole, coexistent des établissements de santé privés à but non lucratif chargés de l'exécution du service public (ou simplement associés au service public) et des établissements privés à but lucratif, qui peuvent être concessionnaires de service public (ou uniquement associées à celui-ci). Pratiquement la formule de la concession est peu attractive pour les établissements privés à but lucratif. On comprendra aisément que ces établissements préfèrent la simple association.

En Nouvelle-Calédonie, depuis la disparition en 1983 de la "Clinique de Nouméa", créée par la C.A.F.A.T., en association avec des médecins civils, le secteur des établissements de santé privés est occupé par trois établissements à but lucratif, tous localisés à Nouméa : la clinique Magnin, une entreprise familiale, la clinique de la Baie-des-Citrons, dont le capital appartient à une cinquantaine d'actionnaires, et la polyclinique de l'Anse-Vata, rachetée en 1997 par celle de la Baie-des-Citrons :

- Clinique Magnin : Nombre de lits : 87, dont 17 de maternité ; Spécialités : services de médecine, de chirurgie et maternité, urgences. Nombre d'accouchements annuels : 1 000

- Clinique de la Baie-des-Citrons : nombre de lits : 65 ; Spécialités : services de médecine et de chirurgie.

- Polyclinique de l'Anse-Vata : Nombre de lits : 40 ; Spécialités : maternité, soins palliatifs et chirurgie légère essentiellement ; nombre d'accouchements annuels : plus de 400⁷¹².

La situation juridique de ces établissements trahit un particularisme multiforme. Ce sont des établissements privés, dont le contentieux relève du juge judiciaire, mais, participant au service public de santé ou associés à celui-ci, ils se voient appliquer certaines règles de droit public.

D'abord, à l'inverse du principe de la liberté d'installation du cabinet libéral, leur ouverture, leur transformation ou leur agrandissement doivent s'harmoniser avec ce que l'on appelle la "carte sanitaire" et, localement, le schéma d'organisation sanitaire territoriale. Ceux-ci sont fixés par une délibération du Congrès du Territoire, après avis du Comité territorial de l'organisation sanitaire et sociale et des Provinces, selon les modalités de la délibération n° 429 du 3 novembre 1993⁷¹³. Il en résulte pour les établissements de soins privés un régime d'autorisation administrative préalable, qui s'exerce sous le contrôle du juge administratif. Cette autorisation est délivrée par arrêté après avis du Comité territorial de l'organisation

⁷¹² "Les Nouvelles Calédoniennes", 11 février 2004.

⁷¹³ Délibération n° 429 du 3 novembre 1993 portant organisation sanitaire et sociale de la Nouvelle-Calédonie, art. 6 et 8 (J.O.N.C., 14 décembre 1993, p. 3830).

sanitaire et sociale de la Nouvelle-Calédonie. Elle a un caractère conditionnel. En premier lieu, tout programme non autorisé qui n'a pas été exécuté dans un délai de deux ans entraîne la caducité de l'autorisation accordée⁷¹⁴. En second lieu, l'autorisation de fonctionner, une fois donnée, peut toujours être suspendue ou retirée "lorsque sont constatées dans l'établissement des infractions aux textes pris pour la protection de la santé publique entraînant la responsabilité civile de l'établissement ou la responsabilité pénale de ses dirigeants. En cas d'urgence tenant à la sécurité des malades, le Délégué du Gouvernement, Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, peut prononcer la suspension de l'autorisation de fonctionner avec effet immédiat"⁷¹⁵. Récemment, on s'en souvient, il a été question de fermer la polyclinique de l'Anse-Vata⁷¹⁶. Bien évidemment, seuls les installations et équipements qui ont fait au préalable l'objet d'une autorisation administrative par l'autorité compétente peuvent donner lieu, par voie de convention avec les caisses de protection sociale, au remboursement total ou partiel des prestations assurées par leur usage⁷¹⁷.

Par ailleurs, malgré le caractère civil du cabinet médical, ces établissements qui hébergent régulièrement des patients constituent (comme les officines de pharmacie) des fonds de commerce (réserve faite des établissements à but non lucratif, tel que les cliniques mutualistes). Ordinairement ils sont dirigés par des non-médecins, qui ne laissent aux professionnels de santé qu'une fonction technique. À la différence d'un cabinet médical, ce fonds aura sa clientèle propre⁷¹⁸, distincte de celle de chaque médecin⁷¹⁹, lié à l'établissement par un contrat.

Enfin, les cliniques sont assujetties à un régime fiscal privilégié relativement à l'importation de certains produits et matériels médicaux exonérés de la TGI, la taxe générale à l'importation ou assujettis à un taux réduit⁷²⁰. Mais seuls les installations et équipements qui ont fait

⁷¹⁴ Délibération n° 429 du 3 novembre 1993 portant organisation sanitaire et sociale de la Nouvelle-Calédonie, art. 2 (J.O.N.C., 14 décembre 1993, p. 3830).

⁷¹⁵ *Ibid.*, art. 2, lequel précise que "cette suspension ou ce retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par le Délégué du Gouvernement, Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie".

⁷¹⁶ "Les Nouvelles Calédoniennes", 11 février 2004 : La polyclinique de l'Anse-Vata menacée de fermeture.

⁷¹⁷ *Ibid.*, art. 2.

⁷¹⁸ Cass. civ. 3°, 25 avril 1972, Bull. cass. 1972, III, n° 252, p. 179, D.S., 1972, somm. 193.

⁷¹⁹ B. Xiste-Michel, "Les relations juridiques entre les praticiens de santé, les cliniques privées et les patients", Thèse Poitiers, 2000, éd. Les Études Hospitalières, Bordeaux, 2001.

⁷²⁰ Délibération n° 69/CP du 10 octobre 1990 fixant les modalités d'octroi des régimes fiscaux privilégiés à l'importation, chap. VII : Importations réalisées par des organismes de santé (J.O.N.C., 13 novembre 1990, p.2989).

au préalable l'objet d'une autorisation administrative par l'autorité compétente peuvent bénéficier de ce taux réduit de la TGI⁷²¹. Et des conventions médicales, telle la délégation de paiement.

⁷²¹ Délibération n° 429 du 3 novembre 1993 portant organisation sanitaire et sociale de la Nouvelle-Calédonie, art. 2 et 29, lesquels précisent que "le régime fiscal privilégié...s'applique exclusivement aux équipements initiaux ou pour leur renouvellement lorsqu'il ne s'agit pas de renouvellement du seul fait de leur obsolescence" (J.O.N.C., 14 décembre 1993, p. 3830).

CHAPITRE 2

LES CONVENTIONS MEDICALES

(A.-M. Gilles)

Les racines de l'organisation actuelle de la médecine libérale en France remontent aux années 1920-1930. C'est en 1927 qu'a été votée par les syndicats médicaux une Charte formalisant les principes de la médecine libérale (toujours en vigueur aujourd'hui) : libre choix du médecin par le patient, liberté de prescription du médecin, libre fixation des tarifs par celui-ci, paiement direct des honoraires par le patient. Cela explique les résistances qui ont été opposées dès l'origine par les syndicats de médecins à l'intrusion des organismes d'assurance maladie dans les relations avec les patients. C'est finalement par le biais d'un compromis entre les principes de la médecine libérale et les exigences du service public que les relations entre les praticiens et l'assurance maladie ont pu être établies. Ce compromis a été recherché dans le cadre de conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie et les organisations professionnelles. Pour le Conseil Constitutionnel, le recours à la convention revêt le caractère d'un principe fondamental de la sécurité sociale au sens de l'article 34 de la Constitution⁷²². Le législateur dispose donc d'un pouvoir d'appréciation certain⁷²³.

A ce jour une seule convention médicale a été conclue en Nouvelle-Calédonie. Il s'agit de la convention du 17 décembre 1997. Il a été décidé que les conventions conclues pour trois ans seraient renouvelables par tacite reconduction⁷²⁴. Le propos étant sûrement d'éviter les tensions et surenchères auxquelles donne lieu l'obligation de renégocier une nouvelle convention⁷²⁵. Cela n'a toutefois pas empêché trois parties signataires de se retirer du système en 2002 pour des questions de revalorisation tarifaires⁷²⁶. La convention de 1997 ne pouvant plus produire ses effets, une nouvelle convention devait être

⁷²² C.C. déc. du 22 janvier 1990, AJDA 1990 p 352.

⁷²³ Il peut ainsi, par exemple, instituer des conventions distinctes pour les médecins généralistes et les médecins spécialistes sans méconnaître aucun principe constitutionnel, C.C. déc. préc.

⁷²⁴ La dernière a été approuvée au J.O.N.C. du 13 juin 2002

⁷²⁵ Ce fût le cas en métropole avec la 4^{ème} convention nationale (1985-1989).

⁷²⁶ Le retrait de la province Nord a pris effet le 21 octobre 2002 et celui de la province des Iles le 17 février 2003. Il faut ajouter le retrait de la mutuelle des fonctionnaires.

renégociée (art. 50 de la convention). La négociation est pour l'heure en cours.

L'objet de la convention médicale a été clairement établi dans la délibération modifiée n°490 du 11 août 1994 portant plan de promotion de la santé et de maîtrise des dépenses de soins sur le territoire de Nouvelle-Calédonie. Le titre troisième est en effet consacré au "dispositif conventionnel de la maîtrise médicalisée des dépenses". C'est pourquoi, la négociation de la convention de 1997, dès la première phrase du préambule, s'est immédiatement inscrite dans une politique de maîtrise des dépenses de santé⁷²⁷. Comme en métropole, le mécanisme conventionnel (section 1) et le contenu de la convention médicale (section 2) sont tributaires d'une politique de maîtrise des dépenses de santé.

SECTION 1

LE MECANISME CONVENTIONNEL CHOISI

AFIN DE MAITRISER LES DEPENSES DE SANTE

Après avoir présenté la négociation et la conclusion des conventions médicales (§ 1) nous nous intéresserons au régime juridique de celles-ci (§ 2)

§ 1 - Négociation et conclusion des conventions médicale

Alors qu'en métropole, les premières conventions apparaissent dès 1945, leur mise en place est relativement récente en Nouvelle-Calédonie.

Sous-paragraphe 1 - Le dispositif en métropole

Les relations entre l'assurance maladie et les praticiens s'inscrivent de longue date dans le cadre de conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie et les organisations professionnelles⁷²⁸. La convention médicale régit en effet depuis 1946 les relations entre les médecins libéraux et l'assurance maladie⁷²⁹.

⁷²⁷ "Dans le cadre du plan de maîtrise des dépenses de soins qui a été adopté par le Congrès du Territoire le 11 août 1994, les parties s'engagent à collaborer pour assurer le maintien du dispositif conventionnel, le partenariat entre les professionnels de santé concernés et les Organismes étant indispensable à la mise en place d'un dispositif de maîtrise médicalisée des dépenses".

⁷²⁸ Les rapports entre les professions de santé et les caisses d'assurance maladie sont fixées dans le code de la sécurité sociale (art. L 162-2 et suiv du code de la sécurité sociale).

⁷²⁹ "L'histoire conventionnelle", in manuel de droit de la sécurité sociale, Jean-Jacques Dupeyroux, précis dalloz n°323

La convention médicale a d'abord été départementale de 1946 à 1960. L'ordonnance du 29 octobre 1946 prévoyait en effet que les tarifs des actes médicaux seraient déterminés dans le cadre de conventions départementales conclues directement entre les caisses régionales de sécurité sociale et les syndicats médicaux⁷³⁰. Dans ce système conventionnel, les médecins s'engageaient à respecter un tarif dit d'opposabilité et les caisses de sécurité sociale retenaient une base de remboursement équivalente.

A l'évidence, initialement, la négociation conventionnelle n'avait d'autre objet que la détermination des tarifs des soins et prestations dispensées aux assurés sociaux. Mais dès la fin des années 1960, les perspectives d'évolution des dépenses médicales restant très préoccupantes, certaines mesures furent envisagées dans le cadre des travaux préparatoires du VIème plan et notamment un abandon du principe de la rémunération à l'acte. Sans doute pour éviter une telle solution, la confédération des syndicats médicaux français (CSMF), largement majoritaire, lança l'idée d'une convention nationale. La première convention nationale des médecins signée le 28 octobre novembre 1971 a été acceptée par la quasi-totalité du corps médical (96 %) ⁷³¹. En échange, le gouvernement s'est engagé à garantir l'avenir de l'exercice libéral de la médecine : si la convention nationale remet en cause la libre fixation des tarifs par les médecins, toutes les autres libertés sont préservées ⁷³².

La négociation est devenue par la suite beaucoup plus ambitieuse puisqu'elle s'est élargie à la promotion de la qualité des soins et à la maîtrise dépenses de santé.

C'est avec la troisième convention nationale conclue le 29 mai 1980 qu'apparaît le principe d'une maîtrise concertée des dépenses (création du secteur II à honoraires libres). Les parties fixent chaque année des objectifs de dépenses portant, d'une part sur les honoraires, d'autre part sur les prescriptions, "compatibles avec les recettes disponibles de l'assurance maladie. Ainsi en cas de décalage entre l'évolution des dépenses et des recettes, l'équilibre était censé être rétabli par une compensation des tarifs. Dans la 4^{ème} convention

⁷³⁰ A l'époque il n'existait qu'un seul syndicat : la confédération des syndicats médicaux français, le CSMF).

⁷³¹ Toutefois, le Conseil d'état a annulé l'arrêté interministériel du 29 octobre 1971 approuvant la première convention nationale au motif que la fédération des médecins de France, organisation syndicale dont la représentativité au plan national n'était pas contestée, n'était pas signataire de la convention de 1971 (CE, 19 fév. 1975, syndicat des médecins du Rhône, Rec. CE p 129). La loi du 10 juillet 1975 a apporté une modification importante puisqu'elle a admis que la convention pouvait être conclue avec la signature d'un seul syndicat, infra.

⁷³² Elle prévoyait un processus complexe, mais très innovant, pouvant conduire au "déconventionnement" des praticiens, qui en dépit de certains avertissements, conservaient un comportement réellement anormal.

conclue le 1^{er} juillet 1985 le consensus est davantage recherché. On y trouve affirmé le principe d'une "maîtrise des dépenses" par "un bon usage des soins"⁷³³.

Malgré tous les efforts entrepris, les clauses des conventions demeuraient toutefois bien modestes en matière de maîtrise des dépenses. Suite à des négociations devenues de plus en plus difficile (5^{ème} convention conclue le 9 mars 1990 avec un gel du secteur II), le recours croissant au contentieux de la part des syndicats médicaux et le poids grandissant des dépenses médicales en France, une nouvelle stratégie a été introduite par les pouvoirs publics : les objectifs en matières de dépenses de santé sont prescrits par la puissance publique et les parties à la convention doivent les respecter⁷³⁴. C'est l'ordonnance du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins qui fixe clairement ce nouveau dispositif⁷³⁵. La régulation devient ainsi de moins en moins négociée avec les partenaires sociaux et les professions de santé, et de plus en plus imposée par l'État.

C'est en effet dans la loi annuelle de financement de la sécurité sociale que le Parlement fixe l'objectif national de dépenses d'assurance maladie pour l'ensemble des régimes. Par ailleurs, en cas d'échec des procédures contractuelles et donc de blocage de la vie conventionnelle et des mécanismes de maîtrise, l'ordonnance de 1996 prévoit la possibilité d'imposer par arrêté ministériel un règlement conventionnel minimal⁷³⁶. C'est ce qui s'est produit suite à l'annulation par le Conseil d'État des arrêtés d'approbation de la convention des spécialistes et de celle des généralistes concluent toutes les deux le 12 mars 1997⁷³⁷. Un règlement conventionnel minimal édictée par l'État et approuvé par un arrêté du 13 novembre 1998 a dû alors être établi pour les spécialistes afin de suppléer à

⁷³³ Deux démarches sont entreprises : la formation continue des praticiens et la mise en œuvre de programmes d'action.

⁷³⁴ AM Broca, "la convention médicale après les ordonnances", Dr.soc.1996 814.

⁷³⁵ Le président de la République dans son rapport considère qu'elle "ouvre la voie d'une politique de santé, engage l'effort d'adaptation de l'offre de soins libérale, poursuit la mise en place des instruments de la maîtrise médicalisée et clarifie les responsabilités des acteurs de notre système de soins et sécurité sociale".

⁷³⁶ Ce règlement fixe les tarifs et les sanctions en cas de dépassement de l'objectif

⁷³⁷ Pour la convention des médecins spécialistes : CE 26 juin 1998, Confédération des syndicats médicaux français, L'annulation est justifiée pour le Conseil d'État en raison de l'absence de représentativité de la seule organisation syndicale signataire du texte. Pour la convention des médecins généralistes : CE 3 juillet 1998, syndicat des médecins de l'Ain. Les deux décisions sont publiées dans la revue JCP (semaine juridique)

l'absence de convention médicale⁷³⁸. Depuis, la voie conventionnelle n'a plus été utilisée⁷³⁹. Pour les généralistes, une nouvelle convention nationale a été en revanche conclue le 26 novembre 1998 et elle a été approuvée par un arrêté du 4 décembre 1998.

Sous-paragraphe 2 - le dispositif en Nouvelle-Calédonie

C'est à peu près dans les mêmes années, que l'on retrouve, comme en métropole, une volonté affichée des pouvoirs publics de maîtriser les dépenses de santé. La délibération du 11 août 1994 a en effet pour double objectif la promotion de la santé et la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé. En revanche, contrairement à la métropole les résultats pour l'assurance maladie n'ont pas toujours été négatifs et le déficit reste encore relativement faible⁷⁴⁰. Remarquons qu'en 2003, le résultat est de nouveau positif.

La convention médicale s'applique en Nouvelle Calédonie à l'ensemble des praticiens, sans qu'une différence soit établie entre les généralistes et les spécialistes⁷⁴¹. Mais c'est une autre différence qui marque la spécificité du système conventionnel en Nouvelle-Calédonie. Alors qu'en métropole, les conventions nationales sont applicables aux médecins dès qu'ils ont déclaré y adhérer⁷⁴², en Nouvelle-Calédonie, le conventionnement dépend de critères géographiques⁷⁴³. L'adhésion est en effet soumise à un régime différent selon que le médecin souhaite exercer son activité dans les communes du Grand Nouméa (Nouméa, Mont-Dore, Païta, Dumbéa) ou dans les autres communes. Depuis 1994, le nombre de professionnels libéraux de la santé est régulé dans les quatre

⁷³⁸ Certaines dispositions de cet arrêté ont été encore une fois annulées par le Conseil d'État, CE, 28 juillet 1999, syndicats des médecins libéraux, Juris-Data n°1999-051095

⁷³⁹ C'est l'arrêté du 22 septembre 2003 portant approbation du règlement qui régit leurs rapports avec les caisses de sécurité sociale.

⁷⁴⁰ Rapport d'activité exercice 2002 C.A.F.A.T. (différence entre les charges et les ressources) : **1999** : - 0,631, **2000** : + 0,893, **2001** : + 0,639, **2002** : -0,639, **2003** : + 2,537 (chiffres clés C.A.F.A.T. 2003)

En Métropole (Commission des comptes de la sécurité sociale, les comptes de la sécurité sociale résultats 2002, mai 2003) : **2001** : - 2,1, **2002** : - 6,1, **2003** : - 11,1

⁷⁴¹ Art.51 de la convention médicale, "la convention est applicable à l'ensemble des praticiens figurant sur la liste fixée en annexe de l'article 5". Ils disposent d'un délai de un mois à compter de la date de transmission du texte de la convention pour faire connaître à la C.A.F.A.T. leur décision de ne pas exercer sous le régime de cette convention.

⁷⁴² La déclaration doit se faire à la caisse primaire d'assurance maladie du lieu d'exercice.

⁷⁴³ Cela existe en Allemagne et en Belgique. La caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés avait avancé cette idée dans son plan stratégique de 1999, mais elle avait été rejetée par le corps médical.

communes du Grand Nouméa alors que dans les autres communes, l'accès au conventionnement demeure libre.

Un système de régulation pour l'accès au conventionnement avait été mis en place pour trois ans par la délibération du 18 octobre 1996⁷⁴⁴. L'accès au conventionnement a été subordonné à plusieurs critères comme les besoins de santé des habitants de ces communes, les capacités financières des organismes de sécurité sociale, la nécessité de mieux répartir les professionnels de santé sur le territoire "dans la démarche de rééquilibrage prévue par la loi du 9 novembre 1988". La première loi du pays adoptée par le congrès avait reconduit ce dispositif pour deux ans à compter du 12 novembre 1999.

Le nouveau dispositif de régulation instauré par la loi du pays du 7 novembre 2001 subordonne toujours l'accès au conventionnement dans les communes du grand Nouméa au respect des trois critères suivants : Les besoins de santé des habitants de ces communes, l'équilibre financier des organismes de protection sociale, une meilleure répartition géographique de l'offre de soins en Nouvelle-Calédonie. Deux innovations ont toutefois été introduites par rapport au dispositif antérieur : les besoins de la population et l'offre des soins sont appréciés non plus sur l'ensemble du "Grand Nouméa, mais sur chacune des quatre communes. Surtout, une priorité a été instituée en faveur des professionnels de la santé en attente de conventionnement s'ils ont exercé pendant quatre ans en Nouvelle-Calédonie en dehors du Grand Nouméa à titre privé ou public, ou alors s'ils ont travaillé pendant quatre ans en qualité d'assistant hospitaliers dans les établissements publics situés en Nouvelle-Calédonie, ou encore s'ils ont exercé pendant quatre ans dans une association de réponse aux urgences médicales agréée par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Cette ouverture n'est pas négligeable sachant qu'au 31 décembre 2000, les listes d'attentes comprenaient 31 médecins généralistes et 40 médecins spécialistes⁷⁴⁵. Pour autant, cet assouplissement n'a pas suffi à enrayer l'augmentation du nombre des demandes puisqu'au 24 octobre 2002 on comptait 57 médecins généralistes et 60 médecins spécialistes⁷⁴⁶.

L'adhésion est valable pour toute la durée de la convention, mais tout médecin exerçant sous le régime conventionnel peut sortir du champ d'application de la convention après en avoir informé la C.A.F.A.T.. L'adhésion au régime conventionnel sous entend un choix mûrement réfléchi du médecin quant aux avantages et aux inconvénients imposés par l'adhésion à la convention. Le Conseil d'État a toujours d'ailleurs admis la légalité des dispositions

⁷⁴⁴ Délibération n°121/CP

⁷⁴⁵ Rapport d'activité C.A.F.A.T. exercice 2002 p. 185.

⁷⁴⁶ Au 31 octobre 2002, on compte 357 médecins conventionnés dans le grand Nouméa et 77 hors du grand Nouméa, rapport d'activité C.A.F.A.T. exercice 2002.

contraignantes contenues dans la convention médicale en relevant que le médecin demeure "en droit tout au moins", libre d'adhérer ou non au régime conventionnel⁷⁴⁷.

Mais dans les faits, cette liberté d'exercer en dehors du cadre conventionnel ne peut réellement s'exercer en métropole que dans une région qui s'y prête, comme des régions touristiques notamment le sud de la France et la région parisienne puisque ces régions proposent une clientèle susceptible de régler des honoraires importants et pouvant se passer de toute protection sociale ou se contenter d'un remboursement sur la base d'un tarif d'autorité fixé par arrêté ministériel (art. 162-5-10 CSS). En Nouvelle-Calédonie, c'est évidemment à Nouméa que l'on trouve ce type de clientèle. Mais pour autant, le choix de ne pas adhérer à la convention médicale reste pratiquement impossible pour le jeune médecin libéral qui s'installe dans le Grand Nouméa. Dans un premier temps, il lui faudra sans doute exercer en dehors des communes du Grand Nouméa. On en vient alors à se demander si au lieu de maintenir l'idée de la liberté d'adhésion, il ne serait pas plus exact de la qualifier de nécessaire si ce n'est d'obligatoire pour conserver ou acquérir une clientèle ?

§ 2 - Régime juridique de la convention médicale

La qualité des parties signataires doit d'abord être précisée avant que la nature juridique de la convention ne soit clarifiée.

Sous-paragraphe 1 - Les parties signataires

L'article 20 de la délibération de 1994 précise que les conventions médicales font l'objet d'une négociation entre l'ensemble des organismes de protection sociale d'une part, et chacune des organisations représentatives des professions de santé d'autre part⁷⁴⁸.

Contrairement à la Métropole, on ne trouve pas plusieurs organismes d'assurance maladie en Nouvelle-Calédonie mais une caisse qui gère à elle seule toutes les branches de la sécurité sociale. Il s'agit de la C.A.F.A.T. (la caisse de compensation des prestations familiales des accidents du travail et de prévoyance des travailleurs de la Nouvelle-Calédonie) qui a été créée par un arrêté du 26 décembre 1958 (depuis abrogé). Aujourd'hui, ses règles de fonctionnement font l'objet du titre IV de la loi du pays du 11 janvier 2002 relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie. Aux termes de l'article 104, la C.A.F.A.T. fonctionne "selon le cadre défini par la loi du 1^{er} avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels"(depuis abrogée en

⁷⁴⁷ CE 17 nov.1976, Rec.CE p 107, CE 17 déc.1993, Rec.CE p. 290.

⁷⁴⁸ Art. 20 de la délibération du 4 août 1994

métropole). Est-ce à dire que la C.A.F.A.T. ne se situe pas dans le cadre de l'assurance sociale mais dans celui de la mutualité ? L'ambiguïté de cette phrase peut être levée en faisant une comparaison avec les organismes métropolitains de base. En application de l'article L 216-1 du code de la sécurité sociale, "les caisses sont constituées et fonctionnent conformément aux prescriptions du code de la mutualité, sous réserve des dispositions du présent code et des textes pris pour son application". En partant de cette comparaison, la C.A.F.A.T. devrait se fonder sur les mesures prévues dans la loi du pays du 11 janvier 2002 ainsi que dans tous les textes qui touchent à son organisation, et ce n'est qu'en l'absence de dispositions précises que les règles issues de la loi de 1898 devront s'appliquer. La comparaison avec le système métropolitain aboutit également à considérer la C.A.F.A.T. comme un organisme de droit privé mais qui, selon une formule du Conseil d'État devenue classique, est "chargée de la gestion d'un service public"⁷⁴⁹.

A côté de la C.A.F.A.T. à qui été confiée la conduite du dispositif conventionnel et sa mise en place par la délibération de 1994, on trouve trois organismes de protection sociale, gestionnaires d'un régime de base, il s'agit des Provinces Sud, Nord et Iles au nom de l'aide médicale.

Enfin, les mutuelles, gestionnaires d'un régime complémentaire, sont également parties signataires. La convention médicale du 17 décembre 1997 a en effet été signée par la société mutualiste du commerce, la mutuelles des fonctionnaires et la mutuelle d'entreprise de la société le Nickel (mutuelle S.L.N.).

En face, ce sont les organisations représentatives des professions de santé qui négocient et concluent les conventions. En métropole, cette question de la représentativité a été au cœur du blocage des négociations conventionnelles de 1997. Le Conseil d'État a d'ailleurs jugé par un arrêt du 26 juin 1998 que la convention des spécialistes devait être annulée pour défaut de représentativité du seul syndicat signataire⁷⁵⁰. Par cette décision, le Conseil a montré toute l'importance qu'il attache aux critères de la représentativité syndicale. Elle est rappelons le, un principe général du droit. Ces critères sont les suivants : effectif, indépendance, cotisations, expérience et ancienneté du syndicat. Il faut relever que le critère de l'effectif est prépondérant mais n'est pas exclusif de tout autre.

⁷⁴⁹ Formule du CE à propos des organismes de base

⁷⁵⁰ "La convention nationale des médecins spécialistes a été conclue, du côté des syndicats, uniquement par l'Union collégiale des chirurgiens et spécialistes français. Cette dernière ne pouvait être regardée comme l'une des organisations syndicales les plus représentatives, pour l'ensemble du territoire, de médecins spécialistes", CE 26 juin 1998, Rec.

En Nouvelle-Calédonie, même si le droit du travail relève de la compétence du territoire⁷⁵¹, les critères de représentativité ne sont pas différents⁷⁵².

Il n'existe qu'un seul syndicat représentatif en Nouvelle-Calédonie, le syndicat des médecins libéraux de Nouvelle-Calédonie, partie signataire de la convention médicale.

Les huit parties signataires ont reconduit tacitement cette convention⁷⁵³ jusqu'au retrait en 2002-2003 de la Province Nord, la Province des Iles Loyauté et la Mutuelle des fonctionnaires. Leur retrait aboutit à la remise en question de la validité de la convention médicale. L'article 20 de la délibération de 1994 précise que pour être valables, "les conventions doivent être signées par trois organismes de protection sociale, gestionnaires d'un régime de base dont la C.A.F.A.T. au moins". Or, avec le retrait de deux provinces sur trois, cette condition manque puisque les mutuelles gèrent non pas un régime de base mais un régime complémentaire. Cette situation de blocage a déclenché la mise en place de sept groupes de travail officiellement constitués lors d'une séance publique du congrès consacrée à la réactualisation du plan de maîtrise (6 novembre 2002). Le rapport qui a été remis au gouvernement en octobre 2003 n'est toujours pas consultable.

Sous-paragraphes 2 - Nature juridique

Les conventions médicales constituent à l'évidence un accord de volonté entre les parties signataires et sont qualifiées par le Conseil d'État de contrats administratifs⁷⁵⁴. A ce titre celles-ci comportent des droits et des obligations liant les professionnels qui y ont adhéré. Ces conventions une fois approuvées par la puissance publique (par une délibération du congrès de Nouvelle-Calédonie ou en arrêté ministériel) ont un caractère réglementaire⁷⁵⁵.

⁷⁵¹ La loi du 6 septembre 1984 portant statut de la Nouvelle-Calédonie a réaffirmé la compétence du territoire en matière de droit du travail sous réserve des "principes directeurs" fixés par l'État. On les trouve cités dans l'ordonnance du 13 décembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation de l'inspection du travail et du tribunal du travail. Le transfert de compétence résulte de la loi organique du 19 mars 1999 puisque désormais, les principes fondamentaux du droit du travail (qui sont les principes directeurs) ne relèvent plus de la compétence de l'État. Un code du travail calédonien est en cours d'élaboration.

⁷⁵² art.56 ter de l'ordonnance du 13 décembre 1985 : Les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté.

⁷⁵³ Convention médicale reconduite tacitement et approuvée au J.O.N.C. du 13 juin 2002

⁷⁵⁴ CE 18 oct.1974, Rec. CE p 495, CE 18 fév.1977 (Hervouët), Rec. CE p 100

⁷⁵⁵ Le Conseil constitutionnel a pris cette position au sujet des conventions nationales conclues entre les organismes nationaux d'assurance maladie et les organisations syndicales nationales, lorsqu'elles ont été approuvées par la puissance publique, en

Il est vrai que la jurisprudence préserve le caractère contractuel de la négociation en veillant notamment à l'application des dispositions qui déterminent les parties appelées à la négociation. Un arrêté d'approbation sera ainsi annulé si la convention est conclue par une seule organisation alors qu'elle doit être signée par une organisation représentative de spécialistes et une organisation représentative de généralistes⁷⁵⁶. Mais pour autant, comme l'a souligné Xavier Prétot, "la convention ne débouche plus sur un véritable contrat, mais sur un acte qui tire sa force de la sanction des pouvoirs publics"⁷⁵⁷.

Plusieurs illustrations permettent de le vérifier. Tout d'abord, les conventions s'appliquent, une fois approuvées par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie ou par un arrêté ministériel, à des organismes non-signataires : le principe de l'effet relatif du contrat trouve donc ici une importante limitation. En outre, le Conseil d'État a ces dernières années reconnu plus volontiers un caractère purement réglementaire à l'acte issu de la négociation. On en a un aperçu avec une décision du 17 mars 1997 relative à l'examen d'un avenant à la convention nationale des médecins. Le Conseil d'État a considéré que la convention pouvait être modifiée par voie d'avenant dès lors qu'il a été signé par deux organisations représentatives sans qu'il y ait lieu d'exiger que celles-ci aient figuré au nombre des organisations signataires initiales⁷⁵⁸. La logique contractuelle s'en trouve fortement affaiblie. Depuis cet arrêt, le Conseil d'État a toujours admis que le mécanisme conventionnel est en réalité un mode d'exercice du pouvoir réglementaire général d'application des lois. On en déduit que les conventions médicales sont des actes réglementaires négociés ou à élaboration concertée⁷⁵⁹.

Le caractère réglementaire de l'acte impose une question : la convention serait-elle divisible ? Un acte administratif unilatéral peut être frappé d'annulation partielle à la différence d'un contrat qui lui bénéficie du principe d'indivisibilité de ses clauses. Pour la première fois, le Conseil d'État a estimé dans sa décision du 3 juillet 1998 qu'il

l'occurrence un arrêté interministériel, décision du 22 janv.1990, Rec.Cons.const. p 33. « Une convention médicale ne peut entrer en vigueur que si elle est approuvée par un arrêté ministériel, acte qui a pour effet de "conférer une valeur réglementaire aux stipulations de la convention", selon les termes du juge constitutionnel".

⁷⁵⁶ Confédération des syndicats médicaux français, CE 10 juill.1992, Leb.p 294 et 3 juin 1994, syndicat es médecins libéraux, RJS 8-9/94 n°1042

⁷⁵⁷ X. Prétot, "L'évolution du régime juridique des conventions médicales", D 1997 chro. P 845

⁷⁵⁸ CE, 17 mars 1997, syndicat des médecins d'Aix et région, Fédération française des médecins généraliste-MG France, RJS 5/97 n°595

⁷⁵⁹ En ces sens, R. Chapus, Droit administratif général, n°658 et X.Prétot, "l'évolution du régime juridique des conventions médicales", D 1997 chro. p. 845.

était possible que la convention fasse l'objet d'une annulation seulement partielle⁷⁶⁰.

Les conventions étant des contrats administratifs, elles relèvent des juridictions de l'ordre administratif⁷⁶¹. L'arrêté d'approbation comme la délibération du congrès étant des actes réglementaires détachables de la convention, ils peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par toute personne ayant intérêt à son annulation, même une organisation non-signataire. En cas d'annulation, la convention sera privée de toute force exécutoire, avec effet rétroactif à la date de l'arrêté annulé ou de la délibération annulée. Elle entraîne de ce fait, l'annulation des sanctions prises sur le fondement de la convention puisque celles-ci n'ont plus de base légale.

SECTION 2

LES DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES ENVISAGEES POUR MAITRISER LES DEPENSES DE SANTE

L'article 30 de la délibération n°490 stipule que la convention conclue avec les médecins détermine notamment "les mécanismes de maîtrise des dépenses médicales" (4°). Il apparaît que les mesures prises s'accompagnent comme en métropole d'une démarche pédagogique dont la finalité est de faire évoluer les comportements dans une recherche constante d'amélioration de la qualité du système de soins. Pour autant, la Nouvelle-Calédonie connaît une situation de blocage suite au retrait de trois signataires à la convention. Ce blocage qui a commencé à apparaître en métropole à partir de 1991 ne manifeste-t-il pas d'une certaine façon la crise du système conventionnel ?

§ 1 - Des mesures dont certaines transposent des dispositions déjà adoptées en métropole et d'autres plus originales qui sont spécifiques à la Nouvelle-Calédonie

Les obligations comme les sanctions en cas de non-respect des règles conventionnelles sont minutieusement décrites.

⁷⁶⁰ CE 3 juillet 1998, JCP G 1999, II, 10140

⁷⁶¹ CE sect, 18 oct.1974, rec.CE 496, AJDA 1974 535.

Sous-paragraphe 1 - les obligations conventionnelles

En premier lieu, c'est un encadrement financier de la dépense qui est envisagé. La contrainte financière se traduit par la fixation de tarifs (figurant dans l'annexe) qui ne peuvent être dépassés par les médecins et par la cotation des actes médicaux. Ces derniers sont cotés conformément à la Nomenclature arrêtée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (art. 71 de la loi de pays du 11 janvier 2002). Les actes professionnels sont ainsi remboursés suivant la valeur de lettres-clés⁷⁶² fixées soit conventionnellement soit réglementairement⁷⁶³. Aucune différence n'est établie dans la convention médicale selon qu'il s'agit de l'assurance sociale ou de l'aide sociale. Ce n'est qu'en l'absence d'accord, précise l'article 2 de la convention, entre une Province et le syndicat signataire que la Province fixera elle-même "les règles d'accès et les conditions de prise en charge par les professionnels de santé libéraux de ses ressortissants de l'aide sociale" Le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a pourtant considéré que la Province Nord était compétente pour fixer la cotation des actes lorsque les prestations sont effectuées au bénéfice de titulaires de l'aide sociale alors même que celle-ci était encore signataire de la convention médicale⁷⁶⁴.

La contrainte financière se manifeste également lors du remboursement des médicaments. L'article 14 de la convention dispose que doit notamment être fixée "la liste de médicaments les moins chers à même principe actif"⁷⁶⁵. Les spécialités pharmaceutiques sont uniquement remboursées sur la base de ces médicaments dont la liste figure dans une annexe⁷⁶⁶. C'est pourquoi, il a été prévu que les pharmaciens devaient obligatoirement tenir à la disposition des usagers ces médicaments les moins chers (art.22-3)⁷⁶⁷.

La maîtrise n'est pas seulement comptable, elle comporte des instruments permettant aux professionnels de préserver et adapter la

⁷⁶² Les actes remboursés sont désignés par des symboles composés, soit de lettres, dites "lettres-clés", soit de lettres affectées de coefficients chiffrés.

⁷⁶³ L'article 11-3 de la convention médicale dispose que "les cotisations en vigueur en métropole sont applicables".

⁷⁶⁴ Décision du 9 octobre 2003, syndicat des médecins de Nouvelle-Calédonie, n°02-0767, inédit. L'assemblée de la Province Nord avait arrêté la valeur des lettres clefs applicable aux remboursements des actes de soins médicaux et paramédicaux par une délibération n°156 du 3 septembre 2003.

⁷⁶⁵ "On entend par principe actif une substance qui est réputée posséder des propriétés curatives ou préventives à l'égard d'une ou de plusieurs pathologies" art.22-1.

⁷⁶⁶ En métropole, les médicaments ne peuvent être remboursés que s'ils figurent sur une liste des médicaments remboursables établie par arrêté ministériel (art. L 162-17 et R 163-2 du code de la sécurité sociale).

⁷⁶⁷ En métropole, la loi de finance pour 1999 a instauré le droit pour les pharmaciens de substituer les médicaments prescrits par des médicaments génériques.

qualité des soins aux besoins sanitaires de la population. L'article 17 de la convention vise les références médicales opposables (R.M.O.). Il s'agit "d'une norme déterminant la bonne pratique professionnelle dans des cas bien définis"⁷⁶⁸. Par exemple lors d'examen préopératoires, de diagnostic et de surveillance d'une grossesse... Celles-ci sont assorties de sanctions individuelles allant de pénalités financières au déconventionnement.

En métropole, ce dispositif a été mis en place par la loi du 4 janvier 1993 (loi Teulade). Le support juridique des R.M.O. a ensuite été conforté par l'ordonnance du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de santé. Mais avec la crise du système conventionnel et l'annulation des sanctions par le Conseil d'État en 1999, la portée a été sensiblement réduite⁷⁶⁹.

En Nouvelle-Calédonie, la convention médicale précise que "des références médicales nationales peuvent être adaptées et que des références médicales locales pourront être élaborées compte tenu de la situation sanitaire particulière du territoire" (art. 17-2). Les références nationales élaborées à partir des données de l'AMM (autorisation de mise sur le marché) ont été adoptées. Une liste de références médicales opposables pour certains thèmes médicaux a été fixée en annexe (art.23).

C'est également cet objectif de qualité des soins qui a conduit à la mise en place du "médecin référent". Aux termes de l'article 25 de la convention ce dispositif "a pour objet d'apporter une contribution déterminante à l'amélioration de la qualité des soins dans le cadre d'une maîtrise médicalisée des dépenses de santé". Cela permet à un patient de confier au médecin de son choix la coordination de ses traitements. En métropole, les partenaires sociaux avaient également introduit cette notion en 1997 par un avenant à la convention nationale des généralistes, mais il ne s'agissait que d'une option qui n'a connu

⁷⁶⁸ J.J. Dupeyroux et R.Ruellan, *"Droit de la sécurité sociale"*, Précis Dalloz n°335. A l'origine, on trouve des recommandations de bonnes pratiques qui se sont développées sous l'égide de l'ANDEM (Agence du médicament), devenue l'A.F.S.S.A.P.S. puis de l'A.N.A.E.S. Elles étaient élaborées par des collègues d'expert et fondées sur des consensus scientifiques et professionnels. Ces recommandations qui n'avaient qu'une valeur indicative permettaient de compenser en partie l'isolement du médecin dans son cabinet et l'emprise des firmes pharmaceutiques sur l'information médicale.

⁷⁶⁹ Toutefois, plusieurs tentatives ont été faites afin de réactiver une démarche pédagogique. Les accords de bon usage de soins en 2000, l'autorisation donnée en 2002 aux médecins de prescrire les médicaments selon leur "dénomination commune internationale" (le choix médical est fait sur une molécule plus que sur une marque commerciale), l'évaluation des pratiques professionnelles (organisée par un décret de décembre 1999 et expérimentée dans quelques régions en 2002).

que des résultats modestes⁷⁷⁰. Il a été de nouveau mis en avant avec la loi du 13 août 2004 sur l'assurance maladie.

L'adhésion et le concours des professionnels de santé sont indispensables pour mettre en œuvre les instruments de la maîtrise des dépenses de santé. Pour les favoriser des structures de concertations ont été créées. On y trouve le comité médical paritaire, organe technique composé des seuls médecins (art.32) et la commission conventionnelle paritaire composée de représentant des organismes de protection sociale et de médecins libéraux (art.33). C'est cette dernière qui doit s'efforcer de régler toute difficulté concernant l'application de la convention. C'est cette même commission qui "peut définir des références médicales locales" (art.33-2). Quant au suivi du dispositif il a été confié au comité technique de gestion du risque.

Sous-paragraphe 2 - les sanctions conventionnelles

Lorsqu'un médecin ne respecte pas dans sa pratique les dispositions conventionnelles, il peut encourir des sanctions. Celles-ci sont précisées à l'article 42 de la convention. Sont citées ; la suspension de la participation de la C.A.F.A.T. au financement de ses cotisations sociales (un mois, 3 mois, 6 mois, un an selon l'importance des griefs), la suspension du conventionnement avec ou sans sursis (un mois, 3 mois, 6 mois, un an suivant l'importance des griefs) et le déconventionnement. La mise hors convention est une sanction très sévère pour le médecin car elle risque d'entraîner une désertion de la clientèle et une baisse d'activité conséquente.

Les cas dans lesquels de telles sanctions peuvent être prononcées sont ensuite minutieusement décrits. Sont visés d'une part, les "manquements répétés aux règles conventionnelles à caractère purement administratif ou financier" (art.42-2 A). Par exemple le non-respect des tarifs opposables, le non-respect des dispositions générales de la Nomenclature des actes professionnels ou encore des fausses facturations (art.42-2 A). Sont concernés d'autre part, les "manquements aux règles conventionnelles à caractère essentiellement médical" (art.42-2 B). Par exemple le non-respect des R.M.O. (art. 42-2 B).

La procédure est également différente selon qu'il s'agit de manquements conventionnels relevant de la première catégorie ou de la seconde.

En cas de manquements appartenant à la première catégorie, les organismes de protection sociale peuvent appliquer l'une des sanctions prévues après avoir communiqué leurs constatations au

⁷⁷⁰ N.Destais, "le système de santé, organisation et régulation", LGDJ systèmes 2003 p 58.

médecin concerné (qui dispose d'un délai d'un mois pour faire des observations). C'est la C.A.F.A.T. qui lui notifie la décision.

En cas de manquements appartenant à la seconde catégorie, la procédure est plus lourde. Les constatations des parties intéressées sont dans un premier temps soumises à l'examen du comité médical paritaire. Dans le mois qui suit sa saisie, celui-ci doit communiquer au médecin les motifs de la plainte. Si après une période de deux mois à l'issue des délais précédents, les organismes de protection sociale constatent que le médecin persiste dans son attitude, ils peuvent après l'avis du Comité médical paritaire décider d'appliquer l'une des trois sanctions conventionnelles⁷⁷¹. La décision est encore une fois notifiée par la C.A.F.A.T. à l'intéressé. Le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la validité d'une procédure ayant conduit au déconventionnement d'un médecin. La décision du retrait définitif avait été prise par le comité technique de gestion du risque. Pour le tribunal administratif la décision devait être annulée au motif "qu'aucun texte ne lui a donné compétence pour statuer sur les rapports établis par voie de convention"⁷⁷².

Les signataires de la convention se sont également intéressés à l'effet d'une condamnation pénale du praticien pour fraude ou escroquerie à l'encontre de la sécurité sociale. L'effet de la condamnation est direct puisqu'en cas de condamnation définitive "les organismes de protection sociale notifient au médecin leur décision de le placer hors convention" (art.44). En métropole en revanche, il a été jugé que celle-ci ne peut entraîner de facto sa mise hors convention, les organismes de sécurité sociale devant engager la procédure de mise hors convention dans les conditions habituelles⁷⁷³.

Les sanctions prises à l'égard des médecins peuvent donner lieu à un recours contentieux. En métropole, la loi du 10 juillet 1975 a confié aux juridictions de l'ordre administratif le contentieux des litiges nés des mesures de mise hors convention. Mais l'ordonnance du 24 avril 1996 a transféré ce contentieux au tribunal des affaires de sécurité sociale. Ce transfert a été mis en échec par une décision du Tribunal des conflits rendue le 20 octobre 1997 qui a jugé illégal le transfert de compétence au profit du TASS⁷⁷⁴. Plusieurs décisions

⁷⁷¹ On retrouve ici la procédure applicable en métropole pour le R.M.O.. Les manquements aux R.M.O. ont été ainsi soumis à l'examen des instances conventionnelles locales (le comité médical paritaire local et le comité médical régional)

⁷⁷² TA NC 19 mars 2003, A.Marquant n°03-0051, inédit.

⁷⁷³ CE 1^{er} déc.1997, CPAM de la Gironde, TPS 1998 n°95

⁷⁷⁴ TC 20 oct.1997, M.Albet c/CPAM de l'Aude, JCP G 1998 II 10012

ultérieures sont venues confirmer la compétence des juridictions administratives⁷⁷⁵.

En 2003, le juge des référés du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a été saisi pour la première fois par un médecin généraliste qui contestait la mesure de suspension définitive de son conventionnement. Le juge des référés s'est déclaré incompétent dans une ordonnance du 4 juin 2003. Dans une décision du 13 octobre 2003, le Conseil d'État reprend sa dernière jurisprudence⁷⁷⁶. Pour celui-ci en effet alors même que les rapports entre les organismes de sécurité sociale -personnes morales de droit privé- et les médecins, sont en principe des rapports de droit privé, "les litiges se rattachant à l'exercice de prérogatives de puissance publique dont ces organismes sont dotés en vue de l'accomplissement de leurs missions de service public, relèvent de la juridiction administrative".

Lorsque le juge est saisi d'un recours, le juge administratif doit apprécier la régularité de la procédure telle qu'elle est définie au sein de la convention et vérifier la motivation de la mesure. Si la mise hors convention est annulée par le juge administratif, il existe une possibilité d'un recours en responsabilité aux fins d'indemnisation du préjudice résultant d'une mesure illégale.

§ 2 - la crise du système conventionnel ?

Le retrait de plusieurs organismes de protection sociale a entraîné une situation de blocage puisque la convention médicale, faute de remplir les conditions de validité (trois organismes de protection sociale signataires qui gèrent un régime de base), ne peut plus produire d'effets.

De ce point de vue, la Nouvelle-Calédonie se rapproche de la métropole qui connaît des situations de blocage depuis les années 1990 : recours croissant au contentieux de la part des syndicats médicaux, invalidation par le Conseil d'État des deux conventions de 1997, annulation de stipulations importantes contenues dans la convention des généralistes d'octobre 1998, les médecins spécialistes ne disposent plus depuis 1998 de convention. 1999 et 2000 sont les dernières années récentes où le gouvernement tente encore d'imposer une régulation autoritaire aux professions de santé. Nous avons vu que le bilan des mesures prises dans ces années là s'avère très décevant. Les dépenses de santé ont augmenté deux à trois fois plus vite que les objectifs votés par le Parlement. Face à ces résultats, le gouvernement réunit régulièrement les acteurs du système de santé⁷⁷⁷ mais sans

⁷⁷⁵ Cass.soc.14 oct.1999, JCP G 2000 IV n°2964

⁷⁷⁶ C.E., 13 octobre 2003, M.Marquant n°257718, inédit

⁷⁷⁷ États généraux de la santé en 1999, "Grenelle de la santé" en juillet 2001

parvenir à trouver les moyens permettant de mettre en place une réforme qui enrailerait l'augmentation des dépenses de santé.

Une autre voie a été recherchée en 2002-2003. Il s'agissait de parvenir au renouvellement des liens contractuels. La loi du 6 mars 2002 relative aux rapports conventionnels entre les professions de santé libérales et l'assurance maladie a ainsi entrepris de réactiver certains types d'engagements comme "les accords de bon usage de soins", les "contrats de bonne pratique" ou les "contrats de santé publique". L'avenant conclu le 29 janvier 2002 à la convention médicale des médecins généralistes offrait une revalorisation de leur revenu par le biais de forfaits spécifiques liés à certains services⁷⁷⁸. Toutefois ce texte a déclenché de vives oppositions dans le milieu médical et dans le but d'éviter de nouveau le blocage, la consultation des généralistes a été fixée à 20 euros par un accord du 5 juin 2002. A l'automne 2002, le nouveau ministre de la santé, Jean-François Mattei, annonce l'échec de toute politique de maîtrise comptable. Dans son rapport de 2003, la Cour des comptes met en évidence le fait que les deux tiers de cette augmentation s'expliquent par des décisions politiques : mise en place des 35 heures à l'hôpital, augmentation des honoraires pour les médecins généralistes⁷⁷⁹.

Une réforme de l'assurance maladie était devenue inévitable. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2004 a simplement prévu une série de hausses des recettes (hausse des taxes sur le tabac) et des baisses de la prise en charge (réduction de la prise en charge de certains médicaments). Le Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie a recommandé la même année une hausse limitée des recettes, quelques baisses de remboursement, mais surtout une amélioration de l'effectivité du système (des responsabilités clairement définies, un meilleur chaînage des soins). La réforme voit finalement le jour avec la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie. Un effort financier est encore une fois réclamé aux usagers avec la hausse du forfait hospitalier, la contribution d'un euro par consultation et l'augmentation de la contribution sociale généralisée, aux entreprises par la contribution sociale sur les sociétés et l'État qui versera à l'assurance maladie un milliard d'euros provenant des droits de consommation sur les tabacs qu'il détient désormais. Cette réforme marque aussi la volonté de faire adhérer les professionnels : suppression du règlement conventionnel minimal, instauration d'une procédure d'arbitrage en cas de désaccord entre les caisses et les professionnels de santé.

⁷⁷⁸ consultation annuelle approfondie pour les patients atteints d'affections de longue durée, suivi à domicile de patients handicapés, actes techniques d'urgence...

⁷⁷⁹ Le déficit de l'assurance-maladie s'élevait à 2,1 milliard d'euros en 2001, 6,1 en 2002, 10,6 en 2003 et 11 milliards en 2004 (les comptes de la sécurité sociale, rapport 2004)

L'enjeu de la maîtrise des dépenses qui est de plus en plus prégnant a mis au jour l'incohérence d'un système de santé combinant un degré très élevé de liberté pour les médecins comme pour les patients avec une prise en charge collective de la dépense. Faut-il croire encore au système conventionnel ou revenir à des mesures plus autoritaires des pouvoirs publics ? En Nouvelle-Calédonie les négociations entre les organismes de protection sociale et le syndicat des médecins libéraux sont toujours en cours. En cas de nouvel échec, se pourrait-il que le congrès soit amené à imposer un certain nombre de mesures ?

DEUXIÈME PARTIE

STATUT ET EXERCICE
DE LA PROFESSION DE MÉDECIN

TITRE 1

LE STATUT DE LA PROFESSION

Il n'existe pas en France de texte fondant un statut unique. Ni en Nouvelle-Calédonie de document synthétique analogue à la délibération de 2003 sur l'exercice de la profession de sage-femme⁷⁸⁰. En effet, le statut et l'exercice de la profession de médecin est une matière ample, complexe ...et très morcelée. Les médecins ont l'habitude de distinguer parmi eux généralistes et spécialistes. Ainsi, sur le Territoire, au 31 décembre 1998, on dénombrait 195 médecins généralistes en exercice et 195 médecins spécialistes. Mais cette bipartition n'occupe pas une place très importante au plan du droit (quoique certaines spécialités, comme la psychiatrie, aient donné naissance à un foisonnement de règles spécifiques).

Juridiquement, il faut, avant tout, commencer par distinguer la médecine privée et la médecine publique (principalement hospitalière).

⁷⁸⁰ Délibération n° 375 du 7 mai 2003 sur l'exercice de la profession de sage-femme (J.O.N.C., 20 mai 2003, p. 2323.

CHAPITRE 1

LE STATUT PRIVE

(A. Leca, Th. Granier)

Il s'agit de deux types très différents : le statut du médecin libéral et celui du médecin salarié.

SECTION 1

LE MEDECIN LIBERAL

(A. Leca, Th. Granier)

Celui-ci peut exercer à titre individuel ou collectif.

§. 1 - L'exercice individuel - ou exercice en clientèle⁷⁸¹ privé (A. Leca)

L'exercice libéral s'opère couramment en cabinet (Sous-paragraphes 1). Mais le médecin libéral peut également exercer en clinique privée (Sous-paragraphes 2).

Sous-paragraphes 1 - L'exercice libéral en cabinet

La médecine libérale s'exerce ordinairement en cabinet. D'ailleurs l'exercice de la médecine foraine (l'exercice habituel et organisé hors d'une installation professionnelle régulière), traditionnellement regardée comme incompatible avec la dignité de la profession, est interdit⁷⁸² et disciplinairement sanctionné⁷⁸³. Est

⁷⁸¹ C'est là le terme consacré par l'usage. On a choisi de s'y conformer par souci d'intelligibilité. Mais, d'un point de vue strict, comme la personne soignée n'est pas un "client", on ne devrait pas parler de "clientèle", mais utiliser un autre mot, par exemple celui de "patientèle" (B. Pitcho, *"Le statut juridique du patient"*, Thèse Droit, Montpellier I, 2002, p. 13).

⁷⁸² C.D.M., art. 74.

⁷⁸³ C.E., 9 octobre 1968, Rec., p. 1086 : le fait, par un médecin parisien, de donner des consultations dans une chambre d'hôtel à Toulouse constitue une infraction à l'interdiction d'exercer la médecine foraine, qui est de nature à justifier une sanction disciplinaire.

également prohibé l'exercice de la médecine dans une officine de pharmacie⁷⁸⁴ ou chez un autre professionnel de santé⁷⁸⁵.

Le cabinet médical a été défini comme "le local professionnel où le praticien reçoit habituellement ses malades et donne ses consultations"⁷⁸⁶. Il se caractérise traditionnellement par trois éléments : **le local professionnel, l'ensemble du mobilier et du matériel technique** permettant de recevoir et soigner, la propriété des **fiches de renseignement personnel sur les malades**⁷⁸⁷. Depuis 2000, il faut ajouter un quatrième élément constitutif, la clientèle civile.

Le cabinet médical est une structure de droit civil, ce n'est pas un fonds de commerce (comme peut l'être une officine de pharmacie ou une clinique) et d'ailleurs dans la définition du cabinet, jusqu'en 2000, on ne prenait pas en compte la clientèle à laquelle le médecin dispensait des soins⁷⁸⁸ et il ne faisait pas de doute que la clientèle civile (à l'opposé de la clientèle commerciale) était incessible, hors du commerce⁷⁸⁹. Pour assurer licitement la cession du cabinet médical, l'usage s'était d'ailleurs bien établi de passer par le détour de l'obligation de présentation du successeur à cette clientèle⁷⁹⁰, au motif que céder une clientèle reviendrait à "promettre son concours pour la conservation d'une espérance basée sur le passé" comme le dit une vieille décision⁷⁹¹.

Mais, sous le poids des réalités économiques et devant la vieille insistance de la doctrine⁷⁹² à voir consacrer l'émergence d'un "fonds libéral"⁷⁹³, cette position a été atténuée par la Cour de cassation⁷⁹⁴.

⁷⁸⁴ C.D.M., art. 25 défendant aux médecins de donner des consultations dans les lieux où sont mis en vente les médicaments...

⁷⁸⁵ C.E., 25 juin 1969, Rec., p. 255 sanctionnant l'exercice de la médecine au domicile d'un masseur. L'interdiction de ce type de pratique a pour fondement la prohibition du compéage (C.D.M., art. 23).

⁷⁸⁶ C.E., 5 novembre 1958, Dalloz, 1958, 751, concl. Guldner.

⁷⁸⁷ G. Mémeteau, "*Cours de droit médical*", op. cit., éd. 2001, p. 21.

⁷⁸⁸ C.E., 5 novembre 1958, Rec. p. 528, Dalloz, 1958, 751, concl. Guldner.

⁷⁸⁹ Cass. 1^o civ., 3 juillet 1996, D. 1997, somm. p. 531, note N. Descamps-Dubacle, D. 1997, somm. p. 170, note R. Libchaber.

⁷⁹⁰ G. Mémeteau, "*Cours de droit médical*", op.cit., éd. 2001, p. 21. Mais comme la clientèle n'était pas cessible, l'obligation éventuelle de payer le prix de la présentation n'était pas validée par la jurisprudence (Cass. civ. I, 7 février 1990, Bull. I, n^o 38, p. 29 ; Defrenois 1990, 1018, obs. Aubert).

⁷⁹¹ T. civ. Seine, 25 février 1846 et 17 mars 1846 (DP 1846.III.62, citant la note de Devillepin, Journ. not. 1846, n^o 213, p. 106 ; G. Mémeteau, "*La présentation du droit médical dans la Revue trimestrielle de droit civil*", R.T.D.C., avril-juin 2002, p. 256).

⁷⁹² "Nous avons déjà fait observer qu'il serait beaucoup plus simple d'admettre directement la cession" de clientèle (obs. R. Demogue, R.T.D.C. 1928, p. 156, sous C.A. Paris, 16 novembre 1927, renvoyant à R. Demogue, "*Traité des obligations*", t. II, n^o753).

⁷⁹³ Fr. Vialla, "*L'introduction du fonds libéral en droit positif français*", Litec, coll. Droit de l'entreprise, t.39, 1999.

Désormais la clientèle civile peut constituer l'objet d'un "contrat de cession d'un fonds libéral" à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient, ce qui suppose de maintenir l'obligation de présentation du successeur à la clientèle et, ce qui est nouveau, de déterminer un prix de cession⁷⁹⁵.

En principe un médecin (ou une société civile professionnelle) ne peut avoir qu'un seul cabinet⁷⁹⁶.

Toutefois la création d'un cabinet secondaire⁷⁹⁷, est possible avec l'autorisation de l'Ordre. Il faut pour cela répondre à un besoin de santé publique : l'éloignement du confrère de même spécialité le plus proche et la garantie que la réponse aux urgences, à la qualité et à la continuité des soins soit assurée. L'autorisation est d'ailleurs retirée, lorsque l'installation d'un médecin de même discipline est de nature à satisfaire les besoins des malades. En toutes hypothèses, il n'existe aucun droit au renouvellement de l'autorisation de disposer d'un cabinet secondaire⁷⁹⁸.

Sous-paragraphe 2 - L'exercice libéral en établissement privé

Les cliniques privées représentent en Métropole environ 1600 établissements, réunis pour l'essentiel au sein de la Fédération de l'hospitalisation privée (F.H.P.). En Nouvelle-Calédonie, on dénombre trois établissements, tous localisés à Nouméa⁷⁹⁹.

Le contrat entre le médecin libéral et la clinique, dit contrat ou convention d'exercice (libéral), prévoit les droits et obligations des parties, pour une durée déterminée ou non, tacitement reconductible.

Quant à sa forme, il devrait faire l'objet d'un écrit, car il doit être porté à la connaissance de l'Ordre. S'il est resté verbal et que

⁷⁹⁴ Cass. 1^o civ., 7 novembre 2000, Woessner (98.17.731) par Yvan Auguet, D. cahier dr. aff. 2001, chron. p. 2400, "*La clientèle civile peut constituer l'objet d'un contrat de cession d'un fonds libéral !*"; G. Mémeteau, "*La cession de clientèle médicale*", *Méd. & Droit*, 2001, 48, pp. 1-7; Fr. Vialla, *L'avènement du "fonds libéral"*, JCP 2001, éd. E, suppl. Cahier du Centre de droit de l'entreprise 2001/1, Montpellier, p. 10.

⁷⁹⁵ La clientèle étant mobilière, le juge civil ne pourra pas réévaluer un montant sous-estimé en usant de la lésion (réservée aux ventes immobilières). En revanche le juge disciplinaire pourra abaisser un prix surestimé regardé comme contraire à la confraternité (G. Mémeteau, "*La cession de clientèle médicale*", *Méd. & Droit*, op. cit., p. 4).

⁷⁹⁶ C.D.M., art. 85 al. 1

⁷⁹⁷ C.D.M., art. 85 le définit comme un endroit autre que le cabinet principal où le médecin reçoit en consultation de façon régulière ou habituelle, pour le distinguer des lieux où le praticien peut intervenir occasionnellement pour des raisons de sécurité.

⁷⁹⁸ C.E., 4^o et 6^o sous-sect., 15 juin 2001, Kagan, pourvoi n^o217786. Sur cette question cf. L. Calandra, "*Le cabinet médical secondaire*", Mémoire D.E.A. de droit de la santé, Aix, 2002

⁷⁹⁹ Voir supra : *Paragraphe 2 - Les établissements de santé privés*

survient un litige devant le juge civil, celui-ci admet sa validité, mais alors il s'estime libre d'en interpréter le contenu⁸⁰⁰. Quelques règles s'appliquent, par exemple le contrat verbal est réputé conclu à durée indéterminée. Et il ne permet pas un exercice privilégié ou même le droit de présenter un successeur.

Quant à la durée, il n'y a pas d'autre interdiction que la prohibition générale des engagements perpétuels⁸⁰¹ : d'ailleurs une durée de 25 ans tacitement reconductible par période annuelle n'a pas été jugée illicite⁸⁰².

Le médecin doit à l'établissement une contrepartie financière, la redevance d'honoraires, qui ne tombe pas sous le coup de l'interdiction du partage d'honoraires⁸⁰³ dès lors que "la redevance correspond exclusivement, par sa nature et son coût, à un service rendu au praticien"⁸⁰⁴. En d'autres termes, sa validité est subordonnée à l'effectivité et à l'équivalence des services rendus. On entend interdire par cette dernière exigence une redevance trop élevée qui pourrait dissimuler un apport de clientèle de la clinique au médecin.

Une redevance correspondant aux frais de la clinique et à la mise à disposition des locaux et des moyens nécessaires à l'exercice médical, sans pouvoir excéder 10 % des honoraires est de l'ordre de la normalité⁸⁰⁵.

Le dit contrat doit préserver l'indépendance professionnelle du praticien. Un chirurgien n'est pas tenu de collaborer avec un collègue anesthésiste réanimateur, lui-même lié à la clinique par un contrat d'exercice. L'établissement n'a pas à interférer dans le choix de l'anesthésiste ou le rejet de celui-ci par le chirurgien⁸⁰⁶.

⁸⁰⁰ T. Poitiers, 28 avril 1982, JCP 1983, II, n° 20068.

⁸⁰¹ C. civ., art. 1780.

⁸⁰² Cass. civ., 1^o, 20 mai 2003, Soc. Clinique chirurgicale et obstétricale de Choisy-le-Roi c. Janssen, pourvoi n° 00.17.407, Bull. civ. 2003, I, n° 123 ; D. 2003, IR, p. 1547, *Gaz. Pal.*, Rec. sept.-oct. 2003, p. 3225.

⁸⁰³ Cass., Ass. plén., 28 mai 1976, Bull. Ass. Plén., p. 11, JCP 1977, II, 18535, note R. Savatier, 19 mai 1998, R.D.S.S. 1999, p. 128, obs. G. Mémeteau.

⁸⁰⁴ Cass. 1^o civ., 20 mai 2003, Société Clinique du Grand Large c. Le Grignou, Pourvoi n° 00.21.069 B, *Gaz. Pal.*, Rec., sept.-oct. 2003, p. 3227.

⁸⁰⁵ Cass. 1^o civ., 20 mai 2003, Société Clinique du Grand Large c. Le Grignou, Pourvoi n° 00.21.069 B, *Gaz. Pal.*, Rec., sept.-oct. 2003, p. 3227 qui n'a pas annulé la mise en place par la clinique d'une redevance de recouvrement d'honoraires équivalente à 5,06 % de ceux-ci et surtout d'une redevance d'aide opératoire, fixée à une somme mensuelle forfaitaire calculée d'après les vacations hebdomadaires usuelles, les urgences et dépassements étant facturés à l'heure, au motif que "la redevance due à la clinique n'excédait pas le coût du service".

⁸⁰⁶ Cass., 1^o civ., 26 juin 2001, Clinique Fontvert Avignon Nord c. Tilloy, Req. n° 99.20.086, Bull. n° 192, *Gaz. Pal.*, Rec. 2001-5, sept. oct. 2001, p. 1702, qui a jugé que la clinique n'engageait pas sa responsabilité du fait du refus de deux chirurgiens de collaborer avec un anesthésiste, tous ces praticiens étant liés à l'établissement par un contrat d'exercice)

Ce contrat peut licitement contenir une clause de résiliation unilatérale, mise en œuvre discrétionnairement à l'initiative d'une des parties⁸⁰⁷. La clinique peut parfaitement inclure dans le contrat une clause potestative⁸⁰⁸, stipulant que si elle "cessait d'exister en tant qu'établissement au service des malades et d'hospitalisation, le contrat prendrait fin sans que le contractant puisse exiger d'indemnité"⁸⁰⁹.

Mais, en l'absence d'une telle clause, le médecin peut prétendre à celles-ci, à titre personnel⁸¹⁰. Notamment en cas de rupture abusive. Tel est le cas s'il est mis fin à la convention en l'absence de fautes prouvées.

Le contrat peut ou non comporter une exclusivité. C'est la clause dite *d'exercice exclusif*. Celle-ci comporte deux aspects. Relativement, à l'établissement, celui-ci pourra de la sorte s'appuyer sur un médecin qui lui est exclusivement affecté. En ce qui concerne le dit praticien, celui-ci y puise une garantie de non-concurrence, car la clinique perd alors la possibilité d'autoriser un autre praticien exerçant la même spécialité à venir exercer dans l'établissement⁸¹¹. Elle perd également la possibilité de fusionner avec une autre clinique ayant elle-même signé un contrat *d'exercice exclusif* à moins bien sûr d'en dédommager le médecin ayant pré-contracté avec elle⁸¹². Ce cadre contraignant explique que de telles clauses soient de plus en plus rares⁸¹³. D'autant qu'aujourd'hui, avec la vigueur juridique que revêt le principe du libre choix, une clinique ne peut pas interdire à des médecins de venir exercer chez elle, à la demande d'un patient hébergé dans ses murs qui en aurait fait la demande⁸¹⁴. D'où une

⁸⁰⁷ Cass. 1^o civ., 3 avril 2001 (99.18.442), Rép. Defrénois 2001, note E. Savaux, p. 1048.

⁸⁰⁸ De *potestas*, la puissance ; se dit d'une clause dont la mise en œuvre dépend de la volonté unilatérale d'une seule partie au contrat (N.D.L.A.)

⁸⁰⁹ Cass. 1^o civ., 16 octobre 2001, n^o 00-10-020, Roche et autres c./ Calendrier, R.T.D.C., janv. mars 2002, chr. J. Mestre, B. Fages, pp. 97-98. Cependant le juge a contrôlé la situation de la clinique (qui avait accusé des résultats très déficitaires) afin de ne pas ouvrir la voie à des abus.

⁸¹⁰ A titre personnel. Si le praticien est associé d'un S.E.L., celle-ci ne peut pas obtenir d'indemnité dès lors que l'accord liait seulement le praticien et la clinique (C.A. Lyon, 1^o ch. civ., 8 janvier 2004, RDS-1-37).

⁸¹¹ M. Harichaux, sous C.A. Amiens, 5 novembre 1979, D. 1980, 348, "*Sur l'exclusivité des médecins exerçant dans les établissements d'hospitalisation privée*", J.C.P., 1979, 2950.

⁸¹² Cass. civ. 1^o, 27 avril 2004 (2 arrêts), RDS.1.38. Dans cette fusion, le médecin métropolitain lésé pouvait faire valoir qu'il était en secteur 1 (honoraires conventionnels) et ses confrères en secteur 2 (honoraires libres), la différence de tarif étant de nature à détourner la clientèle vers ceux-ci.

⁸¹³ C. Daver, "*Les clauses d'exclusivité ont-elles encore un avenir dans l'environnement contractuel des contrats d'exercice libéral ?*", R.G.D.M., n^o 12 (2004), pp. 269-270.

⁸¹⁴ Cass. 1^o civ., 6 mai 2003, Société Polyclinique Le Languedoc c. Ponrouch et Rique, pourvoi n^o 01.03.259 P, Gaz. Pal., Rec. sept.-oct. 2003, p. 3276 ; J.C.P. 2003,

version édulcorée de la vieille clause d'exclusivité : c'est la *clause d'exercice privilégié*, autorisant le médecin à exercer dans d'autres structures, mais dans des conditions strictement déterminées par les parties et permettant à la clinique d'accueillir un autre praticien de même spécialité. En toutes hypothèses, si le médecin avec lequel l'établissement de soins a contracté ne respecte pas les conditions conventionnellement arrêtées de son exercice, la clinique peut toujours faire appel à d'autres praticiens. Mais ce choix lui impose d'abord la résiliation du contrat initial. Résiliation aux torts du médecin. Tel est également le cas si l'activité médicale devient trop importante, car le praticien doit prendre toutes décisions nécessaires pour assurer son service sans mettre en péril la sécurité des patients⁸¹⁵. S'il est débordé et qu'il n'a pas réagi pour maîtriser cette situation, la clinique peut lui reprocher une faute.

Le patient qui entre en clinique souscrit ce qu'on appelle un *contrat d'hospitalisation* dit aussi *contrat d'hospitalisation et de soins* (paramédicaux), comportant diverses obligations, à l'exclusion des soins médicaux incombant aux médecins.

S'agissant des soins médicaux, ils relèvent du régime traditionnel de l'obligation de moyens. En l'état actuel de la jurisprudence, la responsabilité de la clinique ne peut être retenue pour des fautes commises dans les soins médicaux que si le médecin a le statut de salarié⁸¹⁶. Si ce n'est pas le cas, il incombe au médecin libéral d'assumer personnellement la responsabilité des soins médicaux.

Pour ce qui a trait aux obligations de la clinique, liées au contrat d'hospitalisation, elles sont de plus en plus souvent des obligations de résultat⁸¹⁷ (actes de soins simples, fourniture de tous les produits tels que les produits sanguins- et appareils nécessaires qui doivent être exempts de vices).

II, 10115. Il faut noter que dans ce cas d'espèce, le refus de la clinique d'admettre le pédiatre demandée par la patiente aurait pu avoir de graves conséquences médicales.

⁸¹⁵ Cass. crim., 10 mai 1984, J.C.P. 1984, 202023, note Dorsner-Dolivet.

⁸¹⁶ Cass. 1^o civ., 26 mai 1999, Soc. Clinique Victor Pauchet de Butler, Bull. civ. I, n^o 175 ; D. 1999, p. 719, note E. Savatier, J.C.P. 1999.II.10112, rapport P. Sargos, R.T.D.C. 1999, p. 634, obs. P. Jourdain. Il est important de noter que lorsque le médecin a le statut de salarié, la responsabilité de la clinique sera une responsabilité contractuelle du fait d'autrui. C

⁸¹⁷ La jurisprudence tend en effet à mettre à la charge de la clinique une obligation générale de sécurité-résultat pour tout ce qui est accessoire à l'hospitalisation (C.A. Paris 1^o, 15 janvier 1999 Bull. 9 avril 1999, n^o 75, p. 8122).

§. 2 - L'exercice en groupement (Th. Granier)

Les professions de santé peuvent s'exercer sous différentes formes. Les membres de ces professions peuvent être salariés ou "libéraux". L'opposition est classique, il faut d'ailleurs noter que ce terme de "libéral" n'est pas véritablement défini par le droit français qui pourtant l'utilise fréquemment⁸¹⁸. On peut observer, incidemment, qu'en droit communautaire on évoque habituellement l'activité non-salariée en parlant des professions dites libérales.

Celui qui accomplit le choix de conduire son activité en étant non-salarié (ou libéral) aura différentes possibilités. Il pourra exercer de façon indépendante et individuelle. Tout en pratiquant de cette manière, il pourra se lier avec des partenaires dans certaines circonstances. Juridiquement, ces relations se matérialiseront par des contrats. Ainsi, il peut être question d'une convention d'exercice conjoint qui peut, par exemple, prévoir la mise en commun des honoraires perçus individuellement par chaque partie. Si on ne va pas jusqu'à ce stade, on peut utiliser un contrat d'exercice à frais communs qui permet de mettre en commun les dépenses effectuées pour le cabinet (matériel, fourniture, salaires...). Dans une autre optique, les professionnels libéraux peuvent passer un contrat dit de collaboration par lequel un praticien met à la disposition d'un confrère les locaux et le matériel nécessaires à l'exercice de la profession ainsi que généralement la clientèle qui y est attachée, moyennant une redevance en pourcentage sur les honoraires encaissés par le collaborateur.

Le regroupement de plusieurs praticiens peut s'effectuer au stade ultime dans le cadre d'une société. La mise en société n'est pas une simple formalité administrative. En effet, elle correspond à la création d'un être nouveau qu'on appelle en droit : la personne morale. Le terme n'est pas anodin. Pour comprendre la situation, il faut se souvenir qu'une personne physique se caractérise par un nom, un domicile, une nationalité et un patrimoine. De la même manière, une personne dite morale, se détermine par un nom (raison sociale), un domicile (le siège social), une nationalité (inscription auprès d'autorités d'un pays) et un patrimoine propre. Dans ces conditions, la décision de mise en société d'une activité correspond à la mise en place d'une entité autonome qui aura un nom, un domicile, éventuellement une nationalité et surtout un patrimoine différent des fondateurs qui vont être qualifiés d'associés. Ce dernier point est

⁸¹⁸ La définition du salarié n'est d'ailleurs pas forcément plus nette. Il se définit comme étant titulaire d'un contrat de travail, c'est-à-dire une convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité au service d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place moyennant rémunération.

fondamental, bon nombre d'échec de sociétés sont dus à sa non prise en compte.

Les professions libérales ont accès à des formes spécifiques. En effet, chacun sait qu'il existe un certain nombre de sociétés qualifiées de commerciales qui sont destinées à faciliter l'insertion d'investisseurs et d'entrepreneurs dans la vie des affaires. A première vue ces formes de société ne pouvaient être accessibles à des professionnels libéraux dans la mesure ou leur activité, en principe, n'est pas de nature commerciale.

De ce fait et dans un premier temps, on a pensé que ces professionnels pouvaient se regrouper dans le cadre de sociétés non commerciales qu'on appelle les sociétés civiles et qui sont connues dans notre droit depuis longtemps, les fondements de leur fonctionnement étant contenus dans le code civil. Puis, pour tenir compte de la particularité de l'activité libérale, le législateur a instauré une catégorie de sociétés civiles destinées à l'activité professionnelle. C'est ainsi que la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles est intervenue. Cette structure juridique est restée longtemps le cadre naturel pour accueillir les groupements de professionnels libéraux (Sous-paragraphe 1).

Mais l'activité libérale dans bon nombre de secteurs a évolué : elle s'est insérée progressivement et de plus en plus dans l'activité économique. Les avocats, par exemple, ont dû faire face à la concurrence de gros cabinets anglo-saxons qui ont une vision totalement commerciale de l'activité. Même dans le secteur de la santé une telle approche n'est pas inconcevable. Ce qui se passe en matière de chirurgie esthétique, par exemple, en témoigne. Le législateur s'est adapté à cette évolution, et en 1990 il a finalement donné la possibilité aux professions libérales d'avoir recours à la forme commerciale et, plus particulièrement, à des sociétés commerciales existantes⁸¹⁹. Toutefois, pour tenir compte de la nature de l'activité dite libérale, il a proposé quelques aménagements aux textes déjà existants. On a parlé de société d'exercice libéral (S.E.L.) qui emprunte suivant le choix aux régimes des sociétés commerciales classiques telles que les S.A.R.L., les S.A., les sociétés en commandite par action et dernièrement les sociétés par actions simplifiée (Sous-paragraphe 2).

⁸¹⁹ Il faut noter, sans toutefois développer ici, que la possibilité d'utiliser les procédés en vigueur en droit des sociétés commerciales par les professions libérales est en train de se renforcer. A titre d'illustration, peut être citée une loi du 11 décembre 2001 (loi MURCEF) qui instaure la possibilité pour les professions libérales de constituer des holdings. Cela signifie que les professionnels libéraux peuvent créer des sociétés dont l'objet est la participation financière dans des sociétés d'exercice libéral. Les pratiques financières, traditionnellement réservées aux sociétés commerciales, sont donc également utilisées dans le secteur libéral.

Sous-paragraphe 1 - Les sociétés civiles professionnelles

Il faut entendre par société civile toutes les sociétés auxquelles le législateur n'attribue pas un autre caractère (notamment commercial) à raison de leur forme, de leur nature ou de leur objet. Cette définition "négative" est contenue dans l'article 1845 du code civil. Plus précisément, ce texte met en place des sociétés qui ont la personnalité morale, qui sont dites à risque illimité (voir infra) et qui sont des sociétés de personnes.

L'exercice d'une profession, notamment libérale, peut avoir pour cadre juridique une société civile, la solution est en effet assez pratique de par les facilités de son mode d'organisation. Le législateur était intervenu dans ce domaine par la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, loi applicable en Nouvelle-Calédonie⁸²⁰. Il s'agit d'une loi cadre dont l'application est subordonnée à un décret propre à chacune des professions. En Métropole, les différents décrets ont été édictés, la question est délicate en Calédonie puisqu'il semble que certains décrets d'application n'ont pas été repris. C'est le cas, par exemple, du décret n° 78-906 du 24 août 1978 qui concerne la profession de chirurgien dentiste⁸²¹. Pour les médecins, c'est le décret n° 77-636 du 14 juin 1977 qui est applicable.

Les fondements de la législation sont donc la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 intégrée aux articles 1845 à 1870-1 du code civil (texte général), la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles et les décrets d'application. Ces dispositions déterminent l'organisation de la société civile en précisant son mode de constitution (1) et son fonctionnement (2).

1 - La constitution de la société civile professionnelle

Un certain nombre de conditions de fond (A) et de forme (B) doivent être respectées.

⁸²⁰ J.O.N.C. du 12 janvier 1973.

⁸²¹ Dans ce type de situation, c'est-à-dire en présence d'un décret d'application d'une loi elle-même applicable en Nouvelle-Calédonie, il semble que la solution retenue soit l'applicabilité du décret. Il y a eu quelques hésitations, mais on peut considérer comme l'a fait le tribunal administratif de Nouméa que "les décrets d'application d'une loi elle-même applicable sont applicables sans mention, car le pouvoir exécutif, chargé de l'application, ne saurait modifier le champ d'application défini par l'autorité compétente " (Avis n° 2/93 du 19 mars 1993 et avis n° 8/93 du 25 octobre 1993).

A - Conditions de fond

De manière classique, les associés doivent rédiger des statuts et les signer pour manifester leur consentement. En effet, la constitution des sociétés civiles est soumise au droit commun des sociétés... qui lui même se rapproche en réalité du droit commun des contrats. C'est ainsi qu'un consentement intègre - c'est-à-dire non entaché d'un vice du consentement tels l'erreur, la violence ou le dol - des associés est nécessaire.

Ces associés doivent être des personnes physiques réunissant toutes les conditions exigées par la loi et les règlements pour l'exercice de la profession libérale concernée. Les associés ne peuvent donc pas être des personnes morales, l'objectif étant d'éviter l'anonymat et l'irresponsabilité face à la clientèle. Normalement, il faut au moins deux associés, la loi ne prévoit pas un nombre maximum, mais les décrets d'application fixent parfois une limite dans ce domaine. Ainsi, les sociétés civiles professionnelles de médecins ne peuvent comprendre plus de huit associés⁸²².

Les associés peuvent faire divers apports :

- S'il s'agit d'une somme d'argent, on parlera d'apport en numéraire.

- S'il est question d'apporter un bien on évoquera les apports en nature. Ces biens peuvent être matériels (documents, immeuble...) ou immatériel (par exemple, un droit au bail ou même une clientèle).

- Il est également possible de faire des apports en industrie. L'associé apporte dans ce cas à la société son activité et ses compétences techniques, ce qui est particulièrement important dans l'exercice d'une activité professionnelle. Il faut rappeler que ces derniers apports ne concourent pas à la formation du capital social, mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes (article 1843-2 du code civil). Ces différents types d'apport doivent être expressément mentionnés dans les statuts.

En ce qui concerne le capital social (qui correspond à la valeur des apports en numéraire et en nature des différents associés), le législateur n'exige pas un capital minimum. Cela est compréhensible dans la mesure où ce dernier a un rôle peu important compte tenu du statut particulier des associés (voir plus loin).

Traditionnellement, encore, l'objet de la société civile doit être déterminé. Il est normalement décrit par les fondateurs dans les statuts. Pour les sociétés civiles professionnelles (S.C.P.), il n'y a pas

⁸²² Article 2 du décret n° 77-636 du 14 juin 1977.

de difficulté dans la mesure où l'objet est l'exercice de l'activité professionnelle en question.

B - Conditions de forme

Les statuts doivent contenir un certain nombre de mentions : forme de la société, dénomination, siège social... ces renseignements sont communs à toutes les sociétés⁸²³.

Une particularité est à signaler, les fondateurs et les représentants légaux doivent accomplir des formalités de publicité⁸²⁴ et notamment l'immatriculation au registre du commerce qui lui donnera la personnalité morale. Cela peut paraître étonnant dans la mesure où il s'agit de sociétés civiles, mais des raisons d'ordre pratique peuvent l'expliquer. En effet, l'immatriculation à un registre se révélant indispensable et celui du commerce répertoriant déjà les sociétés, la solution la plus facile à mettre en œuvre a été d'inscrire les sociétés civiles sur ce document déjà tenu par les greffiers des tribunaux de commerce. Cette option n'est pas très logique sur le plan théorique et il faut souligner qu'elle n'a pas pour effet de conférer un quelconque caractère commercial à la société civile.

Toujours sur cette question, il faut faire attention à un point pratique. La société ne peut être immatriculée qu'après son agrément par l'autorité compétente (ministre s'il s'agit d'un office) ou son inscription sur la liste ou au tableau de l'ordre professionnel (l'ordre sera alors compétent comme pour une inscription à titre individuel).

2. Le fonctionnement de la société civile professionnelle

Le fonctionnement de la S.C.P. s'articule autour de deux acteurs principaux que sont les associés (A) et le (ou les) gérant(s) (B).

A - Les associés

La société civile exige une pluralité d'associés (sauf l'E.U.R.L.). Il faut au moins deux associés et aucune limitation n'est instaurée, sauf exception (société civile professionnelle de médecins, voir plus haut). Il n'y a pas d'originalité notable pour avoir la qualité d'associé de société civile : celui-ci doit avoir fait un apport ; il a

⁸²³ Consulter, pour un récapitulatif des formalités, Y. Guyon, Droit des affaires, Economica, 2003, p.160.

⁸²⁴ Dont certaines relèvent du droit commun des sociétés tandis que d'autres sont prescrites par les décrets d'application.

normalement la volonté de s'associer ; il participe aux bénéfices et contribue aux pertes.

a) Les obligations des associés

Les obligations des associés envers la société ne sont pas trop pesantes, il s'agit principalement de respecter les conditions prévues par les statuts. Il leur faudra, par exemple, libérer les apports souscrits et, bien entendu, ne pas causer du tort à la société. Sur un plan général, ils devront se comporter d'une manière qui soit compatible avec *l'affectio societatis*.

Ce qui est plus intéressant, en revanche, ce sont les obligations des associés envers les tiers. Dans les sociétés civiles de droit commun, l'article 1857 du code civil affirme en effet : "*A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements*". On remarque ici que chacun des associés est certes responsable indéfiniment, mais qu'il n'est tenu qu'à proportion de la part qu'il détient dans le capital social. Autrement dit, la responsabilité de l'associé est donc illimitée, mais proportionnelle au nombre de parts sociales détenues

Pour les sociétés civiles professionnelles, les associés sont dans une situation encore plus dangereuse dans la mesure où leur responsabilité n'est pas proportionnelle à leur participation au capital. En effet, l'article 15 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 indique :

"Les associés répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales à l'égard des tiers...".

Cette disposition signifie que le créancier qui n'est pas payé par la société, peut se retourner contre les associés et saisir leurs biens personnels, la solidarité signifiant que ce créancier peut se retourner contre n'importe lequel des associés pour le remboursement du tout. L'associé qui a payé la créance peut par la suite à son tour demander le paiement aux autres associés. D'ailleurs, dans cette optique, le même article 15 prévoit que les "*statuts peuvent stipuler que, dans les rapports entre associés chacun de ceux-ci est tenu des dettes sociales dans la proportion qu'ils déterminent*".

Cette obligation indéfinie et solidaire des associés au passif social est une des caractéristiques importantes des sociétés civiles professionnelles. Les associés courent donc un risque non négligeable. Il faut noter cependant un élément atténuant la rigueur de cette disposition. En effet, toujours aux termes de l'article 15 de la loi du 29 novembre 1966, les créanciers ne peuvent poursuivre les associés qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne

morale constituée par la société, ce qui permet au moins de gagner un peu de temps.

Toujours en matière de responsabilité, il faut souligner que chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine, des actes professionnels qu'il accomplit. La société est solidairement responsable avec lui des conséquences dommageables de ces actes. C'est ainsi que la société ou les associés doivent contracter une assurance responsabilité civile professionnelle.

b) Les associés des sociétés civiles possèdent un certain nombre de droits.

Ils ont le droit de céder leurs parts ou de se retirer. Toutefois, les textes aménagent les possibilités de cession des parts. Tout d'abord, un principe est posé, celui de la libre cessibilité des parts entre associés, sauf disposition contraire des statuts. De plus, pour les cessions des parts à des tiers, il existe un contrôle. En effet, une telle cession n'est possible qu'avec le consentement des associés représentant au moins les trois quarts des voix, les statuts pouvant exiger une majorité plus forte ou même l'unanimité. Pour autant, l'associé en cas de vote négatif n'est pas prisonnier de la société et il existe une procédure pour qu'il puisse se libérer. Le projet de cession est notifié à la société et à chacun des associés. Si la société ne fait pas connaître sa décision dans le délai de deux mois, le consentement est implicitement donné. Si la société refuse, les associés sont tenus dans le délai de six mois d'acquiescer ou de faire acquiescer les parts sociales (article 19 de la loi du 29 novembre 1966).

Les associés ont également un droit à l'information en ce qui concerne la gestion de la société. Cela se traduit par un accès, au moins une fois par an, aux documents sociaux ainsi que par la possibilité de poser par écrit des questions sur la gestion sociale, auxquelles il devra être répondu par écrit dans un délai d'un mois.

Ce droit à l'information leur permet de mettre en œuvre dans de bonnes conditions d'autres prérogatives dont ils sont titulaires concernant les décisions les plus importantes dans la vie de la société. Ainsi, sont de la compétence exclusive de la collectivité des associés :

- l'approbation des comptes et l'affectation des résultats ;
- la modification des statuts ;
- la désignation du ou des gérants (à condition qu'il n'ait pas été désigné dans les statuts).

Ces décisions collectives, qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants, peuvent être prises, suivant le cas, par les associés réunis en assemblée ou par une consultation écrite.

B - Le gérant

Le gérant est un organe fondamental dans la société civile car il prend en charge sa gestion quotidienne. Sauf stipulation contraire des statuts, tous les associés sont gérants. Bien entendu, ces derniers peuvent désigner un gérant (ou plusieurs) parmi les associés, une telle désignation pouvant d'ailleurs être prévue dans un acte ultérieur. En ce qui concerne les pouvoirs du gérant, il faut distinguer, comme le législateur, entre les rapports de ce dernier avec les associés et ses relations avec les tiers.

Les rapports gérant/associés sont déterminés par les statuts. Ces derniers ne pouvant tout prévoir, la loi précise que le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société. La formule est vague, c'est généralement au juge d'apprécier. Les associés peuvent révoquer le gérant, la décision étant prise à la majorité des parts sociales, sauf clause statutaire plus stricte (article 1851 du code civil). Cependant, si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts.

Dans ses rapports avec les tiers, la situation est un peu plus stable. En effet, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social, les clauses qui limiteraient ses pouvoirs sont inopposables aux tiers. En revanche, le gérant peut prendre une décision dépassant l'objet social avec le consentement de tous les associés⁸²⁵. Il faut noter qu'en cas de pluralité de gérants, chacun d'eux est supposé avoir le pouvoir d'engager la société, toujours dans les limites de l'objet social. Ceci est logique dans la mesure où les tiers peuvent ignorer le fait qu'il y a plusieurs gérants.

En ce qui concerne la responsabilité civile du gérant, il faut se reporter à l'article 12 de la loi du 29 novembre 1966. Cette disposition précise qu'il est responsable individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion. C'est à la jurisprudence d'apprécier l'existence ou non de ces fautes et de fixer, le cas échéant, la part contributive de chaque gérant dans la réparation du dommage.

Il faut remarquer que, contrairement au droit des sociétés commerciales que sont la S.A.R.L. et la S.A., dont on va parler plus loin, il n'y a pas de textes prévoyant de sanctions pénales spécifiques pour les gérants de sociétés civiles. C'est donc le droit commun qui leur sera applicable. Ainsi, ils pourront être condamnés pour abus de confiance (et non pour abus de biens sociaux), pour escroquerie, faux et usage de faux...

La loi n'interdit pas au gérant de la société civile de cumuler un contrat de travail avec ses fonctions dans la société. Toutefois, et de

⁸²⁵ Cf. Cass. civ. 19 mai 1987, Rev. Soc. 1988, p. 78, note Guyon.

manière classique, ce contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif rémunéré. En d'autres termes, il est nécessaire qu'il exerce des fonctions distinctes de celles qui entrent normalement dans la compétence de tout gérant. De plus, un lien de subordination entre l'intéressé et la société doit exister.

Au total, il faut retenir que la réglementation concernant l'organisation de la société civile professionnelle a réduit la marge de manœuvre des partenaires, mais n'est pas trop contraignante. Une large place est laissée aux statuts, cela permet une certaine souplesse d'utilisation.

Sous-paragraphes 2 - La société d'exercice libéral

La loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990⁸²⁶ envisage "*l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé*". Son apport majeur a été de généraliser la possibilité de recourir aux formes de la S.A.R.L. et des sociétés par actions, c'est-à-dire aux sociétés commerciales, jusque-là ouvertes à quelques professions libérales seulement (experts-comptables, commissaires aux comptes, architectes, géomètres-experts, directeurs de laboratoires d'analyse médicale, conseils juridiques et conseils en propriété industrielle). Ainsi, à compter du 1^{er} janvier 1992, date d'entrée en vigueur de la loi, toutes les professions libérales réglementées ont pu recourir à ces types sociétaires. La généralisation a été d'autant plus effective que la loi a pris soin d'écarter toutes les dispositions législatives ou réglementaires antérieures qui auraient réservé à des personnes physiques ou à des sociétés civiles professionnelles l'exercice de la profession⁸²⁷.

La loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 poursuivait plusieurs objectifs. Il fallait d'abord permettre aux professionnels libéraux français d'affronter plus sereinement la concurrence étrangère (les cabinets d'avocats notamment devaient faire face à l'arrivée des *firmes* anglo-saxonnes qui fonctionnent comme des entités commerciales). Il était également question d'introduire l'interprofessionnalité, c'est-à-dire mettre en place une structure susceptible d'accueillir plusieurs professions. Certes, les sociétés civiles professionnelles permettaient théoriquement déjà d'atteindre cet objectif. Mais celui-ci n'avait pu s'opérer faute de décrets d'application nécessaires à la constitution de telles sociétés (sous quelques exceptions : ainsi, la possibilité pour une même société d'être inscrite à l'ordre des experts-comptables et sur la liste des

⁸²⁶ J.O.R.F., 5 janvier 1991, p. 216.

⁸²⁷ Art. 1er, al. 4, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

commissaires aux comptes). Le régime instauré par la loi permet à une personne, exerçant une profession dans un secteur voisin, de prendre une participation minoritaire dans le capital d'une société d'exercice libéral⁸²⁸. Il ne s'agit pas véritablement d'exercer plusieurs professions au sein d'une même société, mais de créer des liens financiers entre des professionnels qui ont l'habitude de collaborer. Enfin, le dernier objectif était de retenir une fiscalité, celle des sociétés commerciales, plus favorable que celle des sociétés civiles aux investissements

D'un point de vue technique, la loi a offert des possibilités supplémentaires aux professionnels libéraux. Par exemple, ils peuvent exercer leur activité en tant qu'associé unique d'une société. En effet, la réforme a été complétée pour permettre aux professionnels libéraux de créer une E.U.R.L., faculté que le texte d'origine n'offrait pas (C'est l'article 31 de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999⁸²⁹ qui a modifié le dispositif initial). La forme unipersonnelle est donc expressément autorisée⁸³⁰. On peut citer aussi d'autres avantages techniques de cette réforme. L'utilisation de la société d'exercice libéral favorise la mobilité des associés au sein des groupements professionnels tout en assurant la pérennité du cabinet. La structuration interne des cabinets est également facilitée, notamment par une hiérarchisation de fait des professionnels, ce résultat étant obtenu par la conjugaison de la société de capitaux et du salariat. Enfin, dans la société d'exercice libéral, la responsabilité passive des professionnels sera moindre que dans une société civile⁸³¹.

Concrètement, la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 ouvre aux professionnels libéraux les formes commerciales de la S.A.R.L., de la société anonyme, de la société en commandite par actions et de la société par actions simplifiée, seule celle de la société en nom collectif leur restant donc fermée. Ces diverses formes obéissent en principe à la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, désormais intégrée dans le code de commerce⁸³². Cependant, la loi de 1990 y apporte plusieurs dérogations notamment destinées, d'une part, à préserver l'indépendance des professionnels qui y travaillent et, d'autre part, à respecter leur déontologie.

En définitive, il existe des règles communes pour les sociétés d'exercice libéral et pour chacune d'entre elles des règles propres

⁸²⁸ L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 5, 5

⁸²⁹ renforçant l'efficacité de la procédure pénale, JO 24 juin, p. 9247.

⁸³⁰ Un doute existait sur la légalité de la société d'exercice libéral unipersonnelle avant cette réforme, voir sur ce point : B. Soinne, L'illégalité de la société unipersonnelle d'exercice libéral, Gaz. Pal., 14 avr. 1997, p. 23.

⁸³¹ Ces caractéristiques techniques seront mises en lumière dans la présentation des mécanismes sociaux.

⁸³² Ce qui signifie, par exemple, que les sociétés d'exercice libéral doivent satisfaire aux obligations comptables pesant sur les sociétés commerciales : Rép. min. n° 13922, JOAN Q 27 juin 1994, p. 3303, JCP éd. E 1994, pan., n° 874.

selon qu'il est question d'une S.E.L.A.R.L. (application complémentaire du droit des S.A.R.L.) ou d'une S.E.L.A.F.A. (application complémentaire du droit des S.A.), d'une S.E.L.A.S. (application complémentaire du droit des S.A.S.) ou même d'une S.E.L.C.A. (application complémentaire du droit des sociétés en commandite par actions). De plus, des décrets d'application propres à chaque profession ont été édictés. Ainsi, pour la profession de médecin, il faut se reporter au décret n° 94-680 du 3 août 1994 relatif à l'exercice en commun de la profession de médecin sous forme de société d'exercice libéral. Ce texte a été repris et adapté au droit calédonien par la délibération n° 144/CP du 21 mars 1997⁸³³. Pour la profession de chirurgien-dentiste, il faut se référer au décret n° 92-740 du 29 juillet 1992 relatif à l'exercice en commun de la profession de chirurgien dentiste sous forme de société d'exercice libéral. Cette disposition de droit métropolitain est prolongée par la délibération n° 344/CP du 2 avril 1999⁸³⁴.

Pour comprendre le mécanisme de la S.E.L., il est nécessaire de présenter les principales règles communes relatives à leur constitution (1) et à leur fonctionnement (2).

1 - La constitution des S.E.L.

Un rappel des éléments constitutifs généraux des S.E.L. (A) permettra de revenir sur un point important, celui du capital (B).

A - Éléments constitutifs généraux des S.E.L.

Une S.E.L. doit avoir pour objet l'exercice en commun d'une profession libérale déterminée ou, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, de plusieurs professions libérales⁸³⁵. La société d'exercice libéral peut donc être monoprofessionnelle ou interprofessionnelle. Les décrets d'application doivent déterminer les professions libérales autorisées à participer à des sociétés interprofessionnelles. En tout état de cause, l'interprofessionnalité est limitée aux seules professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Les difficultés rencontrées pour la mise en œuvre de l'interprofessionnalité n'ont pas permis, pour l'instant, d'en fixer les conditions.

Une S.E.L. peut revêtir les formes suivantes : Société à responsabilité limitée pluripersonnelle ou unipersonnelle. En effet, comme cela a été évoqué précédemment, la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 a supprimé la disposition selon laquelle les sociétés d'exercice

⁸³³ J.O.N.C., 22 avril 1997, p. 1259

⁸³⁴ J.O.N.C., 4 mai 1999, p. 1341.

⁸³⁵ Art. 1er, al. 2 et 3 de la L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

libéral ont pour objet l'exercice en commun d'une profession. En conséquence, une société d'exercice libéral peut adopter la forme de l'E.U.R.L. ; de la société anonyme, de la société par actions simplifiée, ou de la société en commandite par actions.

Bien qu'ayant un objet civil, les S.E.L. sont nécessairement commerciales par la forme⁸³⁶. Les sociétés d'exercice libéral sont donc soumises aux mêmes droits et obligations que les commerçants personnes physiques. Elles doivent tenir une comptabilité, peuvent être mises en redressement judiciaire, sont soumises aux règles de publicité au registre du commerce et des sociétés.

Toutefois, les litiges dans lesquels l'une des parties est une société d'exercice libéral et les contestations entre associés d'une telle société relèvent de la seule compétence des tribunaux civils, aux termes de l'article L. 411-6 du code de l'organisation judiciaire⁸³⁷. C'est ainsi que la compétence pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'égard d'une société d'exercice libéral d'avocats est attribuée au tribunal de grande instance. Une société d'exercice libéral d'avocats qui ne peut avoir qu'un objet civil ne peut être considérée comme "commerçante" au sens de l'article L. 221-5 du code de commerce en raison de la primauté de l'objet de la société sur sa forme⁸³⁸. Ce raisonnement est transposable à toutes les sociétés d'exercice libéral, y compris celles accueillant les professions médicales.

Dans le même ordre d'idée, les actes faits par la société d'exercice libéral ne sont pas, en dépit de la commercialité par la forme, des actes de commerce. Ils relèvent de l'exercice d'une profession libérale et sont donc civils par nature. Dans ces conditions, il a été jugé qu'une S.E.L. d'avocats ne peut, compte tenu de son objet civil, figurer sur les listes pour l'élection des membres d'une chambre de commerce et d'industrie⁸³⁹. De même, la S.E.L. à forme commerciale ne pouvant posséder de fonds de commerce, elle ne peut bénéficier des dispositions du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 relatif aux baux commerciaux (droit au renouvellement ou, à défaut, obtention d'une indemnité d'éviction).

De manière classique, la dénomination sociale est choisie par les associés. Elle peut comporter le nom d'un ou plusieurs associés exerçant leur profession au sein de la S.E.L.⁸⁴⁰. Le nom d'un ou

⁸³⁶ C. com., art. L. 210-1.

⁸³⁷ Ce texte est applicable en Nouvelle-Calédonie depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (article 127 IV).

⁸³⁸ CA Paris, 1^{re} ch. A, 6 juill. 1994, Procureur général près la CA de Paris c/ Selfa Piffault et associés : *JCP éd. E* 1994, II, n° 598, note J.-J. Daigre.

⁸³⁹ Cass. 2^e civ., 10 nov. 1998, *Bull. civ.* II, n° 267 ; *Bull. Joly sociétés*, 1999, p. 450, note J.-J. Daigre.

⁸⁴⁰ Art. 2 de la L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

plusieurs associés ayant exercé la profession au sein de la société d'exercice libéral peut être maintenu dans la dénomination sociale à condition d'être précédé du mot "anciennement". Cette faculté cesse lorsqu'il n'existe plus, au nombre des associés, aucune personne qui ait exercé la profession au sein de la société avec l'ancien associé dont le nom serait maintenu.

La dénomination sociale doit être précédée ou suivie soit de la mention *Société d'exercice libéral à responsabilité limitée* ou des initiales S.E.L.A.R.L., soit de la mention *Société d'exercice libéral à forme anonyme* ou des initiales S.E.L.A.F.A., soit de la mention *Société d'exercice libéral en commandite par actions* ou des initiales S.E.L.C.A., et de l'énonciation du capital social. La société d'exercice libéral peut faire suivre ou précéder sa dénomination sociale du nom ou du sigle de l'association, du groupement (G.I.E. ou G.E.I.E.) ou du réseau professionnel, national ou international dont elle est membre⁸⁴¹.

B - Le capital social

En l'absence de règles spécifiques aux S.E.L., le capital minimum de ces sociétés est conforme au droit commun. Avant la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, les textes imposaient un capital minimum de 7 500 euros pour les S.A.R.L. Logiquement, la même exigence était requise pour la S.E.L.A.R.L. Dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 223-2 du code de commerce indique désormais : "*Le montant du capital de la société est fixé par les statuts. Il est divisé en parts sociales égales*"⁸⁴². Autrement dit, l'obligation d'un capital minimum a été supprimée. Pour ce qui est des sociétés par actions (S.E.L.A.F.A., S.E.L.A.S. et S.E.L.C.A.) un capital minimum de 37 000 euros est toujours demandé⁸⁴³.

Les règles relatives à la composition du capital social des sociétés d'exercice libéral sont importantes car elles sont spécifiques, et diffèrent donc du droit commun des sociétés. Elles méritent de ce fait une attention particulière. Précisément, elles ont pour objectif de préserver les principes du libéralisme professionnel qui postule déontologie et indépendance. Techniquement, la loi procède à une division de la collectivité des associés en deux grandes catégories :

- La première est composée des associés exerçant leur profession au sein de la S.E.L.

- La seconde regroupe tous les autres associés. Elle est elle-même divisée en sous-catégories : personnes exerçant la même

⁸⁴¹ Art. 2 de la L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁴² Le texte est applicable en Nouvelle-Calédonie, v. l'article 58-I de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003.

⁸⁴³ Article L. 224-2 du code de commerce.

profession hors de la société, anciens associés professionnels, éventuellement associés de la même "famille professionnelle".

Le principe est que le capital doit être détenu en majorité par des professionnels en exercice au sein de la S.E.L. Ils doivent détenir plus de la moitié du capital et il faut ajouter qu'ils doivent avoir plus de la moitié des droits de vote. Cette double majorité en capital et en droits de vote ne peut être écartée par une clause statutaire. Il s'agit donc d'une règle impérative.

Le complément du capital social, au-delà de la majorité, peut être détenu par :

1. Des personnes physiques ou morales exerçant la ou les professions constituant l'objet social de la société, c'est-à-dire d'autres membres de la même ou des mêmes professions qui n'exercent pas au sein de la société⁸⁴⁴.
2. D'anciens professionnels personnes physiques (pendant un délai de dix ans) qui avaient exercé dans la société et qui ont cessé toute activité⁸⁴⁵.
3. Les ayants droit des personnes physiques appartenant aux catégories précédentes pendant un délai de cinq ans suivant leur décès⁸⁴⁶ ; à l'expiration de ce délai, si ces héritiers n'ont pas cédé leurs parts ou actions, la société pourra, nonobstant leur opposition, réduire son capital social du montant de la valeur desdites parts ou actions et les racheter à un prix fixé, en cas de contestation, par un expert⁸⁴⁷.
4. Une société constituée par les salariés de la S.E.L. en vue de son rachat à condition qu'ils exercent leur profession dans la S.E.L.⁸⁴⁸.
5. Des personnes physiques ou morales exerçant une profession libérale de la même "famille" que celle constituant l'objet de la S.E.L. : professions judiciaires ou juridiques, professions de santé, autres professions libérales⁸⁴⁹.

La détention du capital par des professionnels extérieurs à la société d'exercice libéral peut être restreinte ; en effet, le nombre de participations détenues par un associé minoritaire dans des S.E.L. exerçant la même profession peut être limité pour une profession par décret en Conseil d'État⁸⁵⁰.

⁸⁴⁴ Art. 5, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁴⁵ Art. 5-2, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁴⁶ Art. 5-2, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁴⁷ Art. 5 al. 5, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁴⁸ Art. 5-4, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁴⁹ Art. 5-5, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁵⁰ Art. 5 al. 3, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

Les décrets en Conseil d'État peuvent autoriser pour chaque profession libérale, compte tenu des nécessités qui lui sont propres, la détention à concurrence du quart du capital social des S.E.L.A.R.L. et des S.E.L.A.F.A. par des tiers non professionnels⁸⁵¹. Dans le même ordre d'idée, les décrets propres à chaque profession peuvent interdire la détention directe ou indirecte du capital des S.E.L. à certaines catégories de personnes physiques ou morales⁸⁵². Peuvent ainsi être concernés :

- les personnes exerçant une autre profession appartenant à la même famille de profession libérale ;
- les tiers non professionnels ;
- des catégories de personnes physiques ou morales déterminées, lorsqu'il apparaît que leur présence dans la S.E.L. est de nature à mettre en péril l'exercice de la (ou des) profession(s) concernée(s) dans le respect de l'indépendance de leurs membres ou de ses règles déontologiques. En outre, le capital d'une S.E.L. ne peut être détenu par des personnes faisant l'objet d'une interdiction d'exercice de la profession ou de l'une des professions constituant l'objet de la société.

2. Le fonctionnement de la S.E.L.

De manière classique, cette question doit être abordée sous deux aspects : celui concernant les associés (A) et celui relatif à la direction de ce type de société (B).

A - Les associés

Les S.E.L. doivent comprendre au moins :

- Deux associés dans les S.E.L.A.R.L. (et les S.E.L.A.S.) pluripersonnelles, étant entendu qu'elles peuvent être constituées avec un seul associé (il s'agira alors d'une société unipersonnelle : E.U.R.L. et S.A.S.U) ;
- Trois associés dans les S.E.L.A.F.A. (il faut rappeler que la loi exige 7 associés pour les S.A. de droit commun)⁸⁵³ ;
- Quatre associés, dont au moins trois commanditaires, dans les S.E.L.C.A.

⁸⁵¹ Art. 6 al. 1, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁵² Art. 7, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁵³ Art. 4, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

Pour ce qui est du nombre maximum d'associés, il n'y a pas de dispositions spéciales. Il faut donc appliquer le droit commun. C'est ainsi que les S.E.L.A.R.L. ne peuvent avoir plus de cent associés, depuis l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises⁸⁵⁴.

La conséquence des règles relatives à la détention du capital exposées plus haut est qu'il existe dans les S.E.L. trois catégories d'associés :

- les professionnels qui exercent leur activité au sein de la société et qui doivent détenir plus de la moitié du capital ;
- les professionnels extérieurs à la société ;
- les tiers non professionnels qui détiennent une participation limitée (le cas échéant).

La question de la responsabilité des associés mérite attention. Chaque associé d'une société d'exercice libéral est tenu sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit. La société est solidairement responsable avec lui⁸⁵⁵. Cette responsabilité professionnelle est proche de celle des associés des sociétés civiles professionnelles qui sont indéfiniment responsables de leurs actes professionnels, la société étant solidairement responsable avec eux des conséquences dommageables⁸⁵⁶.

Deux remarques doivent être faites. Les associés des sociétés civiles professionnelles, comme cela a été souligné, répondent aussi indéfiniment et solidairement des dettes sociales. La responsabilité des associés des S.E.L., quant à elle, est limitée au montant de leurs apports. Par ailleurs, il faut noter que la souscription d'une assurance garantissant le paiement des dommages-intérêts auxquels les associés peuvent être condamnés pour leur activité va limiter les conséquences de la mise en jeu de cette responsabilité professionnelle.

En ce qui concerne les cessions des droits sociaux, il faut distinguer entre les différents types de sociétés.

Pour les S.E.L.A.R.L., la cession de parts sociales à des tiers requiert le consentement de la majorité des trois quarts des porteurs de parts exerçant la profession au sein de la société⁸⁵⁷. Les associés "non professionnels" sont privés du droit de vote. Peu importe, en outre, que la cession soit consentie par un associé professionnel ou par un

⁸⁵⁴ L'article L. 223-3 du code de commerce modifié par cette ordonnance est applicable en Nouvelle-Calédonie.

⁸⁵⁵ Art. 16, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁵⁶ Art. 16, L. n° 66-879, 29 nov. 1966, précité dans les développements consacrés aux sociétés civiles professionnelles.

⁸⁵⁷ Art. 10, al. 1, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

associé n'exerçant pas la profession. Cette exclusion du vote des associés non professionnels, comme la règle de majorité des trois quarts, sont des dispositions d'ordre public et les statuts ne peuvent y déroger. Il faut souligner que la loi du 31 décembre 1990 vise seulement l'article L. 223-14 du Code de commerce qui concerne les cessions à des tiers étrangers à la société et non les articles L. 223-13 et L. 223-16 du même code. Dès lors, sauf clause statutaire contraire⁸⁵⁸, les parts de S.E.L.A.R.L. sont librement cessibles entre associés, entre conjoints et entre ascendants et descendants.

Pour ce qui est des S.E.L.A.F.A., les cessions d'actions de sociétés d'exercice libéral à forme anonyme (S.E.L.A.F.A.) sont soumises à un agrément préalable donné, dans les conditions prévues par les statuts :

- soit par les deux tiers des actionnaires exerçant leur profession au sein de la société ;
- soit par les deux tiers des membres du conseil de surveillance ou du conseil d'administration exerçant leur profession dans la société⁸⁵⁹.

Conformément au droit commun, si le cessionnaire choisi par le cédant n'est pas agréé, la société doit lui proposer soit un nouveau cessionnaire, soit le rachat de ses actions par la S.E.L.A.F.A. elle-même.

Les décrets "professionnels" prévoient les cas où un associé peut être exclu de la société, en précisant les garanties morales, procédurales et patrimoniales qui lui seront alors accordées⁸⁶⁰. Les effets de l'interdiction temporaire d'exercer la profession dont la S.E.L. ou un associé pourront être frappés sont également déterminés par les décrets professionnels⁸⁶¹. Ces mêmes textes peuvent prévoir qu'un associé n'exerce sa profession qu'au sein d'une seule S.E.L. et ne peut exercer la même profession à titre individuel ou au sein d'une société civile professionnelle⁸⁶².

B - La direction des S.E.L.

Il faudra, là encore, distinguer entre les différentes catégories de sociétés.

Le gérant de la S.E.L.A.R.L. sera désigné selon les règles de droit commun des S.A.R.L. à ceci près qu'il ne peut être pris que parmi les associés exerçant la profession libérale au sein de la société

⁸⁵⁸ En pratique, les acteurs prévoient des clauses dans ce domaine.

⁸⁵⁹ Art. 10 al. 2, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁶⁰ Art. 21 al. 2, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁶¹ Art. 21 al. 4, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

⁸⁶² Art. 21 al. 3, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

(dans une S.A.R.L. classique, le gérant peut être une personne extérieure à la société).

Les gérants (S.E.L.C.A.), le président du conseil d'administration, les membres du directoire, le président du conseil de surveillance et les directeurs généraux ainsi que les deux tiers au moins des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance doivent être des associés exerçant leur profession au sein de la société⁸⁶³.

Les actionnaires qui n'exercent pas leur profession au sein de la S.E.L.A.F.A. ou de la S.E.L.C.A. peuvent participer, dans la limite maximum d'un tiers des sièges, soit au conseil d'administration, soit au conseil de surveillance de la société. Toutefois, aucune disposition de la loi du 31 décembre 1990 n'oblige à réserver, dans la limite du tiers, un nombre minimal de sièges aux actionnaires n'exerçant pas leur profession au sein de la société. Ainsi, on peut admettre que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance d'une S.E.L.A.F.A. ne comporte aucun siège réservé aux actionnaires qui n'exercent pas leur profession au sein de la société. Le membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance doit être réputé démissionnaire s'il cesse d'exercer sa profession au sein de la société.

L'article 12 alinéa 2 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 prévoit que les dispositions des premiers et deuxième alinéas de l'article L. 225-22, de l'article L. 225-44 et de l'article L. 225-85 du code de commerce ne s'appliquent ni au conseil d'administration, ni au conseil de surveillance des S.E.L.A.F.A. Il en résulte que :

- tout associé exerçant sa profession dans la S.E.L.A.F.A. peut devenir membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, quel que soit le nombre de mandataires sociaux liés à la société par un contrat de travail ;
- le contrat de travail peut être accordé postérieurement à la nomination comme administrateur ou membre du conseil de surveillance ;
- les administrateurs et membres du conseil de surveillance, associés professionnels, peuvent recevoir une rémunération permanente au titre de l'exercice de leur profession.

Sur le plan des régimes "social" et "fiscal", les rémunérations perçues par les gérants minoritaires ou égalitaires des S.E.L.A.R.L., les présidents-directeurs et directeurs généraux des S.E.L.A.F.A. sont assimilées à des salaires, sauf en ce qui concerne l'assurance chômage en l'absence de cumul avec un contrat de travail.

De leur côté, les gérants majoritaires des S.E.L.A.R.L. et le gérant des S.E.L.C.A. perçoivent une rémunération imposable dans les

⁸⁶³ Art. 12 al. 1, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990.

conditions prévues à l'article 62 du code général des impôts (revenus des professions non salariées). Le gérant d'une S.E.L.A.R.L. unipersonnelle n'ayant pas opté pour l'impôt sur les sociétés est imposable dans la catégorie des bénéficiaires non commerciaux.

Autre est l'imposition du médecin salarié.

SECTION 2 LE MEDECIN SALARIE (C.A.F.A.T., MUTUELLES...) (A. Leca)

Le dualisme entre la médecine à exercice libéral et la médecine à exercice salarié a existé dans l'Antiquité, au Moyen Âge et encore au XVIII^e siècle. Ce n'est qu'au XIX^e que la première est devenue prépondérante⁸⁶⁴ au point de réduire la seconde à une part statistiquement secondaire -quoique non négligeable, puisqu'en Nouvelle-Calédonie, par exemple, au 31 décembre 1998, on comptait, selon la D.A.S.S., 47,9 % de médecins salariés.

A l'âge d'or de la médecine libérale, on s'est demandé si l'exercice de l'art de guérir (impliquant l'indépendance professionnelle) n'était pas incompatible avec la qualité de salarié (supposant par définition la subordination à un employeur). Mais le réalisme a imposé une réponse négative de la jurisprudence⁸⁶⁵, de la doctrine⁸⁶⁶, et du Conseil de l'Ordre, d'abord pour la médecine préventive, puis pour la médecine de soins.

Les premiers Centres de santé créés au début du siècle sur la base de la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite des indigents⁸⁶⁷, se développèrent surtout à partir de 1938, pratiquant une médecine sociale qui, à partir de 1945, fut institutionnalisée dans de nombreux secteurs (P.M.I., santé scolaire, médecine du travail...)⁸⁶⁸.

En contrepartie de la reconnaissance de la médecine salariée, la déontologie ordinaire a réaffirmé que l'indépendance du médecin

⁸⁶⁴ M. Calmon, *"Les médecins salariés. La spécificité juridique de la médecine salariée"*, *"Droit médical et hospitalier"*, t. 2, fasc. 96 (9, 1995), p. 2.

⁸⁶⁵ Cass. civ., 15 mai 1928 (relativement à un médecin gérant une clinique), D. 1929, I, 53, note Nast. Après guerre, la dernière ligne de défense des médecins hostiles au salariat médical a consisté à ne pas inscrire au tableau de l'ordre ou même à poursuivre les praticiens acceptant de se salarier dans le cadre d'institutions mutualistes de médecine sociale sur le fondement du code de déontologie de 1947, qui rendait obligatoire le paiement direct des honoraires du patient au médecin.

⁸⁶⁶ J. Savatier, *"La profession médicale. Etude juridique et pratique"*, L.G.D.J., Paris, 1947.

⁸⁶⁷ Pour justifier leur création ou celle d'un poste de médecin communal, rémunéré sur le budget de la commune, le Conseil d'État a exigé l'absence ou l'insuffisance du secteur à exercice libéral (C.E., 29 mars 1901, Casanova, Rec. 333, S. 1901.3.73, note M. Hauriou).

⁸⁶⁸ M. Calmon, *"Les médecins salariés. La spécificité juridique de la médecine salariée"*, *"Droit médical et hospitalier"*, t.2, fas. 96 (9, 1995), p. 2.

devait être préservée et que ce dernier ne pouvait pas accepter de limites à son indépendance de la part de l'entreprise ou de l'organisme qui l'emploie⁸⁶⁹.

Il existe aujourd'hui différents types de médecins salariés.

Pour certains le salariat découle de la nature même de leurs fonctions. Tel est le cas des médecins-conseils de la C.A.F.A.T., ainsi que des médecins du travail eux-mêmes en principe⁸⁷⁰ salariés de la C.A.F.A.T., qui les recrute parmi les praticiens titulaires d'un certificat d'études spéciales de médecine du travail (ou du diplôme d'études spécialisées en médecine du travail), suivant une procédure complexe⁸⁷¹.

Pour d'autres le salariat est une alternative à l'exercice libéral. Tel est le cas de la médecine en établissement de santé (mutualiste ou à but lucratif) ou en centre de santé privé, mais aussi de la médecine du sport, qui peut se pratiquer au sein d'un cabinet ou d'un centre sportif, de façon indépendante ou salarié⁸⁷². Sauf erreur de notre part, cette dernière catégorie de médecine salariée n'existe pas pour le moment sur le Territoire.

Enfin, pour être complet il faut envisager le cas des médecins hospitaliers et des médecins scolaires et universitaires, qui relèvent d'un statut de droit public.

⁸⁶⁹ C.D.M., art. 95.

⁸⁷⁰ Si besoin est des médecins privés ou exerçant la médecine de soin en dispensaires peuvent être chargés d'effectuer certains actes de médecine du travail (Délibération n° 50/CP du 10 mai 1989 relative à la médecine du travail, art. 11 (J.O.N.C., 19 juin 1989, p.1295).

⁸⁷¹ Délibération n° 50/CP du 10 mai 1989 relative à la médecine du travail, art. 8 e à 15 (J.O.N.C., 19 juin 1989, p.1295).

⁸⁷² M. Harichaux, A. Monroche, *"Droit de la santé. Dictionnaire commenté"*, op. cit., v° Médecine du sport, p. 149.

CHAPITRE 2 LE STATUT PUBLIC

(G. Agniel, N. Bescond)

Le statut public englobe un seul type d'exercice de la médecine, celui de médecin salarié de l'administration.

La particularité de ce statut public réside dans le mode d'exercice de la profession de médecin, qui se retrouve principalement dans les établissements publics d'hospitalisation, mais également dans d'autres structures publiques.

SECTION 1 LE MEDECIN HOSPITALIER

(G. Agniel, N. Bescond)

L'exercice de l'art médical peut s'effectuer dans le cadre d'un établissement d'hospitalisation publique.

Si la médecine libérale a précédé la médecine hospitalière en Métropole, il en est tout autrement en Nouvelle-Calédonie où l'hôpital public est apparu dès 1871⁸⁷³.

Il ne s'agissait pas alors de médecins hospitaliers mais de médecins militaires de la Marine Nationale.

Le premier statut des praticiens hospitaliers (P.H.) n'apparaît qu'en 1983⁸⁷⁴ et, après plusieurs modifications⁸⁷⁵, a été enrichi en avril 2004⁸⁷⁶.

⁸⁷³ Luc Chevalier, Jean-Claude Fevaï "Les armées en Nouvelle-Calédonie de 1853 à 1939", Editions du Cagou, Nouméa, 1989.

⁸⁷⁴ Arrêté n° 83-300/CG du 14 juin 1983 fixant le statut des Praticiens à temps plein des établissements d'hospitalisation publique du Territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, J.O.N.C. 28 juin 1982 p. 929.

⁸⁷⁵ Arrêté n° 85-491/CM du 2 août 1985 fixant en ce qui concerne les médecins relevant du statut des praticiens à plein temps des établissements d'hospitalisation publique du Territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances l'organisation des services de garde, J.O.N.C. du 13 août 1985 page 1214. Délibération n° 42/CP du 2 août 1985 relative à l'indemnisation des services de garde des établissements d'hospitalisation publique du Territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances, J.O.N.C. du 20 août 1985 page 1267. Délibération n° 145/CP du 5 novembre 1991 modifiée relative aux conditions de recrutement et d'emploi des praticiens hospitaliers des établissements publics territoriaux d'hospitalisation, J.O.N.C. du 17 décembre 1991 page 3321.

Pour exercer leurs fonctions en milieu hospitalier, les médecins doivent répondre à certaines conditions qui ne les placent pas nécessairement dans la même position juridique face à l'administration.

§ 1 - Les conditions de l'exercice de la médecine en milieu hospitalier

Exerçant au sein d'un service public, les P.H. sont soumis à certaines exigences définies statutairement, sans toutefois être exonérés du respect des règles déontologiques.

Sous-paragraphes 1 RLe déroulement de la carrière des praticiens hospitaliers

Les médecins appartenant au corps unique des praticiens hospitaliers sont soumis à des règles statutaires de recrutement, de nomination, d'exercice de leurs fonctions et de fin de carrière.

1 – Recrutement et nomination

Le recrutement suppose une vacance de poste, déclarée et publiée tant au JORF qu'au JONC⁸⁷⁶. La candidature d'un médecin se fait par la constitution d'un dossier qui doit être déposé avant la date butoir, dont la mention est impérative.

Les conditions traditionnelles de nationalité française et de diplôme français réservent l'accès à la profession. Cependant, depuis 1987⁸⁷⁸, les ressortissants des États membres de la communauté européenne y ont accès, sous réserve d'être titulaires de diplômes ou titres reconnus.

L'exercice de la profession de P.H. est ouvert en Métropole à un nombre important de praticiens étrangers dont le titre a été régulièrement reconnu par l'État. Sous réserve d'avoir exercé entre deux et dix ans, selon le type d'activité⁸⁷⁹, ces praticiens peuvent être recrutés en Nouvelle-Calédonie. Le critère ne consiste donc pas uniquement en une liste exhaustive des titres et diplômes dans la mesure où, pour accéder à un poste de P.H. en Nouvelle-Calédonie, la condition de durée d'activité constitue un critère cumulatif.

⁸⁷⁶ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004 portant statut des Praticiens des établissements hospitaliers de la Nouvelle-Calédonie, J.O.N.C. 20 avril 2004 p. 2120.

⁸⁷⁷ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 5.

⁸⁷⁸ Délibération n° 190 du 13 août 1987 complétant les dispositions du décret n° 52-964 du 9 août 1952, J.O.N.C. 15 septembre 1987, p.1319.

⁸⁷⁹ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004 précitée (annexe).

Une fois les conditions remplies et le dossier déposé, l'accès à la profession dans les établissements hospitaliers se fait exclusivement sur titres, après avis de la Commission médicale d'établissement (CME) et du Conseil d'administration, avis rendu sous la forme d'un classement final des candidatures,

L'avis du médecin inspecteur de la santé de la Nouvelle-Calédonie est également sollicité avant approbation du classement final des candidatures et la nomination par arrêté du Président du Gouvernement. De l'examen des textes pertinents, il ne semble pas que l'avis de la CME, du Conseil d'administration ou encore du médecin inspecteur lie le Président du Gouvernement.

2 – L'exercice de la profession

Après avoir été recruté, le P.H. assure des actes médicaux de diagnostic, de traitement, de soins d'urgence et participe aux actions et missions définies par le statut des établissements hospitaliers de la Nouvelle-Calédonie⁸⁸⁰. L'exercice de ses fonctions peut l'amener également à participer à l'enseignement, à la recherche ainsi qu'à la prévention.

Nous retrouvons ici les règles communes à tous les modes d'exercice, définies à l'article 70 du Code de déontologie médicale. De plus, statutairement, les P.H. peuvent être appelés à exercer leurs fonctions dans plusieurs établissements⁸⁸¹. Cet exercice multi-sites leur donne droit à des indemnités spécifiques complétant leurs émoluments⁸⁸².

L'activité médicale en milieu hospitalier s'exerce à temps plein ou à temps partiel⁸⁸³, selon les modalités précisées par le règlement intérieur de l'établissement dans lequel les médecins sont affectés⁸⁸⁴. Il est regrettable de constater que le règlement intérieur du principal établissement d'hospitalisation, le C.H.T. Gaston Bourret, date de 1975⁸⁸⁵ et est devenu obsolète au regard des différentes modifications statutaires opérées ces dernières années.

L'organisation du temps de travail est soumis à l'objectif de continuité des soins dont les médecins ont la responsabilité médicale⁸⁸⁶. Elle va différer suivant les caractéristiques du service ou du département concerné. Le temps de travail peut ainsi se traduire en

⁸⁸⁰ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 2.

⁸⁸¹ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 4.

⁸⁸² Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 15.

⁸⁸³ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art.2.

⁸⁸⁴ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art.16 al. 3.

⁸⁸⁵ Arrêté n° 5-582/CG du 15 décembre 1975, J.O.N.C. 19 décembre 1975, p. 1269.

⁸⁸⁶ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art.18.

service normal hebdomadaire⁸⁸⁷ tel que pour les spécialités de pneumologie, neurologie, gastro-entérologie ou encore de chirurgie générale et d'orthopédie. Il peut aussi être organisé en temps continu pour les services d'anesthésie réanimation, d'accueil et de traitement des urgences, de néonatalogie et de réanimation néonatalogie ainsi que pour les soins intensifs de cardiologie⁸⁸⁸.

Le service normal hebdomadaire est fixé à dix demi-journées, sans excéder quarante-huit heures en moyenne sur une période de quatre mois, tandis que l'organisation du service en temps continu donne obligation aux P.H. d'effectuer en moyenne sur quatre mois pas plus de quarante-huit heures d'activité. Tout exercice nocturne se comptabilise en deux demi-journées par nuit travaillée.

Les praticiens peuvent, dans certains cas, bénéficier d'une activité hebdomadaire réduite, passant ainsi de dix demi-journées à neuf, huit ou cinq⁸⁸⁹. L'accord, pour cette réduction d'activité, est donné par le directeur de l'établissement après avis de la CME, sous réserve des nécessités du service. Les praticiens peuvent en bénéficier soit de plein droit (médecins voulant apporter des soins à leur conjoint ascendant ou descendant à charge nécessitant la présence d'une tierce personne du fait d'un handicap), soit à leur demande, lorsqu'ils peuvent prétendre à un congé postnatal.

Seuls les P.H. bénéficiant d'une réduction d'activité hebdomadaire à cinq demi-journées peuvent exercer une activité salariée en dehors du lieu de travail, dans la limite de quarante-huit heures hebdomadaires, par dérogation à l'article 16 alinéa 1 des statuts qui impose à tout médecin l'exclusivité de leur activité professionnelle au sein de l'établissement dont il dépend.

L'activité à mi-temps peut être accordée pour raison pathologique⁸⁹⁰ après avis favorable de la CME, aux P.H. qui le demandent à la suite d'un congé longue maladie, de longue durée, ou d'un congé pour accident de service ou maladie contractée lors de l'exercice de leurs fonctions. Dans le premier cas il ne pourra être octroyé que pour une période de trois mois renouvelable dans la limite d'une année, et dans le second cas pour une période de six mois renouvelable une fois.

Lorsqu'ils exercent leurs fonctions, à la différence de l'exercice libéral, les P.H. n'ont aucune relation contractuelle avec le patient qui, en se rendant dans un établissement d'hospitalisation, devient usager du service public. Le contrat d'hospitalisation est conclu avec l'hôpital.

⁸⁸⁷ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 17 al. 1.

⁸⁸⁸ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 17 al. 3.

⁸⁸⁹ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 19.

⁸⁹⁰ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 31.

La seule relation contractuelle de droit privé entre le P.H. et le patient se situe lors de l'exercice privé dans l'établissement hospitalier. Cette activité privée est prévue implicitement dans les nouveaux statuts par l'allocation d'une indemnité d'engagement de service public exclusif, pour une période de trois années renouvelable⁸⁹¹. Par cet engagement, les P.H. s'interdisent d'exercer une activité libérale, que ce soit au sein de l'hôpital ou en secteur ville. Les modalités de cet engagement ne sont pas définies et feront certainement l'objet d'une réglementation spécifique ultérieure.

Cependant il ne faut pas oublier que depuis 1994, les installations des médecins en milieu libéral sont régulées par un *numerus clausus* sur le Grand Nouméa⁸⁹², ce qui risque de poser des problèmes d'adaptation de cet exercice libéral en milieu hospitalier.

Étant responsables de la continuité des soins, les P.H. qui sont dans l'impossibilité de rejoindre leur poste, sont tenus d'en aviser immédiatement le directeur de l'établissement dans lequel ils exercent leurs fonctions sous peine, après mise en demeure restée infructueuse⁸⁹³, d'être radiés des cadres pour abandon de poste. Il en est ainsi pour toutes situations, sauf en cas de force majeure.

Comme tout agent participant au service public, les P.H. ont droit après service fait à une rémunération composée d'une part, d'émoluments, dont le montant varie selon l'échelon occupé par les intéressés, d'autre part de diverses indemnités correspondant à celles versées en Métropole affectées, pour certaines, d'un coefficient de 1,73⁸⁹⁴.

Le principe du droit au traitement en contrepartie des services rendus s'applique conformément aux règles de comptabilité publique qui interdisent de procéder à un paiement avant exécution de la prestation correspondante. Le Conseil d'État dans le cadre de litiges concernant des médecins hospitaliers confirme que le principe du droit au traitement après service fait est formellement rappelé par les dispositions statutaires en vigueur⁸⁹⁵.

L'appartenance au statut des praticiens des établissements d'hospitalisation ouvre droit à des congés payés qui peuvent être accordés, sous réserve des nécessités de service, suivant diverses formules⁸⁹⁶.

⁸⁹¹ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 15.

⁸⁹² Le Grand Nouméa regroupe les communes de Nouméa, Mont Dore, Dumbéa et Païta.

⁸⁹³ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 22.

⁸⁹⁴ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 15. Sont indexées les indemnités relatives au travail effectué la nuit, le samedi après-midi, le dimanche et les jours fériés, le forfait versé au titre du temps de travail additionnel sur la base du volontariat, les astreintes et gardes ainsi que l'engagement de service public exclusif.

⁸⁹⁵ C.E. 30 juin 1967 Carn. D. A. juillet 1967 n° 257.

⁸⁹⁶ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 23.

Des congés de formation peuvent être accordés, ainsi que des autorisations spéciales d'absence sur production de justificatifs.

L'entretien et le perfectionnement des connaissances sont à la fois des obligations statutaires et un devoir déontologique⁸⁹⁷ qui incombent aux médecins. Cependant aucune indemnité compensatrice n'est due lorsque le praticien n'a pas utilisé son droit à la formation ; il en est de même dans le cas où les congés annuels n'ont pu être épuisés avant cessation des fonctions⁸⁹⁸.

Les P.H. bénéficient également de la couverture sociale qui, généralisée depuis 2002⁸⁹⁹, a pour but d'assurer la protection des individus devant les conséquences financières de certains risques (maladie, accident) ou de certaines situations (maternité, vieillesse)⁹⁰⁰. Depuis la généralisation de la couverture sociale, le régime de prise en charge des P.H. se rapproche de plus en plus de celui des salariés privés, avec prise en charge des congés maladie, maternité voire accident du travail ou maladie professionnelle.

Les P.H. peuvent être placés en position de mission temporaire avec l'accord du directeur de l'établissement, après avis de la CME, pour une durée de trois mois maximum par période de deux ans. Comme le rappelle le Tribunal administratif de Nouméa⁹⁰¹, il faut, pour que le praticien conserve le bénéfice de ses émoluments, que la mission soit effectuée dans l'intérêt de l'hôpital. Dans le cas contraire, il sera placé en position de congé sans solde.

Comme pour les P.H. métropolitains, la possibilité est offerte au personnel médical hospitalier de bénéficier d'une position de détachement⁹⁰², d'une position de disponibilité⁹⁰³, ou encore d'une mise à disposition d'une administration ou d'un établissement public de l'État, de la Nouvelle-Calédonie ou d'un organisme chargé d'une mission de service public⁹⁰⁴, sous réserve des conditions de fond et de forme spécifiques à chaque situation.

Seule la mise à disposition dispose conventionnellement des conditions de retour du P.H. dans l'établissement hospitalier d'origine ; pour le détachement et la disponibilité, le médecin désireux d'être réintégré doit en faire la demande trois mois avant la date d'expiration de la période⁹⁰⁵.

⁸⁹⁷ CDM art. 11 al. 1.

⁸⁹⁸ T.A. Nouméa 4 septembre 2003, Quilichini c/ CHS Albert Bousquet, inédit.

⁸⁹⁹ Loi du pays n° 2002-020 du 06 août 2002, J.O.N.C. 13 août 2002, p. 4325.

⁹⁰⁰ Mémento pratique Francis Lefevre, Droit social, 2002, p. 113.

⁹⁰¹ T.A. Nouméa 23 octobre 2003, Pérouse de Montclos c/ CHS Albert Bousquet, inédit.

⁹⁰² Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 37.

⁹⁰³ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 46.

⁹⁰⁴ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 36.

⁹⁰⁵ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 53.

Comme l'évolution de toute carrière professionnelle, les fonctions du P.H. ont une fin, ce qui amène à examiner les différentes possibilités de cessation des fonctions.

3 - Cessation des fonctions du praticien hospitalier

La fin normale des fonctions intervient par l'admission à la retraite lorsque la limite d'âge est atteinte. Elle est fixée à soixante-cinq ans pour les praticiens régis par la délibération n° 139/CP⁹⁰⁶. Cette limite d'âge atteinte, il n'est plus possible pour le praticien de rester en activité, ce qui entraîne une rupture de lien avec l'administration et la radiation des cadres.

Le statut des P.H. ouvre la possibilité aux praticiens âgés de 57 ans, occupant un emploi à temps complet, qui ne peuvent jouir immédiatement des droits à pension, de cesser progressivement leurs fonctions en demandant une autorisation d'exercer une activité hebdomadaire réduite à cinq demi-journées⁹⁰⁷.

La radiation des cadres peut résulter d'une démission émanant du P.H., sous réserve de son acceptation par le Président du Gouvernement, qui dispose de trente jours, à réception de la lettre, pour se prononcer. Il y a acceptation implicite de la démission, si au-delà de ce délai, l'administration garde le silence⁹⁰⁸.

L'administration peut également mettre fin aux fonctions d'un P.H. par anticipation. C'est le cas lors d'une révocation pour abandon de poste, d'un licenciement pour perte des droits civiques ou encore suite à la radiation du tableau de l'ordre. Dans ces cas, le licenciement ne donne pas lieu à indemnités⁹⁰⁹. Cette cessation des fonctions peut également être la conséquence d'un refus de proposition de poste, lors d'une demande de réintégration suite à un détachement ou une mise à disposition. L'administration est en droit de licencier avec indemnités au premier refus, après avis de la commission statutaire⁹¹⁰, alors qu'en Métropole cette possibilité ne peut intervenir qu'à compter du troisième refus.

En cas de licenciement la procédure doit être respectée ainsi que les droits de la défense. Comme tout acte administratif faisant grief, le licenciement est soumis au contrôle du juge administratif qui appréciera la régularité de la procédure, la motivation et l'existence ou non d'une erreur manifeste d'appréciation.

Bien que disposant d'un cadre administratif tout au long de leur carrière hospitalière, les P.H. ne sont pas pour autant dispensés de se conformer aux règles de déontologie médicale.

⁹⁰⁶ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 68.

⁹⁰⁷ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 69.

⁹⁰⁸ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 70.

⁹⁰⁹ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 71.

⁹¹⁰ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 62, et annexe 3 art. 7 sur la commission statutaire.

Sous-paragraphe 2 - Les exigences déontologiques

Les P.H. exécutent des actes professionnels et, à ce titre, sont dans l'obligation de s'inscrire au tableau de l'organe de l'ordre des médecins de Nouvelle-Calédonie⁹¹¹. Cette inscription emporte pour ces professionnels, au même titre que leurs confrères libéraux, le devoir de respecter les règles morales régissant l'exercice de l'art médical contenues dans le Code de déontologie, qui a valeur réglementaire^{911bis}.

Il ne sera pas traité ici de l'ensemble des règles déontologiques qui s'imposent aux médecins, mais seulement de deux principes, qui trouvent une application particulière en milieu hospitalier, le secret professionnel et l'indépendance professionnelle.

1 - Le secret professionnel

Il caractérise l'exercice de la médecine en général et permet d'assurer aux malades, le respect de leur vie privée.

Le secret médical est la conséquence du devoir de confidentialité qui s'impose à tout praticien, et concerne toutes les données en liaison directe ou indirecte avec la santé du patient dont le médecin est détenteur.

Il est à la fois de valeur réglementaire⁹¹² et légale⁹¹³. Ce qui implique que dans le cas d'une levée abusive du secret professionnel, les médecins encourent à la fois des poursuites ordinales et des poursuites pénales.

Cependant une dérogation vient assouplir cette obligation : la loi impose la levée du secret médical lorsque les médecins constatent des violences sexuelles de toute nature⁹¹⁴.

L'activité médicale en établissements de santé rend parfois difficile la confidentialité médecin/patient du fait que beaucoup de personnes sont au courant de l'affection du patient⁹¹⁵. Elle revêt donc

⁹¹¹ CDM art. 1.

^{911bis} ^{911BIS} Délibération n° 67 du 1^o août 1997 portant Code de déontologie médicale, J.O.N.C. 2 septembre 1997, p. 2855.

⁹¹² CDM art 4, 72 et 73.

⁹¹³ Code pénal art. L226-13 (ancien article 378).

⁹¹⁴ Code pénal art. L226-14.

⁹¹⁵ Docteur Herbeuval, *Entretien sur le pouvoir médical à l'hôpital*, publié par Conc. Med., 8 janvier 1983 p. 72. Ce médecin répond en ce qui concerne le respect du secret médical à l'hôpital : "Il est certain qu'il est plus difficile à conserver en milieu hospitalier qu'en pratique courante parce que le secret professionnel se dilue, beaucoup de personnes étant au courant de l'affection du malade [...] Le secret professionnel est un peu nuancé, il n'a pas cette rigueur d'autrefois. Le seul objectif à

un caractère collectif et, à ce titre, l'ensemble du personnel soignant et médical qui détient la même information à caractère secret est tenu à l'obligation de confidentialité.

De plus, en vertu de la jurisprudence du Conseil d'État⁹¹⁶, le secret professionnel est inopposable à l'administration hospitalière dans un souci de bon fonctionnement du service.

Le secret professionnel doit être levé également dans le cadre de la santé publique. Il en est ainsi lorsque certaines pathologies doivent être déclarées à l'administration, lui permettant de les répertorier ou encore d'endiguer une épidémie.

Le secret professionnel peut être qualifié à la fois de contrat moral et de contrat juridique, tandis que l'indépendance professionnelle est uniquement un contrat moral.

2 - L'indépendance professionnelle

Elle permet au patient d'avoir la certitude de s'adresser à un professionnel qui n'aura d'autres préoccupations que celle de mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour satisfaire à l'état de ce dernier.

L'indépendance professionnelle est à la fois morale et technique.

Morale, car elle consiste à faire prédominer sa raison et sa conscience professionnelle sur toute autre considération personnelle⁹¹⁷, tel qu'en fait état l'article 32 du Code de déontologie médicale.

Un médecin peut refuser d'apporter des soins à une personnes sauf urgence⁹¹⁸. Toutefois, lorsque l'accord est conclu entre le patient et le médecin, il ne doit exister aucune barrière entravant l'indépendance morale du praticien.

La situation est différente en ce qui concerne les P.H. : les exigences du service public hospitalier leur interdisent de refuser de donner des soins. Seule l'interruption volontaire de grossesse, cas prévu par la loi, permet aux médecins d'invoquer une clause de conscience.

suivre dans les nuances concernant ce secret professionnel est lié à l'intérêt du malade".

⁹¹⁶ C.E. 15 mars 1946, Odile Platon, Rec. p. 79.

⁹¹⁷ C. Simon, in *La déontologie médicale à l'hôpital public*, p. 137 : Définit l'indépendance morale du médecin "comme une attitude mentale qui consiste pour le médecin, quelles que soient ses conditions d'exercice, à faire prédominer sa raison et sa conscience professionnelle sur tout autre considération personnelle, dans les décisions diagnostiques ou thérapeutiques qu'il peut prendre".

⁹¹⁸ CDM art. 47 al.2.

L'indépendance professionnelle est également technique⁹¹⁹ au regard de l'ensemble des moyens matériels nécessaires à la qualité des soins et actes médicaux dont les médecins sont tenus. Ce qui a pour conséquence d'exiger que les P.H. ne compromettent pas, entre autres, la qualité des soins. Cependant, la liberté de prescription, principe fondamental de l'exercice de la médecine, semble encadrée du fait des exigences du service public hospitalier et peut-être également pour des raisons budgétaires. Les P.H. sont tenus, dans le choix de leurs prescriptions, à des listes établies de médicaments disponibles dans l'enceinte de l'établissement hospitalier.

Cette obligation n'est imposée que lorsque les patients sont hospitalisés et seulement durant leur séjour dans l'établissement de soins. Cet encadrement de la prescription en milieu hospitalier est le corollaire de l'encadrement des dépenses de santé en milieu ambulatoire déterminé par l'article 10 de la convention médicale du 17 décembre 1997.

Le particularisme d'application des règles déontologiques en milieu hospitalier se connaît également au niveau de la responsabilité disciplinaire des P.H.

3 - Responsabilités disciplinaire et déontologique

Les manquements à la déontologie professionnelle sont, en général, de la compétence de l'organe de l'ordre des médecins qui bénéficie d'un pouvoir disciplinaire sur ses membres. Cependant les P.H., au même titre que tous les médecins chargés d'un service public, bénéficient d'une protection et ne peuvent être traduit devant la chambre de discipline, pour un acte relevant de leurs fonctions, que par le représentant de l'État, le procureur de la République ou par l'autorité exécutive de la Nouvelle-Calédonie⁹²⁰.

Un patient ou un médecin ne pourra ainsi déposer plainte contre un P.H. devant l'ordre pour un acte relevant du secteur public.

En revanche, en ce qui concerne l'activité privée exercée dans le cadre de l'établissement hospitalier, les praticiens sont soumis aux règles de droit commun, de saisine de la juridiction disciplinaire. De plus, un médecin condamné à une peine de suspension pour une faute déontologique commise dans le cadre de son exercice privé devra également, pendant la durée de sa suspension, cesser ses fonctions hospitalières.

Les statuts donnent compétence en matière de répression disciplinaire au Président du Gouvernement, autorité ayant le pouvoir de nomination, seul habilité pour prononcer une des sanctions

⁹¹⁹ CDM art. 70.

⁹²⁰ CSP art. L 4441-6.

limitativement énumérées par les statuts à l'article 54, après avis du conseil de discipline.

Le conseil de discipline, saisi par le Président du Gouvernement⁹²¹, est présidé par le Président du Congrès. Il comprend dix membres dont la désignation fait l'objet de l'annexe 4 de la délibération n° 139/CP du 29 mars 2004. Une fois saisi, un rapporteur est désigné ; il a pour mission d'instruire l'affaire tout en respectant la procédure contradictoire et les droits de la défense.

La décision motivée, prononcée par le président du Gouvernement, peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir auprès du Tribunal administratif si elle fait grief, et toute erreur de forme ou de fond pourra donner lieu à l'annulation ou à la requalification de la sanction.

Le praticien suspendu conserve son traitement mensuel.

Le P.H. sanctionné disciplinairement peut demander au Président du Gouvernement qu'aucune trace de cette sanction ne subsiste dans son dossier. L'accord lui sera donné après avis du conseil de discipline.

Le directeur de l'établissement dispose seul, du pouvoir de prononcer un avertissement ou un blâme à l'encontre d'un P.H., par décision motivée qui peut faire l'objet d'un recours devant le conseil de discipline.

L'ensemble des dispositions légales, réglementaires et déontologiques régissant les médecins qui exercent leurs fonctions dans les établissements hospitaliers de la Nouvelle-Calédonie, ne place pas ces derniers dans la même position juridique.

§ 2 RLa position juridique des médecins recrutés par contrat

Tous les praticiens du service public hospitalier ne sont pas des agents soumis à un statut de droit public^{921bis}, ce qui engendre une dualité de juridictions.

Sous-paragraphe 1 RLe recours aux praticiens contractuels

Le statut de droit public, c'est-à-dire légal et réglementaire, ne régit pas l'ensemble du personnel médical hospitalier.

En effet, dans certaines situations, la possibilité est offerte au directeur de l'établissement d'avoir recours, par contrat de droit privé, à des médecins. Ce mode exceptionnel de recrutement, autorisé par la

⁹²¹ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 55.

^{921bis} En raison de l'application en Nouvelle-Calédonie de l'Ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail, J.O.N.C., 18 novembre 1985 p. 1789.

délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, peut s'effectuer pour une période déterminée, ou indéterminée.

1 – Le recrutement temporaire

Le recours à un contrat à durée déterminée (CDD), pour une période inférieure à 12 mois, est possible seulement en cas de vacance inopinée de poste, de création de poste ou encore afin d'assurer le remplacement d'un P.H. en position de congés⁹²².

Si le CDD est d'une durée supérieure à trois mois, l'avis du chef de service est nécessaire ainsi que celui du bureau de la CME et du médecin inspecteur de la santé en Nouvelle-Calédonie.

Le recrutement est finalisé par un contrat de travail, conclu entre l'établissement hospitalier et le praticien retenu, transmis au directeur des affaires sanitaires et sociales.

L'organe de l'ordre des médecins n'est pas destinataire du contrat, mais il appartiendra au praticien ainsi recruté, conformément aux règles déontologiques⁹²³, de communiquer ce dernier à l'ordre.

Conformément à la législation du travail en vigueur en Nouvelle-Calédonie, le contrat à durée déterminée ne peut être supérieur à douze mois, sauf conditions particulières prévues, de manière générale, par le code du travail de Nouvelle-Calédonie^{923bis}. La juridiction du travail a, à plusieurs reprises, confirmé sa position sur le recours au contrat de travail à durée déterminée⁹²⁴, sur sa compétence en matière d'agent public contractuel⁹²⁵ ainsi que sur la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée⁹²⁶.

⁹²² Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 10.

⁹²³ CDM art. 84.

^{923bis} Délibération n° 266/CP du 17 avril 1998, portant diverses dispositions d'ordre social, J.O.N.C. 12 mai 1998, page 1806.

⁹²⁴ Tribunal du travail de Nouméa du 7 juillet 2000 - *Revue de jurisprudence sociale, L&C*, mars 2001 n° 35 page 397 : "... que le contrat de travail à durée déterminée est un contrat d'exception en matière de droit du travail, et fait, dès lors, l'objet d'un formalisme strict".

⁹²⁵ Cour d'appel de Nouméa du 22 novembre 2000 - *Revue de jurisprudence sociale, L&C*, mars 2001 n° 35 page 403 : "...l'expression « personne relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public" doit limitativement s'entendre comme recouvrant les seuls fonctionnaires publics à statut [...] que force est de constater que le C. a soumis à la signature du Dr V. un contrat à durée déterminée [...] situation entraînant par voie de conséquence la compétence du Tribunal du travail".

⁹²⁶ Tribunal du travail de Nouméa du 19 décembre 2003 - *Revue de jurisprudence sociale, L&C*, mars 2004 n° 53 page 614 : "Le contrat à durée déterminée prend fin de plein droit à l'échéance du terme et la poursuite de la relation contractuelle au delà de son échéance le transforme automatiquement en contrat à durée indéterminée...".

En matière de rémunération, du fait de la précarité de leur situation professionnelle, les praticiens recrutés par CDD ne sont pas limités quant à la reprise de leur ancienneté et pourront prétendre à une rémunération y afférant. De plus, dans un souci de continuité des soins, une dérogation est accordée au directeur de l'établissement, permettant ainsi de fixer une rémunération autre que celle définie dans la grille échelonnaire. Les praticiens recrutés par CDD se trouvent dans une position leur permettant de négocier leur rémunération, principe de droit privé.

Parallèlement au recrutement temporaire, le recrutement "permanent" par contrat de droit privé est possible.

2 - Le recrutement par contrat à durée indéterminée

Il peut être fait appel, par contrat de droit privé sans limitation de durée, à des praticiens hospitaliers lorsque les appels à candidature sont restés infructueux⁹²⁷ après deux publications.

Le praticien ne pourra être recruté qu'après avis favorable du médecin inspecteur de la santé de la Nouvelle-Calédonie, de la commission médicale de l'établissement concerné ainsi que du conseil administratif de cet établissement. Il est à noter que, jusqu'à l'entrée en vigueur du texte de 2004, l'avis requis n'était pas qualifié, aucune disposition ne stipulant que l'avis devait être favorable.

Aujourd'hui, en cas de recrutement par contrat à durée indéterminée, il est expressément prévu que l'avis doit être favorable, ce qui l'assimile à un avis conforme : s'il est défavorable, le directeur de l'établissement hospitalier est lié et ne peut procéder au recrutement.

Le projet de contrat soumis à l'avis de la commission statutaire est ensuite transmis à l'approbation du Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, à charge pour le praticien recruté de le transmettre à l'ordre.

Le personnel médical recruté par contrat à durée indéterminée se voit imposer la grille échelonnaire du praticien hospitalier titulaire. Bien que soumis à un contrat de droit privé, le praticien contractuel à titre permanent ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour négocier son salaire ou son avancement. De plus, la reprise de son ancienneté est limitée à une classification au 8^o échelon.

Le praticien contractuel est recruté par contrat comportant des clauses prises unilatéralement par l'administration^{927bis}, que l'on peut

⁹²⁷ Délibération n° 139/CP du 26 mars 2004, art. 9.

^{927bis} Les clauses exorbitantes du droit commun sont par exemple les clauses qui prévoient le recouvrement des créances contractuelles par le procédé de l'état exécutoire. Il peut s'agir également de clauses qui stipulent des obligations qui par leur nature ne peuvent figurer dans un contrat analogue de droit privé.

qualifier de clauses exorbitantes de droit commun, mais sans que cela influe sur la nature privée du contrat.

Que ce soit un recrutement pour une période déterminée ou par contrat à durée indéterminée, aucune disposition ne semble interdire le recrutement contractuel à temps partiel.

La situation contractuelle des praticiens hospitaliers va engendrer, en Nouvelle-Calédonie, une dualité de juridictions.

Sous-paragraphe 2 R Dualité de juridictions

La clarification jurisprudentielle du contentieux des agents publics contractuels en Métropole, n'a pas trouvé d'application en Nouvelle-Calédonie, et de ce fait le droit commun du travail fait irruption dans le service public.

1 – La dualité droit public – droit privé

Le contentieux relatif aux agents publics contractuels, a connu une clarification jurisprudentielle dans la décision Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres c/ Conseil de Prud'hommes de Lyon, plus communément connue sous l'appellation "Berkani"⁹²⁸.

Avant 1954, trois indices dégagés par le Conseil d'État permettaient d'établir la qualité d'agent public contractuel. Était qualifié d'agent public, le personnel lié à l'administration par un contrat comportant des clauses exorbitantes⁹²⁹ de droit commun. Puis la nature de la fonction exercée par l'agent contractuel est prise en compte⁹³⁰. Et enfin, la situation de précarité d'emploi⁹³¹, dans laquelle se trouve un agent public lié par un contrat à l'administration, est retenue.

Quelques années plus tard, le critère de la participation directe à l'exécution du service public administratif fait implicitement son entrée avec deux arrêts rendus par le Conseil d'État⁹³².

L'état du droit du personnel non titulaire s'est vu clarifier par le nouveau critère d'identification, consacré par le Tribunal des Conflits, qui créa par ailleurs un revirement jurisprudentiel : "Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi".

⁹²⁸ Tribunal des Conflits 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-alpes, Préfet du Rhône et autres c/ Conseil de Prud'hommes de Lyon, Rec. 535, concl. Martin.

⁹²⁹ Conseil d'État section 24 janvier 1947 R Conseil d'État 2 février 1944, Braibant, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12^e édition, 1999, p. 369.

⁹³⁰ Conseil d'État 10 février 1950 Lecoeur Run chef de service est un agent public.

⁹³¹ Conseil d'État 8 décembre 1953 Rousseau.

⁹³² Conseil d'État 4 juin 1954 Vingtain et Affortit, Rec. 342, concl. Chardeau.

Par la jurisprudence Berkani, le Tribunal des Conflits a ainsi apporté une simplification de qualification qui a permis et qui permet encore aujourd'hui, de traiter du contentieux relatif aux agents publics contractuels. Seule l'incertitude concernant le caractère administratif du service public persiste mais, dans le cas des établissements publics d'hospitalisation, le caractère administratif de la structure n'est pas à rechercher^{932bis}.

Cependant, cette position jurisprudentielle n'a pas bénéficié à la Nouvelle-Calédonie et les juges du fond ont adopté une position différente.

L'incertitude, qui a régné pendant longtemps en Nouvelle-Calédonie, quant à la compétence juridictionnelle pour traiter des litiges nés entre un agent public contractuel et l'administration, a pour cause l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985⁹³³ relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances. Cette ordonnance, bien que modifiée, est toujours d'application de nos jours.

En 1992⁹³⁴, le Tribunal administratif de Nouméa a précisé dans un jugement, la volonté du législateur lors de la rédaction de cette ordonnance, de réserver aux juridictions judiciaires la connaissance de tous litiges relatifs aux contrats.

Malgré cette clarification, les juridictions judiciaires et administratives se sont, à plusieurs reprises, déclarées simultanément compétentes, élevant ainsi un conflit positif devant le Tribunal des Conflits⁹³⁵, qui confirma qu'un agent contractuel au service d'un

^{932bis} Loi n° 84.16 du 11 janvier 1984 loi dite "Le Pors" portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'état, JORF 12 janvier 1986.

⁹³³ Ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail, précitée : art. 1 al. 5 dispose "Sauf dispositions contraires de la présente ordonnance, elle n'est pas applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public". A contrario, cet article s'applique à toute personne liée par un contrat de travail à un employeur, qu'il soit une personne de droit privé, ou une personne morale de droit public.

⁹³⁴ Tribunal administratif de Nouméa 5 août 1992, Forrest c/ CHT Gaston BOURRET, inédit : "Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le législateur a entendu maintenir en vigueur, pour l'essentiel, le régime de compétence contentieuse institué par la loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952, qui réservait aux juridictions de l'ordre judiciaire la connaissance de tous les litiges relatifs à l'application d'un contrat, quelle que soit la nature, publique ou privée, de la personne morale au service de laquelle se trouve l'agent ; que ce n'est que lorsque celui-ci relève d'un "statut de droit public" que le litige ressortit de la compétence de la juridiction administrative"

⁹³⁵ Tribunal des conflits 15 mars 1999, Ripert, affaire n° 03146, publiée au Recueil Lebon : "[...] que sa fonction d'agent contractuel au service d'un établissement public administratif ne le plaçait pas sous un "statut de droit public" au sens de l'article premier de l'ordonnance du 13 novembre 1985 ; que dès lors, c'est à tort que le Délégué du Gouvernement pour la Nouvelle-Calédonie et les Iles Wallis et Futuna,

établissement public administratif ne bénéficiait pas d'un "statut de droit public".

L'incertitude règne encore aujourd'hui⁹³⁶ malgré un indice supplémentaire, apporté en 2002 par le Tribunal administratif de Nouméa⁹³⁷, considérant que le fait d'être régi par la délibération modifiée n° 145/CP du 5 novembre 1991 relative aux conditions de recrutement et d'emploi des praticiens hospitaliers ne soumet pas forcément à un statut de droit public.

Il semble donc essentiel de prendre en compte, uniquement, le statut contractuel dans lequel se trouve le médecin hospitalier face à l'administration.

Haut Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, a revendiqué pour la juridiction administrative la connaissance du litige".

⁹³⁶ Tribunal administratif de Nouméa 4 septembre 2003, Birot, inédit. En l'espèce Mr Birot travaillait en tant que contractuel pour le Lycée agricole de Nouvelle-Calédonie. Suite à des tests techniques d'embauche organisés par l'administration, ce dernier demande au T.A. d'annuler son contrat d'embauche et d'ordonner son recrutement compte tenu de sa qualité de lauréat desdits test. Le tribunal administratif se prononce en ces termes : "Considérant que les conclusions en annulation de la requête présentée par M. Birot, qui relatent des faits particulièrement regrettables, sont relatives à des contrats de travail concernant des agents qui n'ont pas la qualité de fonctionnaire ; qu'à ce titre il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître du contentieux dont il s'agit...".

⁹³⁷ Tribunal administratif de Nouméa 18 novembre 2002, Marchand, inédit : "Considérant que Monsieur F. Marchand, qui n'appartient à aucun corps d'une fonction publique, exerce les fonctions de praticien hospitalier au Centre Hospitalier Territorial de Nouvelle-Calédonie ; que les circonstances que, d'une part sa situation administrative est régie par la délibération modifiée n° 145/CP du 5 novembre 1991 relative aux conditions de recrutement et d'emploi des praticiens hospitaliers des établissements territoriaux d'hospitalisation, d'autre part de l'arrêté n° 02-816/GNC/Pr du 21 février 2002 litigieux émane, en application de la délibération précitée, du Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, n'ont pas pour effet de le soumettre à un "statut de droit public" au sens de l'article premier de l'ordonnance du 13 novembre 1985 ; que par suite il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître des conclusions de la requête, qu'il a lieu de rejeter".

2 - Droit du travail et service public

Suivant la jurisprudence du Tribunal des Conflits⁹³⁸ pour la Nouvelle-Calédonie, sont soumis au droit local du travail les contractuels et les auxiliaires, même si leur situation administrative est régie par une réglementation spécifique.

En conséquence, le personnel médical contractuel des établissements publics locaux n'a ni la qualité de fonctionnaire, ni celle d'agent de droit public et relève nécessairement d'une situation contractuelle de droit privé régie par le code du travail et la délibération statutaire n° 139/CP du 26 mars 2004.

En Métropole, l'article L 134-1 du Code du travail⁹³⁹ autorise à déterminer les conditions d'emploi et de travail des personnels contractuels exerçant une activité de service public, par un statut réglementaire.

En Nouvelle-Calédonie, les dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 1985 ne contiennent aucune dérogation de cette nature.

Les principes directeurs du droit du travail ayant valeur législative, aucun acte réglementaire de valeur inférieure ne pouvait y déroger, ce qui impliquait que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie ne pouvait, par délibération, le faire. Depuis la loi organique du 19 mars 1999, cela est désormais possible, mais il faut pour cela recourir à une loi du pays.

Actuellement les praticiens recrutés par contrat sont soumis à des conditions d'emploi et de travail unilatéralement décidées par l'administration.

Or, soumis aux principes du droit du travail, que se passerait-t-il si un praticien recruté par contrat à durée déterminée ou recruté en tant qu'assistant, saisissait la juridiction du travail ?

Le contrat de travail signé par le praticien hospitalier déroge aux principes du droit du travail car, établi unilatéralement et modifié unilatéralement par l'administration, le principe de l'immutabilité des contrats en est écarté. En effet, un contrat de travail est un accord entre deux parties, l'une mettant à disposition sa compétence pour exercer son art, l'autre s'engageant en contre-partie à lui verser un salaire. Pour ce qui concerne les P.H., ces contrats englobent des

⁹³⁸ Tribunal des conflits n° 02998, Paturel, du 19 février 1996, publié au Recueil : les maîtres-auxiliaires de l'éducation nationale relèvent, en Nouvelle-calédonie, de la compétence du tribunal du travail.

⁹³⁹ Code du travail, art. L134-1 : "...Lorsqu'ils emploient(les établissements publics ou privés chargés d'une mission de service public) du personnel dans des conditions de droit privé, les conditions d'emploi et de travail ainsi que les garanties sociales peuvent être déterminées, en ce qui concerne les catégories de personnel qui ne sont pas soumis à un statut législatif ou réglementaire particulier, par des conventions et accords collectifs de travail,..."

dispositions exorbitantes du droit commun, où seule l'administration impose ses règles, voire les modifie.

Dans l'hypothèse d'un conflit du travail mettant en cause la légalité des dispositions du statut relatif aux praticiens contractuels ou leurs modifications unilatérales, les juges du fond devront se conformer aux dispositions du droit du travail.

Pour ce qui est des modifications contractuelles unilatérales, le Tribunal du travail⁹⁴⁰ s'est prononcé à plusieurs reprises, confirmant qu'un contrat ne peut subir de modification qu'avec l'accord des deux parties.

Cette jurisprudence constante du Tribunal du travail de Nouméa, confirmée par les Cours d'Appel ainsi que par la Cour de Cassation, aurait tout lieu de s'appliquer aux contrats qui lient l'administration avec les praticiens contractuels.

L'article 1134 du Code civil reconnaît que "*les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites*" et l'article 110 du droit de travail en Nouvelle-Calédonie "*Le contrat de travail est soumis au règle de droit commun...*".

Le principe général dont s'inspire ces dispositions implique que toute modification des termes d'un contrat de travail recueille l'accord des deux parties contractantes.

N'ayant pas de dispositions similaires à l'article L 134-1 du Code du travail métropolitain en Nouvelle-Calédonie, les modifications unilatérales du contrat de travail peuvent laisser penser que l'administration est susceptible de commettre des abus de droit.

Cependant une atténuation est admise par les juges du fond, qui acceptent une modification unilatérale, lorsque cette modification n'apporte pas de changement à la substance même du contrat.

Il en va ainsi pour les modifications d'horaires qui entrent dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur⁹⁴¹.

⁹⁴⁰ Tribunal du travail de Nouméa 7 avril 1995 n° 32-95, inédit : "L'employeur ne peut modifier de façon unilatérale une condition essentielle du contrat de travail. Pour que la modification soit recevable, il faut que le salarié ait exprimé de façon certaine et non équivoque son acceptation". Tribunal du travail de Nouméa 24 janvier 1997 n° 9-97, inédit : "Attendu que l'employeur ne peut modifier substantiellement le contrat de travail sans l'accord du salarié ; que l'acceptation du salarié ne peut découler de la poursuite de l'activité aux conditions nouvelles...". Tribunal du travail de Nouméa 3 octobre 1997 n° 191-96, inédit : "Il est constant que, selon un principe maintes fois réaffirmé par les Cours d'Appel et la Cour de Cassation, "l'acceptation de la modification du contrat de travail ne peut résulter que des actes non équivoques manifestant clairement et certainement l'intention des parties d'innover".

⁹⁴¹ Tribunal du travail de Nouméa 22 novembre 2002 n° 02-411 : "Il résulte de la comparaison de ces horaires qu'il ne s'agit que d'une nouvelle répartition du temps de travail sur la journée, sans incidence sur sa durée globale, ce qui apparaît ainsi comme une simple modification des conditions de travail relevant à l'évidence du pouvoir de direction de l'employeur". Tribunal du travail de Nouméa 19 mars 2004 n° 04-55 : "Il résulte des pièces versées aux débats que si les horaires ont été répartis

La pratique de la médecine dans les établissements publics de santé, ne représente pas le seul mode d'exercice au sein de l'administration, il existe d'autres statuts publics.

SECTION 2 LES AUTRES STATUTS PUBLICS (G. Agniel, N. Bescond)

L'organisation des services de santé de Nouvelle-Calédonie connaît deux catégories particulières de praticiens : les médecins de Santé Publique et les assistants des établissements publics territoriaux d'hospitalisation.

La délibération n°240 des 18 et 26 décembre 1991⁹⁴² a créé le statut particulier du corps des médecins de santé publique du cadre territorial de la Nouvelle-Calédonie. Il s'agit, et c'est une particularité notable, d'agents publics territoriaux relevant du statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux. Quant aux assistants des établissements publics territoriaux d'hospitalisation, ils sont régis par la délibération n° 146/CP du 5 novembre 1991⁹⁴³. Il s'agit d'agents publics contractuels relevant, aux termes de l'ordonnance du 13 novembre 1985⁹⁴⁴, de la juridiction du tribunal du travail de Nouvelle-Calédonie.

§1. Les médecins de santé publique

La délibération de 1991 substitue le statut de médecins de santé publique à celui de médecins du service de santé qui datait de 1979.

A. Recrutement

Les recrutements s'exercent par concours sur titre parmi les candidats titulaires du diplôme français d'État de docteur en médecine.

Les candidats recrutés doivent effectuer, comme tout fonctionnaire de la Nouvelle-Calédonie, un stage probatoire, à l'issue duquel ils sont titularisés dans le corps territorial des médecins de Santé Publique pour y effectuer leur carrière. Il est à noter que le

différemment sur la semaine, alors que par ailleurs, il n'existait entre les parties aucune clause interdisant le travail le week-end, la durée hebdomadaire du travail n'a pas été modifiée".

⁹⁴² J.O.R.F., 28 janvier 1992, pages 481 et suivantes.

⁹⁴³ JORF, 17 décembre 1991, pages 3335 et suivantes.

⁹⁴⁴ Ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985, relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances, de la juridiction du tribunal du travail de Nouvelle-Calédonie.

sommet de celle-ci, la classe exceptionnelle à échelon unique, est atteint en 14 ans, voire moins si un médecin est titulaire, au moment de son recrutement, soit du Certificat d'études spéciales (C.E.S) ou équivalent, soit de la qualification ordinale dans une spécialité.

Ils bénéficient d'un droit à la formation sous la forme d'un stage de mise à jour des connaissances ou de formation complémentaire d'une durée minimale d'un mois tous les trois ans.

B. Conditions d'exercice de la profession

Les médecins de santé Publique exercent leur art en toute indépendance et sont tenus de respecter le code de déontologie médicale. Comme tout fonctionnaire, ils ne peuvent recevoir aucun émolument au titre d'autres activités tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'établissement d'affectation.

Leur rémunération est calquée sur celle des corps de catégorie A du cadre de l'administration générale mais est bonifiée notamment par une prime mensuelle de 15 % du traitement de base indexé, une indemnité de sujétion pour astreinte et des indemnités de gardes ou permanences sur les lieux de travail ou à domicile⁹⁴⁵.

Ils sont soumis au régime disciplinaire de droit commun et relèvent de la commission de discipline des corps de fonctionnaires de catégorie A et encourent les sanctions prévues par l'arrêté n° 1065 du 22 août 1953 portant statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux de Nouvelle-Calédonie⁹⁴⁶.

⁹⁴⁵ Délibérations n° 240, article 4 (portant statut particulier) et 241 (fixant le régime indemnitaire) des 18 et 26 décembre 1991

⁹⁴⁶ En ce sens, C.E. n°141643 du 20 décembre 1995, G... ; inédit au Recueil Lebon. En l'espèce, il était reproché au médecin chef d'une circonscription médicale des Îles Loyauté d'avoir, de sa propre initiative, décidé de fermer le service des accouchement de la maternité en se fondant l'absence temporaire pour congé annuel d'une des deux sages-femmes de la maternité, et ce, en dépit des instructions contraires reçues de ses autorités hiérarchiques. Cette décision avait eu pour conséquence qu'une patiente sur le point d'accoucher avait dû être transférée vers une autre circonscription médicale dont les moyens de fonctionnement n'étaient pas supérieurs.

§ 2 - Les assistants des établissements publics territoriaux d'hospitalisation

La délibération n° 146/CP du 5 novembre 1994 de la commission permanente du Congrès de la Nouvelle-Calédonie⁹⁴⁷ a fixé le statut des assistants des établissements publics d'hospitalisation.

A. Recrutement et fonctions

La délibération distingue, en ce qui concerne les conditions de recrutement, entre les assistants généralistes et les assistants spéciaux.

Outre les conditions classiques de nationalité, de jouissance des droits civiques et d'aptitude physique, les premiers doivent être titulaires du diplôme d'État français de docteur en médecine, ou du doctorat en chirurgie dentaire ou en pharmacie. S'y ajoutent une condition d'aptitude pour l'exercice des fonctions hospitalières postulées et une obligation de résidence à proximité de l'établissement d'exercice des fonctions.

Quant aux assistants spécialisés, ils doivent : soit justifier de la possession d'un diplôme d'études spécialisées, soit être titulaires d'un certificat d'études spéciales.

Le recrutement donne lieu à l'établissement d'un contrat à durée déterminée d'un an ou de deux ans, renouvelable sans que la durée cumulée du contrat puisse excéder quatre ans. Un assistant ayant exercé ses fonctions pendant quatre ans ne peut plus être recruté en cette qualité par un établissement public territorial d'hospitalisation. Deux années d'exercice effectif en qualité d'assistant généraliste ou spécialiste ouvrent le droit à porter le titre d'ancien assistant des hôpitaux de Nouvelle-Calédonie.

Les assistants exercent à plein temps des fonctions de diagnostic, de soins et de prévention ou assurent des actes pharmaceutiques au sein de l'établissement, sous l'autorité du praticien hospitalier exerçant les fonctions de chef de service. Ils peuvent également être chargés de fonctions d'enseignement par l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie.

B. Statut juridique

Il est à remarquer que la délibération 146/CP établit un véritable statut particulier de l'assistant, disposant également en matière de

⁹⁴⁷ Délibération n° 146/CP du 5 novembre 1994 relative aux assistants des établissements publics territoriaux d'hospitalisation, JONC 17 décembre 1991, pages 3335 et suivantes.

congrés, d'avantages sociaux et de discipline⁹⁴⁸, qui pourrait laisser à penser que l'assistant est un contractuel de droit public dont l'éventuel contentieux relèverait de la juridiction administrative. Il n'en est rien, les dispositions⁹⁴⁹ de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985, pertinentes en la matière, en faisant des contractuels de droit privé et attribuant leur contentieux au tribunal du travail de Nouvelle-Calédonie.

Peu importe donc l'existence de clauses exorbitantes du droit commun dans le contrat de recrutement ou le fait que l'assistant participe directement au service public de santé : l'ordonnance déroge aux principes dégagés par l'abondante jurisprudence du tribunal des conflits en la matière qui ne trouve donc pas application en Nouvelle-Calédonie⁹⁵⁰.

Sur le plan social, les assistants sont affiliés à la Caisse des Allocations Familiales, des Accidents du Travail et de la Prévoyance de la Nouvelle-Calédonie (CAFAT), ainsi qu'à la Mutuelle des Fonctionnaires. Ils bénéficient d'un régime de retraite complémentaire.

Leur rémunération est composée des émoluments forfaitaires mensuels déterminés par une grille d'échelons de nature réglementaire. S'y ajoutent des indemnités liées aux services de garde et d'astreinte et des indemnités pour participation à des jurys de concours, à l'enseignement et à la formation des personnels des établissements hospitaliers. Enfin une prime d'installation est servie lors du recrutement. Si, au moment de celui-ci, l'assistant ne réside pas en Nouvelle-Calédonie, les frais afférents à sa venue et à celle de sa famille sont pris en charge par l'établissement employeur. À l'issue du contrat, les frais de retour sont également pris en charge.

⁹⁴⁸ L'article 21 de la délibération énumère les sanctions disciplinaires applicables aux assistants. Il s'agit tout d'abord de l'avertissement et du blâme, prononcés par le directeur de l'établissement après avis de la commission médicale d'établissement. Lorsque la faute est plus grave, l'assistant peut faire l'objet soit d'une suspension, assortie d'une suspension totale ou partielle des émoluments, pour une durée ne pouvant excéder six mois, soit être licencié. Ces sanctions relèvent de la compétence de l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie, sur proposition du Médecin Inspecteur Territorial de santé, après avis du directeur et de la commission médicale de l'établissement.

⁹⁴⁹ Alinéa premier de l'article 5 : "*Sauf dispositions contraires de la présente ordonnance, elle n'est pas applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public*".

⁹⁵⁰ En ce sens, Tribunal des conflits, n° 03146 du 15 mars 1999, Ripert.

CHAPITRE 3

LE STATUT FISCAL⁹⁵¹

(N. Clinchamps)

Le droit fiscal opère une distinction entre l'impôt sur le revenu des personnes physiques (IR) et l'impôt sur les sociétés (IS). Les médecins⁹⁵² exerçant leur activité en Nouvelle-Calédonie relèvent de l'un ou de l'autre. Le présent chapitre a donc pour vocation de présenter les différents régimes fiscaux susceptibles de s'appliquer à un médecin, selon le mode d'exercice de sa profession.

L'article 22, 1° de la loi organique du 19 mars 1999⁹⁵³, rappelle que la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière fiscale⁹⁵⁴, mais globalement, il y a très peu de différences de principe avec la fiscalité des médecins en Métropole. Elles portent essentiellement sur les taux d'imposition. Cependant, il existe quelques spécificités calédoniennes. Ainsi, les associations agréées⁹⁵⁵, auxquelles les médecins peuvent adhérer en Métropole n'ont pas été implantées sur le territoire.

Mais avant d'aller plus loin, deux autres règles spécifiques, communes à la quasi-totalité des médecins doivent être présentées

⁹⁵¹ L'auteur tient à remercier Mme Stéphanie Boiteux, Directrice des Services fiscaux de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que MM. Richard Biencourt et Eric Eschembrenner qui ont bien voulu enrichir de leurs remarques le propos qui va suivre.

⁹⁵² Ici, le terme "*médecin*" désigne principalement les professions médicales et accessoirement les professions paramédicales définies dans l'introduction du manuel, *supra*. Les termes "*médecin*", "*praticien*" et "*contribuable*", sont indifféremment employés dans la suite du propos.

⁹⁵³ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *relative à la Nouvelle-Calédonie*, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁹⁵⁴ Article 22 : "*La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : 1° Impôts, droits et taxes perçus au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie ; création et affectation d'impôts et taxes au profit de fonds destinés à des collectivités territoriales, d'établissements publics ou d'organismes chargés d'une mission de service public ; création d'impôts, droits et taxes provinciaux ou communaux ; réglementation relative aux modalités de recouvrement, au contrôle et aux sanctions*".

⁹⁵⁵ Elles offrent aux médecins (et aux autres professions libérales) soumis à l'IR, sous le régime des BNC, une aide comptable, administrative et fiscale. L'adhésion à de telles associations peut engendrer des avantages fiscaux : un abattement de 20 % sur le bénéfice imposable, une réduction d'impôt en contrepartie de l'adhésion, une dispense de pénalités en cas de nouvelle adhésion si le contribuable révèle spontanément les insuffisances de ses précédentes déclarations, une limitation de la part déductible du salaire du conjoint.

plus en détail. La première porte sur la non imposition à la taxe sur les services des prestations rendues et la seconde sur l'obligation de s'acquitter d'un impôt lié à l'activité professionnelle : la patente.

Concernant l'imposition de la dépense, le principe, inspiré du régime de la TVA en Métropole⁹⁵⁶, est celui de l'exonération de la taxe de solidarité sur les services (TSS). En vertu de l'article Lp. 918 D⁹⁵⁷ CINC⁹⁵⁸ : *"Sont exonérés de la taxe :*

1°) les soins dispensés aux personnes par les membres des professions médicales et paramédicales ainsi que l'imagerie médicale et les travaux d'analyse de biologie médicale et les fournitures de prothèses dentaires par les dentistes et les prothésistes ;

2°) les frais d'hospitalisation et de traitement dans les établissements de soins agréés ;

3°) les livraisons, commissions, courtages et façons portant sur les organes, le sang et le lait humains ;

4°) le transport de malades ou de blessés à l'aide de véhicules spécialement aménagés à cet effet effectué par des personnes agréées ;

5°) l'exploitation d'un établissement agréé par l'autorité provinciale compétente, selon la réglementation en vigueur, chargé de l'accueil des personnes âgées ;

6°) et, en général, toutes les prestations sanitaires ou sociales donnant lieu à une prise en charge ou une aide totale ou partielle par les organismes de protection sociale".

Si la TSS ne concerne pas directement les médecins, dans le cadre de leur activité, elle intéresse, au premier chef, le droit médical de la Nouvelle-Calédonie car elle est affectée à la CAFAT⁹⁵⁹. Son taux est de 4 %⁹⁶⁰ et elle rapporte plus de 6,5 milliards de francs C.F.A. par an.

Les médecins métropolitains sont soumis à la taxe professionnelle. Cette dernière a remplacé la patente en 1975. Cependant, la Nouvelle-Calédonie a conservé cet impôt datant de 1791⁹⁶¹. L'imposition à la contribution des patentes concerne tous les médecins, sauf ceux relevant du régime salarié. En effet, en vertu de

⁹⁵⁶ En Métropole, les soins dispensés aux personnes par les membres des professions médicales et paramédicales réglementées font l'objet d'une exonération de TVA, sans possibilité d'option, en vertu de l'article 261, 4, 1° CGI.

⁹⁵⁷ Loi du pays n° 2001-013 du 31 décembre 2001, article 3, *J.O.N.C.* du 31 décembre 2001, p. 6978.

⁹⁵⁸ Code des impôts de Nouvelle-Calédonie.

⁹⁵⁹ Le Titre cinquième du CINC s'intitule : *"Impositions affectées à la CAFAT au titre du financement de la protection sociale"*.

⁹⁶⁰ Article R 919 B CINC, Délibération du Congrès n° 265 du 23 novembre 2001, *J.O.N.C.* du 31 décembre 2001, p. 6978

⁹⁶¹ FRADIN Jean-Pierre et GEFFROY Jean-Baptiste, *Traité du droit fiscal de l'entreprise*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 2003, p. 85.

l'article 206 CINC, elle est obligatoire, sauf exemption⁹⁶², pour toute personne physique ou morale qui entreprend en Nouvelle-Calédonie l'exercice d'un commerce, d'une industrie ou d'une profession, pour son propre compte et dans un but lucratif. L'imposition est établie, à droit fixe⁹⁶³ et proportionnel⁹⁶⁴, au nom de la personne physique ou morale⁹⁶⁵. A cela s'ajoutent des centimes additionnels.

Le montant du droit fixe varie d'une profession à l'autre. Il comprend une taxe déterminée et une ou plusieurs taxes variables. La première "est établie au lieu d'exploitation, d'après le tarif et selon la nature de la profession"⁹⁶⁶. Si une profession soumise à la patente n'y figure pas, cela ne vaut pas exonération. Les droits lui sont alors établis par assimilation avec des professions similaires prévues au tarif. Les taxes variables du droit fixe portent sur les véhicules utilitaires⁹⁶⁷, les locaux et emplacements commerciaux. Elles sont imposées au lieu d'exploitation des magasins, ateliers, bureaux, chantiers, auxquels sont rattachés les éléments imposables ou, à défaut, au siège de l'entreprise⁹⁶⁸. Enfin, le montant total du droit fixe fait l'objet d'un abattement de 25 % pour l'ensemble des professions⁹⁶⁹.

A l'origine, le droit fixe s'appliquait quelle que soit la durée de la période d'exercice de la profession. Dans le secteur médical, cette règle pouvait être ressentie comme une injustice, dans le cadre d'une profession où les remplacements, et donc la limitation du nombre de jours travaillés, sont fréquents. Pour y remédier l'article 222 CINC prévoit une réduction de moitié de la patente lorsque cette période n'excède pas six mois, et des trois quarts lorsqu'elle ne dépasse pas trois mois⁹⁷⁰.

Ces précisions étant données, selon le mode d'exercice de la profession, le médecin est soumis à un régime fiscal donné⁹⁷¹.

⁹⁶² Dans le cadre des professions médicales et paramédicales, seuls les pharmaciens mutualistes bénéficient d'une exonération de la patente (article 212, 4. CINC).

⁹⁶³ Article 214 CINC.

⁹⁶⁴ Celui-ci s'applique aux opérations en douanes. Il ne concerne pas, *a priori*, les professions médicales.

⁹⁶⁵ Article 209 CINC. S'il s'agit d'une société de capitaux ou de personnes, la patente est établie au nom de la raison sociale. Elle s'impose aux associés concernant leurs activités propres (article 210 CINC). Dans le cadre d'une S.C.P., ou de tout groupement dépourvu de personnalité morale, elle est établie au nom de chacun des membres, ou de celui des associés connus des tiers, dans le cadre d'une société de fait (article 211 CINC).

⁹⁶⁶ Article 215 CINC.

⁹⁶⁷ Celle sur les engins divers ne s'applique pas, *a priori*, aux professions médicales.

⁹⁶⁸ Article 219 CINC.

⁹⁶⁹ Article 224, al. 1 CINC.

⁹⁷⁰ Délibération n° 248 du 10 décembre 1975.

⁹⁷¹ Ses activités peuvent également relever de plusieurs régimes fiscaux simultanés (*infra*).

D'une part, le médecin peut être soumis à l'impôt sur le revenu (IR). Tel est le cas du salarié, au titre des traitements et salaires⁹⁷², mais également celui du libéral, au titre des bénéfices non commerciaux (BNC) professionnels⁹⁷³, qu'il exerce sa profession à titre individuel ou dans un groupement organisé en société de personne ou encore en S.E.L.EURL. Par ailleurs, le médecin libéral exerçant une activité commerciale à titre accessoire peut relever du régime des BIC⁹⁷⁴ pour cette activité. Plus généralement, le régime d'imposition des BNC et celui des salaires s'appliquent aux revenus correspondants servant de base au calcul de l'IR. (Section 1). D'autre part, les médecins peuvent se regrouper dans des sociétés d'exercice libéral (S.E.L.) soumises à l'impôt sur les sociétés (IS) (Section 2). A cela s'ajoute le traitement de la territorialité de l'impôt (Section 3).

SECTION 1 LA FISCALITE DES MEDECINS RELEVANT DE L'IMPOT SUR LE REVENU

La fiscalité du médecin, comme celle des autres contribuables, s'applique dans le cadre d'une logique invariante. En vertu de celle-ci, le calcul de l'impôt (§. 2) ne peut être effectué qu'après détermination du résultat fiscal (§. 1). Afin d'établir l'assiette de son impôt, le contribuable doit remplir une déclaration de revenus et la transmettre à l'administration fiscale (§. 3).

§. 1 - Le résultat fiscal par catégories de revenus

Le CINC mentionne six catégories de revenus des personnes physiques⁹⁷⁵. Parmi celles-ci, deux intéressent, au premier chef, l'activité médicale : les BNC (Sous-paragraphe 1), les salaires (Sous-paragraphe 2). A cela s'ajoute, à titre accessoire, le régime des BIC (Sous-paragraphe 3).

⁹⁷² Article 88 CINC.

⁹⁷³ Article 99, I CINC : "*Sont considérés comme provenant de l'exercice d'une profession non commerciale ou comme revenus assimilés aux bénéfices non commerciaux, les bénéfices des professions libérales...*" Les activités médicales n'entrent pas dans la catégorie des BNC non professionnels. Par conséquent, toute référence, dans la suite du propos, à la notion de BNC doit être sous-entendue comme BNC professionnels.

⁹⁷⁴ *Infra*.

⁹⁷⁵ Article 46 CINC :- les revenus fonciers ;
- les bénéfices industriels et commerciaux ;
- les bénéfices de l'exploitation agricole ;
- les traitements, salaires, indemnités, émoluments, pensions et rentes viagères ;
- les bénéfices des professions non commerciales et revenus y assimilés ;
- les revenus de capitaux mobiliers.

Sous-paragraphe 1 - Le résultat fiscal des médecins relevant des BNC

Les règles relatives à la détermination du résultat fiscal, dans le cadre des BNC, dépendent de la structure dans laquelle le médecin exerce son activité. Cette dernière peut être pratiquée à titre individuel (1) ou au sein d'une société de personnes (2).

1 - Le résultat fiscal du médecin libéral individuel

Le médecin libéral individuel est, en principe, celui qui exerce son activité pour son propre compte, sans qu'il puisse être établi un lien de subordination avec une tierce personne. Il relève du régime des BNC⁹⁷⁶. Les règles de détermination du résultat fiscal sont différentes selon la nature forfaitaire (a) ou réelle du régime d'imposition (b). Celle-ci dépend du montant annuel des recettes.

a) Le régime du forfait

Le forfait constitue le régime d'entrée pour les BNC. L'article 102, I, C1CN fixe un plafond de recettes qui s'élève à 7,5 millions cfp. Pour celles n'excédant pas cette somme, le bénéfice est calculé forfaitairement par l'administration. Il est alors égal aux deux tiers desdites recettes⁹⁷⁷. Le reste est censé représenter les charges d'exploitation.

A cela s'ajoute un avantage puisque l'appréciation du montant des recettes se fait sans tenir compte des produits de cessions d'éléments d'actif affectés à la profession⁹⁷⁸.

Dans l'hypothèse de l'installation d'un nouveau contribuable ou, au contraire, de la cessation de son activité en cours d'année, les

⁹⁷⁶ Cependant, une possibilité de regroupement spécifique lui est offerte. Ainsi, les médecins peuvent-ils former des sociétés civiles de moyens (SCM). Cette structure leur permet de mettre en commun des moyens d'exploitation tout en continuant de relever du régime inhérent au statut libéral individuel. En effet, la SCM n'exerce pas d'activité professionnelle. Elle a pour ressources les contributions aux frais communs versées par les associés et destinées à couvrir ses dépenses. La quote-part du résultat fiscal est imputable sur le BNC de chaque associé.

⁹⁷⁷ Cela correspond, en Métropole, au régime micro-BNC établi par l'article 102 *ter* CGI. Le principe de l'établissement d'une comptabilité simplifiée y est identique. Cependant, les montants sont différents. Le plafond est fixé à 27 000 € HT (soit 3 213 000 cfp) et un abattement de 37 % représentant les frais professionnels est automatiquement pratiqué. Son montant minimum est de 305 € (soit 36 295 cfp).

⁹⁷⁸ Article 102, II C1CN.

recettes annuelles déterminées en application du régime du forfait sont ajustées au prorata du temps d'activité exercée pendant ladite année⁹⁷⁹.

Sur le plan comptable, l'article 103 CINC impose très peu de formalités : les contribuables "*doivent tenir et, sur demande du Service des Impôts, présenter un document donnant le détail journalier de leurs recettes professionnelles*".

Comme en Métropole⁹⁸⁰, le contribuable de Nouvelle-Calédonie soumis au régime forfaitaire peut opter pour le régime réel simplifié. Ce principe est expressément posé par l'article 110 CINC, à condition toutefois que le médecin soit en mesure de déclarer exactement le montant de ses bénéfices et de fournir à l'appui de sa déclaration toutes les justifications comptables nécessaires. Cette option doit être exercée avant le 1^{er} février de l'année au titre de laquelle le médecin désire se placer sous ce régime⁹⁸¹. Elle est valable pour ladite année et les deux années suivantes, irrévocable pendant cette période et se reconduit tacitement, sauf renonciation expresse⁹⁸².

b) Le régime du bénéfice réel simplifié

L'article 104 CINC prévoit que "*les contribuables autres que ceux visés à l'article 102-I sont obligatoirement soumis au régime du bénéfice réel simplifié*"⁹⁸³.

La détermination du résultat fiscal est définie à l'article 100, I, al. 1 CINC : "*Sous réserve des dispositions particulières au régime du forfait prévues par les articles 102⁹⁸⁴ et 103⁹⁸⁵, le bénéfice à retenir dans les bases de l'impôt sur le revenu est constitué par l'excédent des recettes totales sur les dépenses nécessitées par l'exercice de la profession. Il tient compte des gains et des pertes provenant de la réalisation des éléments d'actif affectés à l'exercice de la profession, ainsi que de toutes indemnités reçues en contrepartie de la cession de l'exercice de la profession ou du transfert d'une clientèle*".

Cette disposition, en tous points comparable au droit fiscal de Métropole⁹⁸⁶, base le calcul des bénéfices imposables sur la différence

⁹⁷⁹ Article 102, III CINC.

⁹⁸⁰ Article 102 *ter*, 5 CGI : "*Les contribuables qui souhaitent renoncer au bénéfice du présent article peuvent opter pour le régime visé à l'article 97*". Cela vise le régime de la déclaration contrôlée (*infra*).

⁹⁸¹ En début d'activité, l'option doit être exercée dans les trois mois.

⁹⁸² En cas de renonciation à la reconduction de l'option, une notification doit être adressée à l'administration fiscale par lettre recommandée avec accusé de réception avant le 31 décembre de la dernière année de la période pour laquelle ladite option a été exercée ou reconduite tacitement.

⁹⁸³ Cela correspond, en Métropole, au régime de la déclaration contrôlée (articles 96 et s. CGI).

⁹⁸⁴ *Supra*.

⁹⁸⁵ *Supra*.

⁹⁸⁶ Article 93, 1 CGI.

entre les recettes totales et les dépenses nécessitées par l'exercice de la profession. Cela constitue une application de la comptabilité de caisse⁹⁸⁷. Autrement dit, le médecin doit procéder à l'enregistrement des recettes encaissées et des dépenses décaissées⁹⁸⁸.

Pour cela il doit tenir deux types de documents comptables : d'une part, un livre-journal dans lequel il procède à l'inscription journalière des dépenses et des recettes professionnelles⁹⁸⁹ et, d'autre part, un document appuyé des pièces justificatives correspondantes, indiquant la date d'acquisition ou de création et le prix de revient des éléments d'actif affectés à l'exercice de la profession, le montant des amortissements effectués sur ces éléments, ainsi que, le cas échéant, la date et le prix de cession de ces mêmes éléments⁹⁹⁰. Le médecin doit conserver ces registres, ainsi que toutes les pièces justificatives jusqu'à l'expiration d'un délai de six ans⁹⁹¹. La mention de l'identité des clients est, en principe, obligatoire pour l'ensemble des professions non commerciales.

L'administration fiscale dispose d'un large pouvoir d'investigation puisqu'elle peut demander au médecin tous renseignements susceptibles de justifier l'exactitude des chiffres déclarés et notamment tous éléments permettant d'apprécier l'importance de la clientèle. Elle peut également exiger la communication du livre-journal et du document qui l'accompagne, ainsi que de toutes pièces justificatives⁹⁹².

Les BNC sont des revenus catégoriels servant à la détermination de la base imposable à l'IR. Ils doivent donc respecter le principe d'imposition à l'année civile. Cela signifie que c'est au cours de celle-ci que la tenue de la comptabilité doit être effectuée⁹⁹³.

⁹⁸⁷ Comme en Métropole (article 93 A CGI), il est permis d'opter pour la comptabilité d'engagement, concernant les BNC (article 107-A CINC). Celle-ci se base, non pas sur les encaissements et décaissements effectifs, mais sur les créances acquises et les dettes certaines. Cette solution peut être intéressante pour les libéraux en contact avec le monde des affaires qui l'utilise. Cependant, elle apparaît inadaptée pour les médecins qui sont en contact avec de simples particuliers. En pratique, elle n'est jamais choisie.

⁹⁸⁸ Il arrive que les recettes du médecin soient encaissées par un tiers mandaté à cet effet. Par exemple, les honoraires d'un chirurgien peuvent être perçus par une clinique. En principe, ils sont considérés comme mis à la disposition du praticien dès leur versement au tiers. CE, 17 mai 1989, n° 88093, *RJF*, 7/89, n° 828.

⁹⁸⁹ Article 107, al. 1 CINC. Peu importe la nature du mode de règlement. La date des prestations effectuées n'entre pas non plus en ligne de compte. Celle-ci peut très bien remonter à plusieurs années avant l'encaissement ou être prévisionnelle. Cependant, les créances acquises mais non encore recouvrées sont exclues de la comptabilité de caisse.

⁹⁹⁰ Article 107, al. 2 CINC.

⁹⁹¹ Article 107, al. 3 CINC.

⁹⁹² Article 106 CINC.

⁹⁹³ Article Lp. 54 CINC : *"L'impôt est dû chaque année à raison des bénéficiaires ou revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose au cours de la même année"*.

Ainsi, les dépenses professionnelles déductibles doivent avoir été payées au cours de l'année d'imposition (*infra*).

A partir des pièces comptables, les éléments servant au calcul de l'impôt peuvent être déterminés. Il s'agit de l'actif professionnel, des recettes, des dépenses professionnelles déductibles, des amortissements et des éventuels déficits et pertes.

L'actif professionnel est inscrit au registre des immobilisations⁹⁹⁴. Il est la partie du patrimoine affectée à l'exercice de la profession⁹⁹⁵. Cette distinction a deux conséquences. D'une part, les charges rapportées aux éléments d'actif sont partiellement⁹⁹⁶ déductibles. D'autre part, en cas de cession d'éléments d'actif, le régime des plus-values professionnelles s'applique. Contrairement au régime forfaitaire, les plus-values sont donc, ici, imposables⁹⁹⁷. Leur régime d'imposition est similaire à celui mis en place dans le cadre de l'IS⁹⁹⁸. Toute la difficulté consiste alors à connaître l'affectation exacte des biens. Sur le plan fiscal, il existe trois catégories de biens. Tout d'abord, ceux affectés par nature à l'exercice de la profession⁹⁹⁹ font intégralement partie de l'actif professionnel. Ensuite, ceux utilisés pour l'exercice de la profession sans y être destinés par nature¹⁰⁰⁰ peuvent être affectés à l'actif professionnel ou maintenus dans le patrimoine privé. Enfin, ceux non utilisés pour les besoins de l'activité peuvent être exclus de l'actif professionnel¹⁰⁰¹.

Les recettes comprennent principalement les sommes perçues en tant que rémunération, et celles constituant des remboursements de frais. A cela s'ajoutent les recettes commerciales accessoires, les subventions d'équipement, des indemnités, les revenus de remplacement et les dégrèvements accordés sur des impôts antérieurement déduits des bénéfices et intérêts moratoires

L'article 107-B CINC précise qu'"en tout état de cause le bénéfice imposable est celui réalisé au cours de l'année civile", cela nonobstant l'option pour la comptabilité d'engagement prévue par l'article 107-A CINC (*supra*).

⁹⁹⁴ Les biens concernés doivent être inscrits pour leur prix de revient.

⁹⁹⁵ Le matériel médical, par exemple.

⁹⁹⁶ Lorsqu'un élément d'actif est mis à la disposition d'un tiers, les charges de fonctionnement ne sont plus déductibles.

⁹⁹⁷ Article 100, I, al. 3 CINC.

⁹⁹⁸ *Infra*.

⁹⁹⁹ Ce sont des biens exclusivement réservés à l'activité professionnelle (droits de présentation de la clientèle, installations et biens d'équipement spécifiques à la profession...)

¹⁰⁰⁰ Il peut s'agir d'immeubles, d'installations non spécifiques, de véhicules... Concernant les immeubles à usage mixte, le contribuable a le choix : il peut inscrire au registre des immobilisations la valeur totale des locaux ou seulement celle de la fraction correspondant à la partie professionnelle.

¹⁰⁰¹ En vertu du principe de liberté de gestion, le médecin a le choix. Par exemple, il peut inscrire sa maison à son actif professionnel. Néanmoins, les charges de fonctionnement privées ne pourront pas être déduites.

correspondant. Concernant les rétrocessions d'honoraires, ceux perçus font partie des recettes, alors que ceux rétrocédés à un confrère en sont déduits.

Pour être déductibles, les dépenses doivent être nécessitées par l'exercice de la profession. Celles qui y sont étrangères ou celles d'ordre personnel ne sont donc pas déductibles. Les dépenses mixtes doivent faire l'objet d'une ventilation permettant de dégager la fraction professionnelle déductible. Le contribuable doit fournir des justifications suffisantes à l'administration fiscale. Il doit déclarer les dépenses pour leur montant réel¹⁰⁰². Font partie des dépenses déductibles, les loyers des locaux professionnels¹⁰⁰³, les amortissements effectués suivant les règles applicables en matière de bénéfices industriels et commerciaux¹⁰⁰⁴, les achats de fourniture, de produits revendus à la clientèle ou servant d'élément à la prestation médicale¹⁰⁰⁵, les frais d'établissement, de personnel, certains impôts et taxes¹⁰⁰⁶, travaux, fournitures et services extérieurs, les frais de transport et de déplacement¹⁰⁰⁷, les frais de gestion¹⁰⁰⁸ et les charges financières¹⁰⁰⁹. Les dépenses liées à l'acquisition d'éléments de l'actif professionnel¹⁰¹⁰ ne sont pas immédiatement déductibles, seuls le sont les frais accessoires d'acquisition de ces biens¹⁰¹¹.

En revanche, le prix de revient des éléments d'actif peut se déprécier avec le temps. Dans ce cas, il peut faire l'objet d'un amortissement échelonné sur la durée d'utilisation des éléments

¹⁰⁰² Alors qu'en Métropole, les médecins conventionnés peuvent procéder à une évaluation forfaitaire de leurs frais professionnels, cette possibilité est exclue en Nouvelle-Calédonie.

¹⁰⁰³ Article 100, I, 1° CINC. Le texte précise toutefois que *"lorsque le contribuable est propriétaire de locaux affectés à l'exercice de sa profession, aucune déduction n'est apportée, de ce chef, au bénéfice imposable"*.

¹⁰⁰⁴ Article 100, I, 2° CINC.

¹⁰⁰⁵ Par exemple, les médicaments ou les produits servant à la confection des prothèses.

¹⁰⁰⁶ Il s'agit des impôts à caractère professionnel (en Nouvelle-Calédonie, cela ne vise que la patente) et de l'impôt foncier si l'immeuble est inscrit à l'actif professionnel.

¹⁰⁰⁷ Il s'agit, notamment des voyages, quel que soit le mode de transport. Pour cela, il faut qu'ils soient nécessaires à l'exercice de la profession. Les frais relatifs à l'utilisation d'une voiture ou d'un deux-roues sont évalués sur une base réelle. Ils sont déductibles selon le principe général prévu à l'article 21 CINC (*infra*). En cas d'utilisation partielle à titre privé, un prorata peut être admis.

¹⁰⁰⁸ Cela comprend les frais de réception, de congrès, de formation professionnelle (lorsqu'elle est directement liée à l'activité exercée), la cotisation à l'ordre des médecins, aux syndicats...

¹⁰⁰⁹ Par exemple, les intérêts d'emprunts contractés pour l'acquisition ou la réparation d'éléments de l'actif professionnel.

¹⁰¹⁰ Par exemple celles relatives à l'acquisition de clientèle. Plus largement, cela vise toutes les dépenses qui ont pour contrepartie l'acquisition des éléments de l'actif professionnel : les locaux, le matériel, le mobilier...

¹⁰¹¹ Les frais, d'actes, les droits d'enregistrement, les frais de commission...

concernés. Celui-ci est déductible à condition de figurer sur le document faisant figure de registre des amortissements et immobilisations visé par l'article 107, al. 2 CINC. Cela concerne les locaux, le matériel, les voitures, le mobilier de bureau, les agencements. En revanche, le coût d'acquisition de la clientèle ne peut pas faire l'objet d'amortissement. L'amortissement est en général linéaire¹⁰¹².

Le déficit se constate lorsque le montant des dépenses professionnelles excède celui des recettes brutes de l'année. En Nouvelle-Calédonie, contrairement à la Métropole, le déficit catégoriel ne s'impute pas sur le revenu global, mais sur les bénéfices de même nature (ici les BNC) du foyer fiscal¹⁰¹³. Il peut alors être imputé sur le revenu global de la même année. En cas d'insuffisance de ce revenu, il peut être imputé sur ceux des années suivantes jusqu'à la cinquième inclusivement.

Les pertes éventuelles sont également déductibles, à condition de correspondre à la réalisation d'un risque lié à l'exercice normal de la profession¹⁰¹⁴. Cependant, celles pouvant résulter de manquements graves et répétés aux règles de déontologie ne le sont pas.

¹⁰¹² L'article 24, III, 6° CINC donne cependant une liste exhaustive des amortissements dégressifs. Ceux pouvant être liés au matériel médical peuvent y figurer au titre des *"installations à caractère médico-social"*. Cependant, l'amortissement dégressif est très rarement appliqué.

¹⁰¹³ Article 125 CINC.

¹⁰¹⁴ Par exemple, les pertes liées à des détournements commis par des salariés sont déductibles, à condition, toutefois, qu'elles n'aient pas été facilitées par un manque de surveillance de l'employeur. CE, 3 juin 1985, n° 45087 et 45091, *RJF*, 7/85, n° 1042.

2 - Le bénéfice imposable du médecin libéral exerçant au sein d'une société de personnes

Il existe plusieurs catégories de sociétés de personnes¹⁰¹⁵. Parmi elles, seules les sociétés civiles professionnelles (S.C.P.) sont spécifiques à l'exercice d'une profession libérale.

Il arrive également que des médecins se regroupent dans le cadre d'une société d'exercice conjoint. Un tel mode d'exploitation prévoit la mise en commun des honoraires perçus individuellement par chaque partie. Cela est constitutif d'une société de fait¹⁰¹⁶ dont le régime d'imposition est identique à celui des S.C.P..

Ces dernières sont soumises au régime fiscal applicable aux BNC. Les règles de calcul du bénéfice sont donc comparables à celles appliquées aux entreprises individuelles.

Mais ici, la détermination du résultat fiscal se fait en trois étapes

La 1^{ère} est comptable : la détermination du résultat par la société. C'est à ce stade que s'appliquent les règles propres aux BNC. Contrairement à la Métropole¹⁰¹⁷, le résultat peut être déterminé de manière forfaitaire ou réelle. Dans la première hypothèse, il fait l'objet d'une déclaration de chiffre d'affaires au nom de la société. Dans la seconde, le résultat fait l'objet d'une déclaration au réel simplifié propre aux BNC.

La 2^{ème} est financière : la déclaration du résultat par les associés. Une société de personnes est, par nature, fiscalement transparente. Les bénéfices (ou déficits) qu'elle réalise sont répartis entre les associés au prorata du nombre de parts qu'ils détiennent. Ce sont donc les associés mêmes qui déclarent la part de résultat qui leur revient, au titre de l'IR.

La 3^{ème} est fiscale : la liquidation de l'impôt. A ce stade l'imposition est établie au nom propre de chaque associé. La base d'imposition pour chacun est égale au revenu net comprenant la quote-part de bénéfice qui lui revient. Si les résultats de la société sont déficitaires, chaque associé peut alors imputer sur les BNC des cinq années suivantes, la quote-part du déficit correspondant à ses parts dans la société.

Au delà, la détermination du résultat fiscal comporte quelques spécificités concernant les éléments de l'actif professionnel des associés.

¹⁰¹⁵ Sociétés civiles professionnelles, en nom collectif, en commandite simple...

¹⁰¹⁶ Une société est constituée de fait lorsque les éléments du contrat de société (participation de deux ou plusieurs personnes aux apports, à la direction, aux contrôles et aux résultats de l'entreprise) sont réunis dans les faits.

¹⁰¹⁷ En Métropole, le régime du forfait n'est pas applicable.

Ainsi, d'une part, les plus-values réalisées dans le cadre de l'apport en société d'une activité libérale sont soumises au régime qui leur est appliqué en matière de BIC¹⁰¹⁸. Il prévoit que celles afférentes aux immobilisations non amortissables (par exemple, un fonds de commerce) ne sont soumises à imposition que dans certaines hypothèses¹⁰¹⁹ : en cas de cession à titre onéreux ou de rachat par la société des parts reçues en rémunération de l'apport ou de cession des immobilisations par la société. A cela s'ajoute une condition de délai : l'événement en question doit intervenir moins de cinq ans après l'acquisition ou la création desdites immobilisations. Alors, dans cette hypothèse, les plus-values en question sont imposables pour 50 % de leur montant au titre de l'année de l'événement qui entraîne l'imposition. Celles afférentes aux autres immobilisations (amortissables) sont alors comprises dans les résultats de la société bénéficiaire de l'apport¹⁰²⁰. L'apport en société doit concerner l'ensemble de l'actif immobilisé détenu par le médecin et doit avoir pour contrepartie exclusive l'obtention de parts dans la société. A défaut, il est soumis entièrement au régime normal des plus-values.

D'autre part, les droits ou parts détenus par le médecin sont considérés comme des éléments de son actif professionnel personnel, distinct de l'actif social. Le Conseil d'État considère, ainsi, que les parts ou actions de cliniques dont la détention est imposée par les statuts ou le règlement intérieur de l'établissement aux praticiens y exerçant leur activité sont également affectées à l'actif professionnel¹⁰²¹. Cela n'est pas sans conséquences, puisqu'il a alors la possibilité de déduire les frais d'acquisition des parts en question¹⁰²² et certaines charges d'ordre personnel¹⁰²³. En cas de cession des parts, la taxation se fait conformément au régime des plus-values professionnelles¹⁰²⁴.

Par ailleurs, la transmission à titre onéreux ou à titre gratuit ou le rachat des parts est considéré comme portant sur la quote-part des

¹⁰¹⁸ Article 101 CINC.

¹⁰¹⁹ Article 69 CINC.

¹⁰²⁰ L'article 69, II CINC précise que *"cette réintégration peut être étalée sur une période n'excédant pas cinq ans, sans que la somme réintégrée chaque année puisse être inférieure au cinquième des plus-values. En contrepartie, les amortissements et les plus-values ultérieurs afférents aux éléments amortissables sont calculés d'après la valeur qui leur a été attribuée lors de l'apport"*.

¹⁰²¹ CE, 22 juin 1988, n° 60228, *RJF*, 8-9/88, n° 979.

¹⁰²² Il s'agit des intérêts d'emprunt, des frais d'enregistrement, des frais de notaire, des commissions, des honoraires et des droits de mutation à titre gratuit.

¹⁰²³ Il faut pour cela que les frais incombent personnellement à l'associé, qu'ils présentent un caractère de dépenses déductibles dans le cadre d'une entreprise individuelle et qu'ils n'aient pas été pris en compte pour la détermination du résultat social. Tel est, par exemple, le cas des cotisations sociales personnelles et des frais de transport du domicile au lieu de travail.

¹⁰²⁴ Voir le régime fiscal des plus-values dans le cadre des SEL, *infra*.

éléments de l'actif social qui correspond aux droits sociaux faisant l'objet de la transmission ou du rachat¹⁰²⁵.

Enfin, les règles relatives à la cessation d'activité sont particulières : elle est constatée, non seulement en cas de dissolution de la société, mais aussi dans l'hypothèse d'un changement de régime fiscal ou encore si l'activité réelle de la société vient à changer. Par exemple, si des médecins généralistes regroupés en S.C.P. décident de reconvertir leur activité vers des spécialisations, il y a cessation d'activité, entraînant une imposition immédiate.

A côté des activités individuelles ou collectives dont les bénéficiaires relèvent des BNC, l'activité du médecin peut s'exercer en vertu d'un contrat de travail. Ses revenus relèvent alors des traitements et salaires.

Sous-paragraphes 2 - Le revenu imposable du médecin salarié

Pour le déterminer, il faut d'abord savoir dans quels cas le médecin relève des BNC ou des traitements et salaires. Du point de vue fiscal, le critère de distinction entre salariés et libéraux est celui du lien de subordination. Le médecin placé en situation de subordination caractéristique du contrat de travail vis-à-vis d'un employeur (privé ou public) a un statut de salarié. Celui qui collabore avec un ou plusieurs confrères, en dehors d'un tel lien demeure libéral. Pour le fisc, cela signifie que, dans la première hypothèse, les revenus entrent dans la catégorie des traitements et salaires, alors que dans la seconde ils sont taxables dans celle des BNC.

En pratique, les médecins salariés sont, en général, attachés par un contrat de travail à des collectivités, des établissements publics (hôpitaux, dispensaires...) ou privés (cliniques...), ou encore des entreprises.

Sur le plan fiscal, le médecin salarié se voit appliquer les règles relatives à l'IR au titre des traitements, salaires, pensions¹⁰²⁶ et rentes viagères¹⁰²⁷ qui forment son revenu¹⁰²⁸. Peu importe que les rémunérations soient perçues à l'occasion de l'exercice de la profession dans le secteur public¹⁰²⁹ ou privé. S'y ajoutent les

¹⁰²⁵ Article 100, II CINC.

¹⁰²⁶ Les pensions de retraites et les pensions alimentaires servies à titre obligatoire.

¹⁰²⁷ Articles 88 et s. CINC

¹⁰²⁸ L'article 88, e) CINC précise que les primes et indemnités versées aux personnels relevant de l'IR, soit avant leur arrivée, soit après leur départ de la Nouvelle-Calédonie au titre de l'activité qu'ils y exercent ainsi que les traitements et salaires perçus à l'occasion de leurs congés hors de la Nouvelle-Calédonie entrent également dans la catégorie des revenus imposables.

¹⁰²⁹ Sur le plan fiscal, le médecin exerçant son activité dans un hôpital public, en vertu d'un contrat de travail instaurant un lien de subordination ou en qualité de

émoluments divers, les indemnités¹⁰³⁰, les allocations forfaitaires et les avantages en nature¹⁰³¹ et en argent¹⁰³². Entrent également dans cette catégorie, les rémunérations des médecins qui sont également gérants (associés ou non) d'une S.E.L.A.R.L., à condition toutefois qu'elles soient admises en déduction pour la détermination du résultat de la société pour l'assiette de l'IS.

En revanche un certain nombre d'allocations et de prestations ne sont pas soumises à l'IR¹⁰³³.

La détermination de la base d'imposition tient compte du montant net du revenu imposable¹⁰³⁴. Son calcul, ne nécessitant pas la tenue d'une comptabilité, est beaucoup plus simple que celui du bénéfice net, dans le cadre des BNC. Il est égal à la différence entre le montant brut des sommes payées et des avantages en argent et en nature accordés au titre des cotisations sociales¹⁰³⁵ et des frais professionnels. Ces derniers¹⁰³⁶ sont calculés sur une base forfaitaire.

fonctionnaire, est considéré comme salarié. Il est soumis à l'IR au titre des traitements et salaires.

¹⁰³⁰ Notamment, celles versées, dans les conditions fixées par l'article Lp. 96 CINC, à l'occasion de la rupture du contrat de travail.

¹⁰³¹ Définis à l'article 93 CINC, ils sont constitués par la fourniture au salarié de biens ou de services produits par l'employeur, ou par la mise à la disposition du salarié, soit gratuitement, soit moyennant une retenue inférieure à la valeur réelle, de biens appartenant à l'employeur. L'estimation des rémunérations qu'ils représentent est faite d'après leur valeur réelle. L'article 94 CINC en limite toutefois le champ d'application puisque seuls sont imposables les fournitures d'un logement meublé ou non et la mise à disposition d'un véhicule automobile. Il est alors précisé que l'évaluation de ces avantages n'est pas remise en cause lorsqu'elle est au moins égale à 12 % du salaire - avantages en nature non compris - pour la fourniture du logement et 3.000 francs par CV fiscal et par mois pour la mise à la disposition d'un véhicule automobile.

¹⁰³² L'article 92 CINC définit les avantages en argent comme étant constitués par les indemnités ou gratifications allouées au salarié pour couvrir des dépenses personnelles. Peut importe qu'elles revêtent un caractère forfaitaire ou qu'il s'agisse de remboursements de frais réels. Cela s'étant également à toutes les dépenses incombant normalement au salarié et payées par l'employeur. Cependant, le texte précise que les billets d'avion payés par l'employeur ne sont pas considérés comme une dépense incombant normalement au salarié. Par conséquent, ceux-ci ne sont pas imposables au titre de l'IR.

¹⁰³³ Par exemple : les prestations familiales servies par la CAFAT, les employeurs publics de la Nouvelle-Calédonie, la sécurité sociale et les organismes mutualistes, au titre des allocations prénatales, familiales, de maternité ou du complément familial ; les allocations d'aide sociale prévues par la délibération n° 49 du 28 décembre 1989, au titre de l'aide aux personnes âgées, aux enfants assistés et secourus, aux infirmes et handicapés, etc. La liste complète de ces exonérations est établie à l'article Lp. 90 CINC.

¹⁰³⁴ Article 91 CINC.

¹⁰³⁵ Notamment, les cotisations salariales et patronales versées au titre de la prévoyance et de l'assurance vieillesse dans le cadre d'un régime obligatoire légal ou réglementaire. Pour plus de détails, voir l'article Lp. 97, A. CINC.

¹⁰³⁶ Ceux couverts par une allocation spéciale ne sont pas déduits.

Comme en Métropole, ils représentent 10 % du montant du revenu diminué des cotisations sociales. Ils sont plafonnés à 800.000 francs CFP¹⁰³⁷ par an¹⁰³⁸ et ne peuvent donner droit à une déduction inférieure à 50.000 francs CFP¹⁰³⁹, sans pouvoir excéder le montant brut des traitements et salaires¹⁰⁴⁰. Comme en Métropole¹⁰⁴¹, le médecin salarié peut opter pour le régime dit des frais réels¹⁰⁴². Ces derniers s'appliquent notamment aux déplacements, dans la limite de trente kilomètres¹⁰⁴³ entre le domicile et le lieu de travail¹⁰⁴⁴. S'ils donnent lieu à l'utilisation d'un véhicule automobile, l'option pour le régime forfaitaire est possible. Le barème en est fixé annuellement par le gouvernement.

Prix de revient kilométrique
(article Lp. 97 B - Délibération n° 222 du 26 novembre 1991,
article 1)¹⁰⁴⁵

Puissance fiscale	5 000 km			10 000 km		
	2001	2002	2003	2001	2002	2003
3 CV et moins	61	62	63	42	43	43
4 CV	73	74	76	49	50	50
5 CV	81	82	84	54	55	55
6 CV	85	86	88	57	57	58
7 CV	88	90	91	59	60	61
8 CV	96	97	99	64	65	66
9 CV	98	100	101	66	67	68
10 CV	103	105	107	70	71	73
11 CV	105	107	109	72	74	75
12 CV	113	115	117	77	79	80
13 CV et plus	115	117	119	79	81	82

A l'abattement de 10 % au titre des frais réels, s'en ajoute un autre de 20 %. En effet, le revenu net provenant de traitements publics

¹⁰³⁷ En Métropole, le plafond a été fixé à 12 437 € (1 484 128 cfp) pour l'imposition des rémunérations perçues en 2003. L'article 83, 3° CGI précise, par ailleurs, que, chaque année, le plafond retenu pour l'imposition des revenus de l'année précédente est relevé dans la même proportion que la limite supérieure de la première tranche du barème de l'impôt sur le revenu.

¹⁰³⁸ Article Lp. 97, B CINC.

¹⁰³⁹ En Métropole, son montant ne peut être inférieur à 370 €, soit 44 153 cfp.

¹⁰⁴⁰ Cette disposition s'applique séparément aux rémunérations perçues par chaque membre du foyer fiscal.

¹⁰⁴¹ Article 83, 3°, al. 5 CGI.

¹⁰⁴² Article Lp. 97, B, al. 4 CINC.

¹⁰⁴³ Au delà, la déduction admise porte, en principe, sur les trente premiers kilomètres.

¹⁰⁴⁴ Comme tous frais réels, ceux liés aux déplacements sont déduits sur présentation de justificatifs.

¹⁰⁴⁵ <http://www.juridoc.gouv.nc>

et privés, indemnités, émoluments et salaires, n'est retenu dans les bases de l'impôt sur le revenu que pour 80 % de son montant déclaré spontanément¹⁰⁴⁶, étant précisé qu'aucun abattement n'est pratiqué sur la fraction du montant des salaires, net de frais professionnels, et pensions qui excède 9 millions de francs. Attention, la déclaration d'ensemble des revenus doit être souscrite dans les délais. A défaut, l'abattement n'est pas appliqué lorsque qu'il s'agit de la deuxième infraction successive¹⁰⁴⁷.

Les revenus des médecins individuels ou regroupés en S.C.P. relèvent par essence du régime des BNC, ou des traitements et salaires pour les salariés. Cependant, s'ils sont amenés à exercer une activité commerciale, leurs bénéfices peuvent être soumis au régime des BIC.

Sous-paragraphe 3 - Les activités du médecin pouvant relever des BIC

Le régime des BIC ne concerne pas, *a priori*, l'activité des médecins. Il s'applique, en revanche, à celle des pharmaciens qui, vendant des médicaments, exercent une activité commerciale à part entière.

Néanmoins, le médecin libéral peut être amené à exercer des opérations commerciales à titre accessoire. Elles relèvent alors de la catégorie des BIC¹⁰⁴⁸. Cependant, celles directement liées à l'exercice de l'activité libérale restent sous le régime des BNC lorsqu'elles constituent le stricte prolongement¹⁰⁴⁹ de l'activité libérale¹⁰⁵⁰.

Par exemple, le chirurgien-dentiste qui vend accessoirement des prothèses à des personnes hors de sa clientèle effectue une opération commerciale relevant en principe du régime des BIC. Cela constitue cependant le strict prolongement de son activité libérale. Par conséquent, ces opérations restent soumises au régime des BNC.

Les chirurgiens-dentistes ont également fréquemment recours aux contrats de collaboration. Ils permettent à un praticien confirmé de mettre à la disposition d'un confrère son cabinet (locaux, matériel et clientèle) en contrepartie d'une redevance qui relève en principe du régime des BIC. Cependant, si l'on considère que le contrat de collaboration s'effectue dans le prolongement de l'activité principale

¹⁰⁴⁶ En cas de redressement, aucun abattement n'est appliqué à la partie des revenus en résultant, sauf lorsqu'il fait suite à une déclaration rectificative souscrite spontanément par le contribuable.

¹⁰⁴⁷ La perte de l'abattement est constatée pour l'année au titre de laquelle le redressement est effectué.

¹⁰⁴⁸ Le médecin ou le chirurgien qui exploite une clinique ou une maison de santé relève du régime des BNC concernant son activité médicale et des BIC vis-à-vis des bénéfices relevant des services de fourniture.

¹⁰⁴⁹ Si les deux activités sont distinctes, l'option n'est pas possible.

¹⁰⁵⁰ Article 124 CINC.

du chirurgien-dentiste, la redevance peut être rattachée au régime des BNC. Pour cela une condition est toutefois nécessaire : la redevance en question ne doit pas constituer l'essentiel des recettes du praticien mettant son cabinet à disposition¹⁰⁵¹.

La détermination du résultat fiscal par catégories de revenus permet à l'administration fiscale de calculer l'impôt.

§. 2 - Le calcul de l'impôt

Une fois les bénéficiaires imposables déterminés, ils doivent être intégrés au revenu global du foyer fiscal du médecin. Celui-ci est égal à la somme des revenus nets catégoriels¹⁰⁵², auxquels sont retranchés, pour les seuls contribuables domiciliés fiscalement en Nouvelle-Calédonie¹⁰⁵³, l'ensemble des charges déductibles¹⁰⁵⁴ lorsqu'elles n'entrent pas en compte pour l'évaluation des revenus de différentes catégories¹⁰⁵⁵. Ce résultat forme de revenu net global. Ce dernier est le revenu imposable¹⁰⁵⁶. Il doit être établi au 1^{er} janvier de l'année d'imposition¹⁰⁵⁷.

L'IR est calculé selon un barème progressif. Cela signifie que le taux d'imposition s'élève par paliers successifs, chacun d'entre eux correspondant à une tranche de revenu.

¹⁰⁵¹ Le collaborateur, pour sa part, relève du régime des BNC, s'il exerce son activité en toute indépendance. A ce titre, les redevances versées constituent des loyers déductibles.

¹⁰⁵² Voir l'article 46, al. 2 CINC, *supra*.

¹⁰⁵³ Loi du pays n° 2001-010, *portant diverses dispositions d'ordre fiscal* du 25 septembre 2001, *J.O.N.C.* du 9 octobre 2001, p. 4996. Concernant les contribuables qui n'ont pas leur domicile en Nouvelle-Calédonie, voir le propos concernant la territorialité de l'impôt (article Lp 58 CINC), *infra*.

¹⁰⁵⁴ Par exemple : les investissements en action, les intérêts d'emprunts, les pensions alimentaires... Le recensement des ces charges figure à l'article 128, al. 3 CINC.

¹⁰⁵⁵ La loi du pays n° 2001-010 du 25 septembre 2001 (article 128, al. 2 CINC) précise que "*les plafonds fixés pour les charges déductibles du revenu global s'apprécient pour l'ensemble du foyer fiscal*".

¹⁰⁵⁶ Article 132, al. 1 CINC. Le texte précise que "*le revenu imposable[est] arrondi au millier de francs inférieur*".

¹⁰⁵⁷ Article 135, I. CINC. Toutefois, en cas d'augmentation des charges de famille en cours d'année, il est fait état de la situation au 31 décembre. En cas de décès du contribuable, celle-ci est établie à la date du décès.

Tarif applicable à chaque part de revenu¹⁰⁵⁸

Fraction de revenu imposable (1 part)	Taux
n'excédant pas 1.000.000 cfp	0 %
compris entre 1.000.000 et 1.300.000 cfp	5 %
compris entre 1.300.000 et 1.600.000 cfp	10 %
compris entre 1.600.000 et 2.200.000 cfp	15 %
compris entre 2.200.000 et 2.800.000 cfp	20 %
compris entre 2.800.000 et 4.500.000 cfp	30 %
supérieur à 4.500.000 cfp	40 %

Comme en Métropole¹⁰⁵⁹, la technique du quotient familial permet d'atténuer la progressivité de l'IR. Le revenu imposable est alors divisé en un certain nombre de parts en fonction de la situation de famille¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁸ En Métropole le tarif est plus élevé (article 197, I, 1 CGI) :

Fraction de revenu imposable (1 part)	Taux
n'excédant pas 4 262 € (507 178 cfp)	0 %
compris entre 4 262 € et 8 382 € (997 458 cfp)	6,83 %
compris entre 8 382 € et 14 753 € (1 755 607 cfp)	19,14 %
compris entre 14 753 € et 23 888 € (2 842 672 cfp)	28,26 %
compris entre 23 888 € et 38 868 € (4 625 292 cfp)	37,38 %
compris entre 38 868 € et 47 932 € (5 703 908 cfp)	42,62 %
supérieur à 47 932 €	48,09 %

¹⁰⁵⁹ Articles 193 et s. CGI.

¹⁰⁶⁰ Articles 133 et 133 bis CINC. Il est précisé qu'"en cas d'imposition séparée des époux (...) chaque époux est considéré comme un célibataire ayant à charge les enfants dont il a la garde".

Situation de famille	Nombre de parts
Célibataire, divorcé, veuf ou veuve, sans enfant à charge	1
Marié, sans enfant à charge	2
Veuf ou veuve ayant un ou plusieurs enfants à charge	1,5
	Nombre de parts s'ajoutant au QF
Pour chaque enfant à charge titulaire d'une carte justifiant de son invalidité, délivrée par la Commission d'orientation et de reclassement des handicapés (CORH)	1
Pour chaque enfant à charge poursuivant des études hors de la Nouvelle-Calédonie ¹⁰⁶¹	1
Pour tout autre enfant à charge	1/2
Pour tout enfant recueilli au foyer et considéré comme étant à la charge du contribuable	1/2
Pour chaque ascendant à charge	1/2
Contribuables mariés, lorsque l'un des conjoints est âgé de plus de 70 ans et titulaire de la carte du combattant ou d'une pension servie en vertu des dispositions du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre	1/2
Contribuables célibataires, divorcés ou veufs titulaires, soit pour une invalidité de 40 % ou au-dessus, soit à titre de veuve, d'une pension servie en vertu du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.	1/2
Contribuables mariés, lorsque l'un ou l'autre des conjoints remplit la condition prévue ci-dessus	1/2
Contribuables mariés invalides lorsque chacun des conjoints remplit ladite condition	1
Contribuable titulaire d'une pension d'invalidité pour accident du travail de 40 % ou au-dessus, ou est titulaire de la carte d'invalidité délivrée par la Commission d'orientation et de reclassement des handicapés pour un taux d'invalidité supérieur à 80 %.	1/2
Contribuables mariés lorsque chacun des conjoints remplit les conditions prévus ci-dessus	1
Dérogation	Nombre de parts

¹⁰⁶¹ Les parents doivent séjourner toute l'année civile en Nouvelle-Calédonie et joindre un certificat de scolarité à la déclaration de revenus concernée.

Contribuables célibataires, divorcés ou veufs n'ayant pas d'enfant à leur charge lorsqu'ils sont âgés de plus de 70 ans et titulaires de la carte du combattant ou d'une pension servie en vertu des dispositions du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre	1,5
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Sont alors considérés, en vertu de l'article Lp. 134, I CINC, comme étant à la charge du contribuable, ses enfants, âgés de moins de 18 ans. L'âge limite est porté à 25 ans lorsqu'ils justifient de la poursuite de leurs études¹⁰⁶² ou s'ils sont au chômage et inscrits comme demandeurs d'emploi. Il n'y a pas de limite d'âge s'ils sont handicapés. Les mêmes conditions s'imposent aux enfants que le contribuable a recueillis à son propre foyer. Ses ascendants susceptibles de bénéficier de l'aide aux personnes âgées¹⁰⁶³, sont également à sa charge, à condition, toutefois, qu'ils vivent sous son toit¹⁰⁶⁴.

Enfin, le médecin relevant de l'IR est redevable de la contribution exceptionnelle de solidarité (CES)¹⁰⁶⁵. Son taux est fixé à 0,75 % du montant de l'assiette de l'impôt¹⁰⁶⁶. Lorsque le médecin est salarié, l'assiette de la taxe porte sur la part de la rémunération brute totale supérieure au plafond CAFAT¹⁰⁶⁷. Elle porte sur la rémunération brute totale au premier franc près s'il est gérant majoritaire. Le libéral est taxé sur le bénéfice net¹⁰⁶⁸. Dans le cadre des sociétés de personnes, la CES est due par les membres en fonction de la quote-part de bénéfice. Par ailleurs, le médecin peut la déduire du montant brut des traitements, salaires et autres rémunérations ainsi que du chiffre d'affaires servant de base pour le calcul de l'assiette de l'impôt sur le revenu.

Pour que l'impôt puisse être recouvré, le médecin doit remplir une déclaration des revenus de son foyer fiscal.

§. 3 - La déclaration fiscale et le recouvrement de l'impôt

¹⁰⁶² 27 ans s'ils justifient de la poursuite d'études supérieures.

¹⁰⁶³ 359.160 francs CFP pour 2003.

¹⁰⁶⁴ L'article Lp. 134 II CINC précise que *"le contribuable qui accepte le rattachement des personnes désignées [à l'article Lp. 134, I CINC] bénéficie d'une demi-part supplémentaire de quotient familial par personne ainsi rattachée"*.

¹⁰⁶⁵ Article 657, 1° CINC.

¹⁰⁶⁶ Article 664 CINC.

¹⁰⁶⁷ 298 400 cfp. Les compléments et accessoires du salaire (primes, indemnités...) ne sont pas pris en compte (article 662, al. 2 CINC).

¹⁰⁶⁸ Sont exonérés, ceux dont le bénéfice est inférieur à 600.000 francs CFP (article 663, al. 2 CINC).

Le médecin, comme tout contribuable soumis à l'IR des personnes physiques, a l'obligation de remplir une déclaration des revenus de son foyer fiscal (Sous-paragraphe 1). Elle révèle le résultat fiscal servant au calcul de l'impôt. Une fois liquidé, le recouvrement de celui-ci doit être effectué (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 - La déclaration fiscale

Pour remplir la déclaration des revenus de son foyer fiscal, le médecin doit respecter un certain nombre de principes généraux (1) auxquels s'ajoutent des spécificités relatives aux différentes catégories de revenus (2).

1 - Les principes généraux

L'IR est établi au vu d'une déclaration remplie par le contribuable. Elle détaille ses revenus et bénéfices de l'année précédente, ainsi que ses charges de famille. Elle doit parvenir, en principe, chaque année, avant le 1^{er} avril, au Service des Contributions Diverses, pour les médecins salariés. Ceux exerçant à titre libéral (BNC individuel ou membre d'une S.C.P.), ou ceux gérant une S.E.L.A.R.L. relevant de l'IS (ils sont assimilés à des salariés, *infra*), doivent la faire parvenir au service de la fiscalité professionnelle. S'ils relèvent du forfait ou sont gérants majoritaires d'une société, la déclaration doit être déposée avant le 1^{er} avril. La date limite du dépôt est portée au 30 avril lorsque l'activité du médecin relève du régime réel. Elle est, le cas échéant, accompagnée des différentes déclarations prévues en matière de revenus catégoriels¹⁰⁶⁹. Si le total de ces derniers¹⁰⁷⁰ avant toute déduction, ne dépasse pas la somme de un million de francs, leur déclaration n'est pas obligatoire¹⁰⁷¹.

En cas de cessation ou cession totale ou partielle d'activité¹⁰⁷², une imposition immédiate des bénéfices¹⁰⁷³ est appliquée à la date de la cessation en question¹⁰⁷⁴. Les hypothèses sont variables : départ en

¹⁰⁶⁹ Article 137 CINC. L'article 140 CINC précise que les déclarations des bénéfices réels ou réels simplifiés relevant des catégories des bénéfices industriels et commerciaux, des bénéfices non commerciaux (articles 76, 78 et 105), sont souscrites par celui des époux qui exerce personnellement l'activité.

¹⁰⁷⁰ Cette disposition ne concerne pas les catégories de revenus soumis à un régime d'imposition forfaitaire.

¹⁰⁷¹ Article 139 CINC.

¹⁰⁷² Cela concerne aussi bien les BNC que les BIC.

¹⁰⁷³ Cela concerne aussi bien les bénéfices réalisés que ceux provenant des créances acquises et non encore recouvrées (article 144 CINC).

¹⁰⁷⁴ L'article 144, II. CINC précise que "*les contribuables doivent, dans un délai de 30 jours, aviser les Services fiscaux de la Nouvelle-Calédonie, de la cession ou de la cessation, leur faire connaître la date à laquelle elle a été ou sera effective, ainsi que s'il y a lieu les nom, prénoms et adresse du cessionnaire ou du successeur, et souscrire les déclarations de bénéfice correspondant à leur régime d'imposition*". Le point de départ du délai est variable. Lorsqu'il s'agit de la vente ou de la cession d'un fonds de commerce, il démarre au jour où la vente ou la cession a été régulièrement publiée (première publication) ; lorsqu'il s'agit de la vente ou de la cession d'autres entreprises, le point de départ est fixé au jour où l'acquéreur ou le cessionnaire a pris

retraite, décès¹⁰⁷⁵, radiation de l'ordre... Cependant, une cession de clientèle suivie d'un changement de lieu d'exercice ne suffit par à considérer qu'il y a cessation d'activité donnant lieu à une imposition immédiate des bénéfiques. Pour cela, il faut que cette démarche s'accompagne également d'un changement d'activité. Ainsi, le médecin généraliste qui cède sa clientèle, change de lieu d'activité et décide d'ouvrir un cabinet de spécialiste verra sa situation assimilée à une cessation d'activité et sera soumis à une imposition immédiate de ses bénéfiques¹⁰⁷⁶.

2 - Les particularités propres aux différents revenus catégoriels

Elles concernent, d'une part, les bénéfiques réels¹⁰⁷⁷ et d'autre part, le régime du forfait.

Concernant les premiers, le délai de dépôt de la déclaration des revenus et des bénéfiques (et éventuellement des déficits) est prolongé jusqu'au 30 avril¹⁰⁷⁸. Par ailleurs, l'article 140 CINC précise que celle-ci est soustrite par celui des époux qui exerce personnellement l'activité.

Les obligations propres au régime réel simplifié sont plus lourdes que celles résultant du régime forfaitaire. Ainsi, en vertu de l'article 105 CINC : *"Les contribuables soumis au régime du bénéfice réel simplifié sont tenus de souscrire chaque année avant le 1^{er} mai une déclaration de résultats sur les imprimés particuliers à ce régime, fournis par l'administration"*.

Le texte précise que *"cette déclaration devra indiquer notamment :*

effectivement la direction des exploitations ; enfin, lorsqu'il s'agit de la cessation d'entreprises, il est établi au jour de la fermeture définitive des établissements. En cas de décès du contribuable, l'article 144, III. CINC énonce que *"les renseignements nécessaires pour l'établissement de l'impôt sont produits par les ayants droit du défunt dans un délai de six mois à compter de la date du décès"*.

¹⁰⁷⁵ Dans cette hypothèse, l'IR est établi en raison des revenus dont le médecin a disposé pendant l'année de son décès et des BIC réalisés depuis la fin du dernier exercice taxé. Il porte également sur les revenus dont la distribution ou le versement résulte du décès, s'ils n'ont pas été précédemment imposés. Sont également soumis à l'IR, les revenus acquis par le défunt sans en avoir la disposition antérieurement à son décès. La déclaration des revenus imposables est produite par ses ayants droit dans le délai de six mois de la date du décès (article 145 CINC).

¹⁰⁷⁶ CE, 6 octobre 1982, n° 25080, *RJF*, 11/82, n° 1048.

¹⁰⁷⁷ Le régime des bénéfiques réels appliqué aux BIC (article 76 CINC), ainsi que celui des bénéfiques réels simplifiés appliqué aux BNC et aux BIC (articles 78 et 105 CINC).

¹⁰⁷⁸ Article 137, III. CINC. Concernant le régime des BIC, la déclaration peut être déposée dans les quatre mois de la clôture de l'exercice comptable, si ce dernier ne correspond pas à l'année civile (articles 76 et 78 CINC).

- a - la nature de l'activité qu'ils exercent ;*
- b - le cas échéant, la dénomination et l'adresse de la société ou du groupement au sein de laquelle ils exercent leur activité, ainsi que la société civile de moyens dont ils font partie ;*
- c - le montant des salaires versés ;*
- d - le détail des honoraires rétrocedés ;*
- e - le nom et l'adresse du comptable ou du conseil dont ils utilisent éventuellement les services ;*
- f - le tableau de détermination des plus-values ou moins values nettes éventuelles ;*
- g - le tableau des immobilisations incorporelles ou corporelles affectées à l'exercice de la profession et des amortissements correspondants ;*
- h - la nature et le montant de leurs recettes ;*
- i - la nature et le montant de leurs dépenses professionnelles ;*
- j - le montant du bénéfice imposable ou du déficit".*

Si le médecin est membre d'une S.C.P., la déclaration des bénéfices porte, d'une part, indication globale du résultat fiscal au niveau de la société et, d'autre part, désignation des associés et répartition des résultats entre chacun d'eux.

Sous-paragraphe 2 - Le recouvrement de l'impôt

Comme en Métropole¹⁰⁷⁹, l'IR est, en principe, recouvré par voie de rôle¹⁰⁸⁰. Il s'agit d'un titre officiel, établi par les services de l'assiette après détermination du montant de l'impôt dû par le contribuable, en vertu duquel le comptable du Trésor peut réclamer le versement et procéder au recouvrement. Cela donne lieu à l'établissement d'un avis d'imposition destiné au contribuable. Ce document mentionne le décompte détaillé du revenu imposable et fait apparaître, notamment, le montant des revenus catégoriels, celui des déductions pratiquées ou des charges retranchées du revenu global¹⁰⁸¹.

Si le contribuable est inscrit au rôle de l'année précédente, pour une somme au moins égale à 30 000 francs, l'impôt sur le revenu donne lieu à deux versements d'acomptes. Le premier doit être effectué, au plus tard, le 31 mars et le second, au plus tard, le 15 juillet de l'année suivant celle au cours de laquelle sont réalisés les revenus servant de base de calcul de l'impôt¹⁰⁸². Le montant de chaque

¹⁰⁷⁹ Article L 253 LPF.

¹⁰⁸⁰ Article 146 CINC. Il en est de même des impositions établies d'office ou à la suite de redressement.

¹⁰⁸¹ Article 147 CINC.

¹⁰⁸² Toutefois, l'impôt est immédiatement exigible, en cas d'application immédiate (cession ou cessation d'activité, décès du contribuable). Il est alors exigible pour sa totalité par liquidation émise par anticipation sans préjudice de la mise en recouvrement par voie de rôle (article 146, I. CINC).

acompte est égal au tiers de la cotisation mise à la charge du redevable dans les rôles concernant la dernière année au titre de laquelle il a été imposé.

Un mois avant chaque échéance des acomptes, le contribuable reçoit un avertissement indiquant le montant de l'acompte à payer, la date limite de paiement, ainsi que l'adresse où doit être effectué le paiement¹⁰⁸³. Le solde de l'impôt est recouvré par voie de rôle¹⁰⁸⁴.

Aux formules fiscales classiques constituées par l'application des règles relatives à l'IR, s'ajoute une autre possibilité pouvant être fiscalement avantageuse : celle du regroupement au sein d'une société d'exercice libéral.

SECTION 2 LA FISCALITE DES MEDECINS REGROUPES EN SOCIETES D'EXERCICE LIBERAL

Le médecin peut choisir d'exercer son activité au sein d'une société relevant, non pas de l'IR, mais de l'IS. Il est alors membre d'une société d'exercice libéral (S.E.L.)¹⁰⁸⁵. Ces sociétés sont soumises à l'IS¹⁰⁸⁶ dans les conditions du droit commun¹⁰⁸⁷. Elles sont adoptées par les médecins pour des raisons essentiellement fiscales.

En effet, d'une part, l'IS est établi à un taux fixe (30 ou 20 %) ¹⁰⁸⁸, alors que l'IR est progressif, et peut atteindre 40 % ; d'autre part, les rémunérations des associés -y compris celles des dirigeants¹⁰⁸⁹- sont considérées comme des salaires¹⁰⁹⁰. A ce titre, comme en Métropole¹⁰⁹¹, les médecins regroupés en S.E.L. sont soumis à l'IR au titre des salaires et traitements. Par conséquent, ils

¹⁰⁸³ Chacun des époux est tenu solidairement au paiement de l'IR, mais peut, toutefois, demander à être déchargé de cette obligation par le Trésorier Payeur Général. Article 152 CINC.

¹⁰⁸⁴ Article 151 CINC.

¹⁰⁸⁵ Voir : GRANIER Thierry, "L'exercice en groupement", *supra*. Les termes "SEL", "société" et "entreprise" sont employés indistinctement dans la suite du propos.

¹⁰⁸⁶ Cependant, si la S.E.L. est constituée sous la forme d'une EURL dont l'associé est une personne physique, c'est alors l'IR qui s'applique. En revanche, les S.E.L.A.R.L. dont l'associé unique est une personne physique peuvent être soumises à l'IS sur option. Article 4, II. CINC.

¹⁰⁸⁷ Toutes les dispositions du CINC applicables aux sociétés sont donc transposables aux SEL.

¹⁰⁸⁸ *Infra*.

¹⁰⁸⁹ Cela s'applique également aux gérants majoritaires de S.E.L.A.R.L., mais sous condition d'admission en déduction des bénéficiaires. Autrement dit, les rémunérations doivent correspondre à un travail effectif et ne pas être excessives.

¹⁰⁹⁰ Article 88, a) CINC.

¹⁰⁹¹ DELOT Druon, *La fiscalité personnelle des dirigeants d'entreprises*, Paris, LGDJ, collection Systèmes, 2003, pp. 36 et s.

bénéficient, comme tout salarié, des abattements de 10 et 20 %¹⁰⁹². En pratique, ils se répartissent les bénéfices de manière à minimiser le montant de l'IS et à faire jouer au maximum la part des traitements et salaires attachée à l'IR. Cependant, en principe, les associés ne peuvent pas déduire les frais d'acquisition des parts sociales¹⁰⁹³.

La détermination du résultat fiscal de la S.E.L. (§. 1) permet le calcul et le recouvrement de l'impôt (§. 2).

§. 1 - Le résultat fiscal de la S.E.L.

Comme toute société, la S.E.L. est soumise aux règles de la comptabilité commerciale. La détermination de son résultat fiscal repose donc, non pas sur la comptabilité de caisse, mais sur la comptabilité d'engagement (Sous-paragraphe 1). La détermination du bénéfice net de la S.E.L. (Sous-paragraphe 2) permet celle du résultat fiscal (Sous-paragraphe 3).

Sous-paragraphe 1 - Le recours à la comptabilité d'engagement

Les S.E.L. relèvent de la comptabilité d'engagement. Cela signifie que ne sont prises en compte que les créances acquises et les dettes certaines. Autrement dit, l'exécution de la prestation de service se rattache à l'exercice en cours indépendamment de la date du paiement. Cela ne pose pas de problème lorsque ce dernier intervient au cours de ce même exercice. En revanche, il arrive que des soins succèdent sur deux ou plusieurs exercices. Par exemple, des soins dentaires peuvent débuter à la fin d'un exercice et se terminer au début de l'exercice suivant. Dans ce cas, c'est la règle de la "*comptabilisation des travaux en cours*" qui s'applique. Afin d'éviter de faire supporter au praticien une charge excessive, celui-ci va évaluer le prix de revient des services déjà effectués et les enregistrer au titre des travaux en cours.

Grâce à la comptabilité d'engagement, la S.E.L. peut constituer des provisions et des réserves¹⁰⁹⁴. En cas de non-distribution, cela constitue un important avantage fiscal par rapport au régime des BNC, puisque les sommes laissées à la société pour constituer des réserves ou pour rembourser ses emprunts ne sont pas taxées au niveau des associés. Le libéral en S.E.L. peut ainsi décider, en fonction de ses impératifs de trésorerie, du montant exact des dividendes dont il a besoin.

¹⁰⁹² Voir le régime salarié, *supra*.

¹⁰⁹³ Toutefois, cette possibilité reste ouverte à la personne physique, associé unique d'une S.E.L. constituée en EURL.

¹⁰⁹⁴ Une S.C.P. ne le peut pas.

Sous-paragraphe 2 - La détermination du bénéfice net de la S.E.L.

Le bénéfice imposable de la S.E.L. est son bénéfice net (1). Il est établi sous déduction de toutes charges (2).

1 - Le calcul du bénéfice net

Il est déterminé *"d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises, y compris notamment les cessions d'élément quelconque de l'actif, soit en cours, soit en fin d'exploitation"*¹⁰⁹⁵. Plus précisément, il est égal à la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt¹⁰⁹⁶. L'actif net, quant à lui, est constitué par l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiés.

Si la S.E.L. a bénéficié de subventions d'équipement de la part de l'État ou des collectivités publiques, celles-ci ne sont pas comprises dans les résultats de l'exercice en cours à la date de leur versement¹⁰⁹⁷.

Par ailleurs, comme dans le cadre des sociétés de personnes, les droits ou parts détenus par le médecin sont considérés comme des éléments de son actif professionnel personnel, distinct de l'actif social.

2 - Les charges déductibles

En vertu de l'article 21, I. CINC, *"le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges"*. Pour être déductibles elles doivent remplir un certain nombre de conditions :

- se rattacher à la gestion normale de l'entreprise ou être exposées dans l'intérêt de l'exploitation ;
- se traduire par une diminution de l'actif net de l'entreprise ;
- correspondre à une charge effective et être appuyées de justifications suffisantes ;

¹⁰⁹⁵ Article 18, I. CINC.

¹⁰⁹⁶ Article 18, II CINC. Le résultat obtenu doit être diminué des suppléments d'apport et augmenté des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés.

¹⁰⁹⁷ Article 18, bis CINC. Le texte précise, toutefois, que les subventions utilisées à la création ou à l'acquisition d'immobilisations (amortissables ou non), peuvent être rapportées aux bénéfices imposables de chacun des exercices suivants. Par ailleurs, En cas de cession desdites immobilisations, la fraction de la subvention non encore rapportée aux bases de l'impôt est retranchée de la valeur comptable de ces immobilisations pour la détermination de la plus-value imposable ou de la moins-value.

- ne pas être exclues par une disposition particulière.

Matériellement, elles sont variées. Il s'agit, par exemple, des frais généraux de toute nature, des dépenses de personnel et de main-d'œuvre¹⁰⁹⁸, du loyer des immeubles dont l'entreprise est locataire¹⁰⁹⁹, des dons aux œuvres¹¹⁰⁰, des amortissements¹¹⁰¹, des provisions¹¹⁰², des reports déficitaires¹¹⁰³, etc.

Sous-paragraphes 3 - La détermination du résultat fiscal de la S.E.L..

¹⁰⁹⁸ Toutefois, pour être déductibles, les rémunérations doivent correspondre à un travail effectif et ne pas être excessives eu égard à l'importance du service rendu.

¹⁰⁹⁹ L'article 21, I. CINC présente une liste non exhaustive de charges déductibles. L'article 21, III. CINC, quant à lui, recense les dépenses exclues de ces charges. Par exemple : les dépenses et charges de toute nature ayant trait à l'exercice de la chasse ainsi qu'à l'exercice non professionnel de la pêche, l'amortissement des voitures particulières pour la fraction de leur prix d'acquisition qui dépasse 3 millions cfp, les dépenses résultant de l'achat d'aéronefs de plaisance, etc.

¹¹⁰⁰ Dans la limite de 3 % de leur chiffre d'affaires. Cette déduction s'applique, dans la même proportion, aux dons effectués au profit d'organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion des cultures et des connaissances scientifiques de la Nouvelle-Calédonie.

¹¹⁰¹ Leur déductibilité est admise sous conditions. En vertu de l'article 22, I. CINC : *"les amortissements sont admis en déduction des bénéfices imposables, lorsqu'ils remplissent les conditions suivantes :*

. ils doivent être pratiqués sur des éléments d'actif immobilisé appartenant à l'exploitant et effectivement soumis à dépréciation ;
. l'annuité doit correspondre à la dépréciation subie [...]
. l'amortissement doit avoir été effectivement pratiqué en comptabilité ;
. les amortissements doivent figurer sur un relevé spécial".

¹¹⁰² Leur déductibilité est également admise sous conditions. Selon l'article 27, I. CINC : *"elles doivent :*

a) être destinées à faire face soit à une perte ou à la dépréciation d'un élément d'actif, soit à une charge qui, si elle était intervenue au cours de la période d'imposition aurait pu normalement venir en déduction des bénéfices imposables de cette période ;
b) être probables et non pas simplement éventuelles ;
c) trouver leur source ou leur origine dans des faits intervenus au cours de la période d'imposition ;
d) être nettement précisées ;
e) avoir été effectivement constatées dans les écritures de l'exercice et figurer sur un relevé spécial".

¹¹⁰³ Article 34 CINC : *"En cas de déficit subi pendant un exercice, ce déficit est considéré comme une charge de l'exercice suivant et déduit du bénéfice réalisé pendant ledit exercice. Si ce bénéfice n'est pas suffisant pour que la déduction puisse être intégralement opérée, l'excédent du déficit est reporté successivement sur les exercices suivants jusqu'au cinquième exercice qui suit l'exercice déficitaire".* Toutefois, la limitation du délai de report n'est pas applicable à la fraction du déficit correspondant aux amortissements régulièrement comptabilisés mais réputés différés en période déficitaire.

Les règles de la comptabilité permettent de calculer le résultat fiscal de l'entreprise à la clôture de l'exercice.

Cependant, celui-ci ne correspond pas exactement au résultat comptable de l'entreprise. Il y a des ajustements. Il s'agit de rectifications qui s'effectuent hors comptabilité¹¹⁰⁴.

Les rectifications interviennent alors dans deux directions. D'une part, certaines charges sont réintégrées au résultat imposable. Il s'agit le plus souvent, des charges non déductibles qui ont été régulièrement comptabilisées¹¹⁰⁵. D'autre part, certains produits enregistrés en comptabilité sont retranchés du résultat comptable. Parmi eux se trouvent les plus-values dont le régime fiscal est spécifique.

Comme en Métropole, les plus-values connaissent un régime d'imposition particulier. Elles peuvent se définir comme étant un "*accroissement de valeur réalisé par un bien pendant une période donnée*"¹¹⁰⁶. Elles se réalisent à l'occasion de cessions d'immobilisations¹¹⁰⁷. L'article 36, I. CINC opère une distinction selon qu'elles sont réalisées à court ou à long terme. Les premières proviennent de la cession d'éléments acquis ou créés depuis moins de deux ans ou depuis deux ans au moins, lorsqu'elles correspondent à des amortissements déduits pour l'assiette de l'impôt¹¹⁰⁸. Les autres sont considérées comme étant à long terme¹¹⁰⁹. Le montant net¹¹¹⁰ de ces dernières fait l'objet d'une imposition séparée, fixée à 15 %¹¹¹¹.

¹¹⁰⁴ Le contribuable remplit alors le tableau annexe - "*Détermination du résultat fiscal*" - dans la liasse fiscale.

¹¹⁰⁵ Par exemple : les dépenses qui ont pour contrepartie l'entrée d'éléments dans l'actif de l'entreprise (achat de logiciels...), celles qui augmentent la valeur des immobilisations (frais de mise en état), celles qui ont pour contrepartie la disparition d'une dette au passif (remboursement d'un emprunt), celles effectuées dans l'intérêt personnel de l'exploitant (loyer, frais non professionnels...), ou celles présentant un caractère excessif au regard du fonctionnement normal de l'entreprise...

¹¹⁰⁶ CORNU Gérard (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 3^{ème} édition, 2002, p. 659.

¹¹⁰⁷ Cela concerne aussi bien des immobilisations corporelles (immeubles, véhicules...), incorporelles (brevet, droit de bail...) que financières (titres).

¹¹⁰⁸ Elles sont alors majorées, le cas échéant, du montant des amortissements expressément exclus des charges déductibles ainsi que de ceux qui ont été irrégulièrement différés.

¹¹⁰⁹ La même distinction s'applique aux moins-values.

¹¹¹⁰ Il est égale à l'excédent de ces plus-values sur les moins-values de même nature constatées au cours du même exercice. En cas d'excédent des moins-values à long terme, son montant peut être imputé sur les plus-values à long terme réalisées ultérieurement. Cependant, cela ne peut être effectué que dans la limite des dix exercices suivants.

¹¹¹¹ Article 45.1 CINC. Toutefois, il s'élève à 25 % lorsqu'elles proviennent de la cession de terrains à bâtir et biens assimilés, ainsi que des titres des sociétés dont l'actif est principalement constitué par les mêmes biens.

Diminué de l'impôt, il est alors porté à une réserve spéciale. Le montant net¹¹¹² des plus-values à court terme peut faire l'objet d'une imposition étalée dans le temps. Il peut être réparti par parts égales sur l'année de leur réalisation et sur les deux années suivantes¹¹¹³.

Une fois le résultat fiscal de la S.E.L. déterminé, il est procédé au calcul et au recouvrement de l'impôt.

§. 2 - Le calcul et le recouvrement de l'impôt

Cette phase de la procédure fiscale se partage entre l'entreprise et le Trésor. La première procède, elle-même, au calcul de l'impôt (Sous-paragraphe 1), le second n'intervient qu'au stade du recouvrement (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 - Le calcul de l'impôt effectué par l'entreprise

Comme en Métropole, l'IS appliqué aux S.E.L. de Nouvelle-Calédonie est établi à un taux proportionnel fixe. En vertu de l'article 45, al. 3 CINC, ce taux est arrêté à 30 %¹¹¹⁴. Un taux réduit¹¹¹⁵ égal à 20 %¹¹¹⁶ est également appliqué aux entreprises¹¹¹⁷ dont le chiffre d'affaires est inférieur à 200 millions de francs, dans la limite de 4,5 millions de francs de bénéfice imposable¹¹¹⁸ par période de douze mois¹¹¹⁹.

¹¹¹² Il est égal aux excédents de ces plus-values sur les moins-values de même nature qui ont été effectivement subies au cours du même exercice.

¹¹¹³ L'article 36, III. CINC précise que *"le cas échéant, l'excédent des moins-values à court terme constaté au cours d'un exercice est déduit des bénéfices de l'exercice"*.

¹¹¹⁴ En Métropole, il est établi à 33,1/3 % (article 219, I. CGI). Contrairement à celles implantées en Nouvelle-Calédonie, les S.E.L. métropolitaines doivent s'acquitter de taxes supplémentaires : une contribution de 3 % applicable à toutes les personnes morales assujetties à l'IS au taux normal ou réduit (appliqué aux plus-values à long terme ou aux PME) ; une contribution sociale de 3,3 % lorsque l'IS est supérieur à 763 000 € et que le chiffre d'affaires de la société est supérieur à 7 630 000 €. Ces deux taxes sont assises, non pas sur le bénéfice net (ou les plus-values à long terme), mais sur l'impôt lui-même, avant imputation des avoirs fiscaux et crédits d'impôts.

¹¹¹⁵ Article Lp. 45.0 CINC. Loi du pays n° 2003-1 du 29 janvier 2003 *portant diverses dispositions d'ordre fiscal en matière de fiscalité des entreprises*, J.O.N.C. du 4 janvier 2003, p. 557.

¹¹¹⁶ Article R 45-0 CINC. En Métropole, les PME bénéficient d'un taux réduit fixé à 15 %, pour les exercices ouverts à compter de 2002. Auparavant, il était égal à 25 %.

¹¹¹⁷ Le capital de la S.E.L. doit être entièrement libéré et détenu de manière continue pour 75 % au moins par des personnes physiques. Par ailleurs, des taux réduits s'appliquent aussi aux plus-values à long terme. *Supra*.

¹¹¹⁸ Les résultats relevant du régime des plus-values à long terme (article 45-1 CINC) ne sont pas pris en compte pour l'appréciation de cette limite.

¹¹¹⁹ Pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2003.

Par ailleurs, il existe un impôt forfaitaire annuel (IFA) dû par toutes les personnes morales soumises à l'IS. Contrairement à celui de Métropole¹¹²⁰, l'IFA de Nouvelle-Calédonie est fixe. Son montant s'élève à 100 000 francs, quel que soit le chiffre d'affaires de la société. Il est appliqué indépendamment du montant des bénéfices ou de celui des déficits. Cependant, les entreprises qui créent une nouvelle activité en sont exonérées pour les deux premiers exercices¹¹²¹. L'IFA s'impute sur l'IS dû au titre de l'exercice en cours à la date du 31 mai¹¹²², mais n'est pas déductible du résultat fiscal. Contrairement à l'IR, la liquidation de l'IS est faite par l'entreprise elle-même¹¹²³, en vertu du "*privilège (ou [de] la servitude) d'autoliquidation de l'impôt*"¹¹²⁴.

Sous-paragraph 2 - Le recouvrement de l'impôt

Suivant la logique "*d'autoliquidation*", l'impôt est versé spontanément, sans avis d'imposition, sous déduction des acomptes déjà réglés au titre de la période d'imposition. Le versement doit intervenir au plus tard le jour de l'expiration du délai fixé pour la remise de la déclaration du résultat. Cela signifie que le paiement de l'IS dû par une S.E.L. s'effectue en trois étapes. Les deux premières sont constituées par le versement des acomptes (1), la dernière par celui du solde (2).

1 - Le versement des acomptes

La S.E.L. procède au versement des acomptes (a), mais elle peut en être partiellement ou totalement dispensée (b).

¹¹²⁰ En Métropole, l'IFA est progressif, en fonction du montant du chiffre d'affaires. Pour 2004, cela va de 0 € (lorsque le chiffre d'affaires est inférieur à 76 000 €) à 30 000 € (lorsque le chiffre d'affaires est égal ou supérieur à 75 millions d'€).

¹¹²¹ Article 720 bis, I., al. 2 et 3 CINC. L'exonération concerne également les sociétés en liquidation judiciaire, pour la période postérieure au jugement déclaratif de liquidation (III).

¹¹²² A défaut d'imputation, l'imposition forfaitaire devient une charge définitive.

¹¹²³ Le montant le l'impôt est arrondi à la centaine de francs inférieure (article 45.7 CINC).

¹¹²⁴ COZIAN Maurice, *Précis de fiscalité des entreprises*, Paris, Litec, 27^{ème} édition, 2003-2004, p. 232.

a) Le versement des acomptes

La S.E.L. doit procéder au versement spontané, au comptable du Trésor du lieu de son siège social ou de son principal établissement en Nouvelle-Calédonie, de deux acomptes égaux chacun au tiers de l'impôt correspondant au bénéfice de l'exercice précédent¹¹²⁵. Ce dernier constitue l'exercice de référence. Les acomptes sont exigibles le dernier jour du septième et du onzième mois suivant l'ouverture de l'exercice.

Chaque versement s'effectue auprès de la caisse du comptable du Trésor chargé du recouvrement de l'impôt, du lieu du siège social ou du principal établissement en Nouvelle-Calédonie¹¹²⁶. La S.E.L. doit y joindre un bordereau-avis spécial accompagné des pièces justificatives des sommes imputées¹¹²⁷ sur les acomptes. Il porte mention de la désignation et de l'adresse du siège social ou du principal établissement de l'entreprise. Il est daté et signé de la partie versante et indique la nature du versement, l'échéance à laquelle il se rapporte ainsi que la base de calcul. Après avoir porté annotation du montant des sommes¹¹²⁸ et indication de la date du versement, le comptable du Trésor restitue le bordereau-avis à la partie versante.

b) Les dispenses de versement d'acomptes

Il existe des dispenses totales ou partielles de versement d'acomptes.

Concernant les premières, la S.E.L. nouvellement créée peut, sur demande, être dispensée du versement des acomptes pendant les douze premiers mois. En dehors de cette hypothèse, la dispense s'applique lorsque le bénéfice de référence est inférieur à 100 000 francs¹¹²⁹. La dispense partielle de versement d'acomptes existe dans l'hypothèse d'une baisse ou d'une absence de bénéfice. Si le montant

¹¹²⁵ Ne sont pas comprises les plus-values taxables aux taux de 15 ou 25 % (article 45.3, I CINC).

¹¹²⁶ Article 45.8 CINC.

¹¹²⁷ A l'origine, cela pouvait viser le crédit d'impôt d'aide au conseil à l'industrie (article 37 CINC). Mais cette possibilité est restée lettre morte en pratique. En revanche, l'article Lp. 45 *ter* CINC, plus connu sous le nom de "*loi Frogier*" (loi du pays n° 202-019 du 29 avril 2002, instituant un dispositif d'encouragement à l'investissement et portant diverses mesures d'ordre fiscal, J.O.N.C. n° 7626 du 30 avril 2002 - *erratum* J.O.N.C. n° 7627 du 7 mai 2002), peut permettre à une S.E.L. d'obtenir un crédit d'impôt égal à 50 ou 60 % du montant du financement qu'elle apporte à un investissement du type "*loi Frogier*". La pièce justificative à joindre au bordereau-avis est alors la copie de l'arrêté d'agrément.

¹¹²⁸ Le comptable du Trésor n'a donc pas à remettre un reçu ou une quittance.

¹¹²⁹ Article 45.6, I. CINC.

des acomptes versés au titre d'un exercice est estimé égal ou supérieur à l'impôt dû pour cet exercice, l'entreprise peut se dispenser de verser les acomptes.

Également, l'entreprise peut suspendre complètement ou réduire à due concurrence le versement des acomptes dus au titre de l'exercice en cours. La dispense, la suspension ou la réduction d'acompte, doit être demandée au comptable du Trésor chargé du recouvrement de l'impôt. L'entreprise doit alors lui remettre une déclaration datée et signée au plus tard à la date de majoration de l'acompte.

Mais attention, la S.E.L. ne doit pas surestimer la baisse de ses bénéficiaires, car à la suite de la liquidation de l'impôt de l'exercice, si la ou les déclarations sont reconnues inexactes de plus du dixième, l'insuffisance du versement qui n'a pas été effectué aux échéances prévues est assortie d'une majoration de 10 %¹¹³⁰.

2 - Le versement du solde

Après avoir versé les acomptes, la S.E.L. procède à la liquidation de l'IS et au versement du solde. Le complément d'impôt est immédiatement payé au comptable chargé de son recouvrement. Dans le cas contraire, l'excédent versé est remboursé à l'initiative de celui-ci, dans les 30 jours du dépôt du bordereau-avis et d'un relevé d'identité bancaire.

Le versement du solde s'accompagne donc de la remise au comptable du Trésor du bordereau-avis¹¹³¹ qui a déjà servi au versement des acomptes. Ce dernier mentionne le calcul de l'impôt à payer. Il s'accompagne, le cas échéant, des déclarations annexes¹¹³² relatives aux imputations effectuées au titre du report en arrière des déficits¹¹³³ et des crédits d'impôt (aide au conseil à l'industrie, dispositif "*Frogier*"). L'administration renvoie alors à l'entreprise le

¹¹³⁰ Elle est calculée, en vertu de l'article 1060 CINC, sur "*la différence entre le montant normalement dû, éventuellement limité au montant de l'impôt de l'exercice, et le versement effectif*".

¹¹³¹ Une fois le dernier versement effectué, le bordereau-avis est annoté des versements effectués. Il est alors retenu par le comptable du Trésor et transmis aux services fiscaux.

¹¹³² Elles sont établies sur des imprimés fournis par l'administration.

¹¹³³ En principe, l'entreprise pratique le report en avant des déficits : ils s'imputent sur les bénéfices du ou des exercices suivants dans la limite de cinq années (article 34 CINC, *supra*). Mais ces "*missiles fiscaux*" (COZIAN Maurice, *op. cit.*, p. 241) peuvent se transformer en "*rétro-fusées fiscales*" : c'est le report en arrière des déficits. Cette technique vient des États-Unis (*carry-back*). Elle consiste à imputer les déficits actuels sur les bénéfices des exercices précédents. L'entreprise bénéficie alors d'une créance fiscale imputable sur les futurs impôts.

talon du bordereau-avis de liquidation sur lequel sont portés les encaissements constatés¹¹³⁴.

Il arrive que la S.E.L. omette de déposer le bordereau-avis en fin d'exercice. Dans ce cas elle n'est pas sanctionnée, si elle a procédé à la liquidation. Le comptable du Trésor établit alors une copie de la fiche qu'il a ouverte pour la surveillance des versements de l'entreprise. Il la transmet, ensuite, par l'intermédiaire du Trésorier-Payeur Général, aux services fiscaux. Ces derniers procèdent alors à la liquidation du solde éventuel de l'impôt et à sa mise en recouvrement par voie de rôle. En cas d'excédent de versements, le comptable du Trésor établit un avis de reversement et l'adresse à la Direction du budget et des affaires financières de la Nouvelle-Calédonie qui en assure le remboursement.

En revanche, l'omission de la liquidation ou la liquidation opérée d'après un bénéfice inférieur à celui qui figure dans la déclaration de résultat entraîne une majoration de 10 % de l'impôt calculé sur la base du bénéfice figurant dans cette déclaration¹¹³⁵. La mise en recouvrement intervient alors par voie de rôle émis par la Direction des services fiscaux.

L'ensemble des régimes fiscaux qui vient d'être décrit s'applique au vu du respect des règles de territorialité de l'impôt.

SECTION 3 LA TERRITORIALITE DE L'IMPOT

La Nouvelle-Calédonie est liée à la Métropole par une convention fiscale signée le 31 mars 1983 à Nouméa et le 5 mai à Paris¹¹³⁶. Son objet est d'éviter les situations de double imposition et de lutter contre l'évasion fiscale. Ses dispositions peuvent intéresser le médecin au titre de IR (§.1) et de l'IS (§. 2).

§. 1 - La territorialité de l'impôt sur le revenu

Pour qu'un contribuable soit considéré comme fiscalement domicilié en Nouvelle-Calédonie, il suffit qu'il réponde à l'un ou l'autre des critères suivants :

Le premier est un critère personnel en vertu duquel ont leur domicile en Nouvelle-Calédonie, les personnes qui y ont leur foyer ou le lieu de leur séjour principal¹¹³⁷. La notion de foyer permet, notamment, de considérer comme domicilié fiscalement en Nouvelle-

¹¹³⁴ L'article 45.10 CINC précise que cela est suivi "*d'une mention valant quittance libératoire pour l'ensemble des sommes perçues*".

¹¹³⁵ Article 45.10, III. CINC.

¹¹³⁶ Elle a été approuvée par la loi n° 83-676 du 26 juillet 1983.

¹¹³⁷ Article 48, a) CINC.

Calédonie un contribuable exerçant à l'étranger alors que son épouse et ses enfants sont restés en Nouvelle-Calédonie. Quant au séjour principal, il suffit qu'une personne ait résidé plus de 183 jours en Nouvelle-Calédonie au cours d'une année pour qu'elle y soit réputée fiscalement domiciliée.

Le deuxième est un critère professionnel signifiant que le domicile fiscal en Nouvelle-Calédonie s'applique aux personnes y exerçant une activité professionnelle salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité soit exercée à titre accessoire¹¹³⁸. La charge de la preuve incombe alors au contribuable.

Enfin, le critère économique vise des personnes qui ont en Nouvelle-Calédonie le centre de leurs intérêts économiques¹¹³⁹.

Tout dépend si la personne est domiciliée ou non en Nouvelle-Calédonie.

Dans le premier cas, l'impôt est dû chaque année à raison des bénéfices ou revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose au cours de la même année¹¹⁴⁰. En principe, les revenus de sources extérieures à la Nouvelle-Calédonie sont exclus de l'IR, à condition que le contribuable justifie avoir été soumis à un impôt personnel sur le revenu à l'extérieur de la Nouvelle-Calédonie¹¹⁴¹. En ce qui concerne les relations entre la France et la Nouvelle-Calédonie, la convention de 1983 prévoit que *"les revenus qu'un résident d'un territoire tire d'une profession libérale (...) ne sont imposables que dans ce territoire, à moins que ce résident ne dispose de façon habituelle dans l'autre territoire d'une base fixe pour l'exercice de ses activités"*¹¹⁴². Dans ce dernier cas, les revenus qui y sont imputables sont imposables dans l'autre territoire. Cette règle est transposable aux salariés, la base fixe étant remplacée par le lieu d'exercice de l'emploi¹¹⁴³.

Concernant les personnes domiciliées hors de la Nouvelle-Calédonie, leurs revenus de source calédonienne sont déterminés selon les règles applicables aux revenus de même nature perçus par les personnes qui ont leur domicile fiscal en Nouvelle-Calédonie¹¹⁴⁴. Ils sont assujettis à un prélèvement forfaitaire sur les revenus en question fixé à 25 %¹¹⁴⁵. Par ailleurs, les services fiscaux peuvent demander au contribuable de désigner dans un délai de quatre-vingt-dix jours à

¹¹³⁸ Article 48 b) CINC.

¹¹³⁹ Article 48 c) CINC.

¹¹⁴⁰ Article Lp. 54 CINC.

¹¹⁴¹ Article Lp. 56 CINC.

¹¹⁴² Article 13 - 1 de la Convention fiscale franco-calédonienne des 31 mars et 5 mai 1983.

¹¹⁴³ Article 14 - 1.

¹¹⁴⁴ Toutefois : un abattement spécial de 1 million cfp est appliqué, en plus des autres abattements au montant net des pensions et rentes viagères.

¹¹⁴⁵ Articles Lp. 58 et R. 58 bis CINC.

compter de la réception de cette demande, un représentant en Nouvelle-Calédonie autorisé à recevoir les communications relatives à l'assiette, au recouvrement et au contentieux de l'impôt¹¹⁴⁶.

Les articles 129 et 130 CINC envisagent les conséquences fiscales des mouvements des contribuables vers et hors de la Nouvelle-Calédonie. Le principe est très simple. Dans la première direction, *"les revenus dont l'imposition est entraînée par l'établissement du domicile en Nouvelle-Calédonie ne sont comptés que du jour de cet établissement"*. Dans la seconde, le contribuable est imposé à raison *"des revenus dont il a disposé pendant l'année de son départ jusqu'à la date de celui-ci, des bénéfiques industriels et commerciaux qu'il a réalisés depuis la fin du dernier exercice taxé et de tous revenus qu'il a acquis sans en avoir la disposition antérieurement à son départ"*.

Le contribuable domicilié en Nouvelle-Calédonie, dont les revenus sont partagés entre celle-ci et la France, est soumis au taux effectif d'imposition. Il est tenu de déclarer les éléments du revenu global qui, en vertu du CINC ou de la convention fiscale franco-calédonienne relative aux doubles impositions, sont exonérés mais qui doivent être pris en compte pour le calcul de l'impôt applicable aux autres éléments du revenu global¹¹⁴⁷. L'objectif est de respecter la progressivité de l'impôt tout en évitant la double imposition. Cela signifie que le contribuable doit déclarer en Nouvelle-Calédonie l'ensemble de ses revenus, y compris ceux qu'il a perçus en Métropole et qui y sont imposables (par exemple des revenus fonciers). La totalité de ces revenus nets permet de calculer un taux effectif d'imposition, mais ce taux ne s'applique qu'aux seuls revenus d'origine calédonienne.

§. 2 - La territorialité de l'impôt sur les sociétés

La territorialité de l'IS est définie par un double critère : d'une part, celui du lieu d'exploitation, et d'autre part, celui du lieu d'établissement de la société. Ainsi, en vertu de l'article 15, I. CINC. *"Les bénéfiques passibles de l'impôt [...] sont déterminés en tenant compte des bénéfiques réalisés par les entreprises exploitées, ou ayant leur siège social, en Nouvelle-Calédonie ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la Nouvelle-Calédonie par une convention fiscale relative aux doubles impositions, conclue avec l'État Français, les Territoires Français d'Outre-Mer ou avec un pays étranger"*. La convention précise que *"les bénéfiques d'une entreprise d'un territoire ne sont imposables que dans ce territoire, à moins que l'entreprise*

¹¹⁴⁶ Article 129 A CINC.

¹¹⁴⁷ Article Lp. 138 CINC.

n'exerce son activité dans l'autre territoire par l'intermédiaire d'un établissement stable¹¹⁴⁸ qui y est situé¹¹⁴⁹.

Mais il peut arriver qu'une entreprise réalise des bénéfices en vertu d'activités exercées à la fois à l'extérieur et en Nouvelle-Calédonie. Dans cette hypothèse, les bénéfices en question ne sont imposables en Nouvelle-Calédonie que pour la fraction correspondant aux opérations y étant effectuées.

Lorsque une société exerce des activités ou possède des biens en Nouvelle-Calédonie, sans y avoir son siège social, l'impôt est alors établi au lieu du principal établissement, autrement dit, là où s'effectue un cycle complet de production. Elle doit alors fournir aux services fiscaux les nom, prénoms et adresse du représentant local¹¹⁵⁰.

En guise de conclusion, on dira que l'étude qui vient d'être faite de la fiscalité des médecins montre la chose suivante : le médecin est un contribuable comme les autres. En ce sens, il n'existe pas de règles fiscales propres à l'exercice des professions de santé.

Cependant, la situation fiscale du praticien dépend du mode d'exploitation de son activité. S'il exerce en libéral, à titre individuel, il est alors soumis au régime des BNC. En situation de subordination en vertu d'un contrat de travail, il relève du régime salarié. S'il préfère rejoindre des confrères au sein d'un groupe, tout dépend du choix de la structure collective. Dans une S.C.P., il relève de l'IR au titre des BNC, alors que dans une S.E.L., il est soumis à l'IS. Cette dernière structure semble, cependant, être plus avantageuse, car ses membres sont soumis à l'IR au titre des traitements et salaires et bénéficient ainsi des abattements de 10 et 20 %, exclus du régime des BNC.

Après, tout est une question de seuil. Plus les revenus sont élevés, plus le regroupement en S.E.L. est intéressant.

Pour terminer, l'analyse montre, à l'unisson de l'ensemble des contribuables de Nouvelle-Calédonie, que l'imposition des médecins y est moins contraignante qu'en Métropole. Il suffit pour cela d'observer les taux fixés par le CINC. En dehors de cette situation avantageuse, les règles de cette fiscalité font figure d'héritières en ligne directe du CGI.

¹¹⁴⁸ Cela comprend, notamment, un siège social, une succursale, un bureau.

¹¹⁴⁹ Article 7 - 1 de la Convention fiscale franco-calédonienne des 31 mars et 5 mai 1983.

¹¹⁵⁰ Article 44 CINC.

TITRE 2

L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE MEDECIN

C'est là l'étude du monopole (chap. 1) et de celle de sa protection (chap. 2).

CHAPITRE 1 LE MONOPOLE D'EXERCICE DE LA PROFESSION

Le monopole médical est ancien (sec. préliminaire). Il conditionne l'accès à la profession (sec. 1), autorisant l'exercice légal de la médecine, dans des limites qu'il appartiendra de préciser (sec. 2).

SECTION PRELIMINAIRE L'AFFIRMATION HISTORIQUE ET LE CONTENU DU MONOPOLE (A. Leca)

Très tôt, les exigences de la santé publique ont conduit l'État à s'ingérer dans le domaine de l'art médical. Mais le monopole est le fruit d'une maturation lente (§.1) dont le contenu actuel est clairement fixé (§.2).

§. 1 - La formation progressive du monopole médical

C'est à Rome, où, pour la première fois, les pouvoirs publics se sont efforcés d'encourager la médecine, quand César accorda la citoyenneté romaine à tous les médecins exerçant à Rome afin de retenir les praticiens en poste et en attirer d'autres¹¹⁵¹. Toutefois l'accès à la profession est restée longtemps entièrement libre. Le droit

¹¹⁵¹ Suétone, *Vie de Jules César*, 42.

romain appréhendait avec réticence et embarras les *operae liberales*¹¹⁵², au point qu'il ne s'est jamais clairement exprimé sur la contre-prestation pécuniaire du travail fourni¹¹⁵³. Certes sous l'Empire,

¹¹⁵² A.E. Giffard, "*Précis de droit romain*", t. II : Les obligations, Dalloz, Paris, 2^o éd. 1938 ; E. Terrier, "*Déontologie médicale et droit*", op. cit., p. 34. La distinction des *operae* (travail, service) et des *operae liberales* renvoyait à celle qui séparait les tâches vulgaires des occupations nobles (Sénèque, *Ep.*, LXXXVIII, 18-21-23) assimilables aux professions libérales (L.R. Ménager, "*Histoire institutionnelle et sociale de l'Antiquité*", P.U. Perpignan, 1999, p. 166). Mais elle ne revêtait de clarté que dans la différenciation entre d'une part le travail des esclaves, des salariés, d'autre part l'activité des hommes libres de naissance vivant selon leur rang.

Les services des esclaves et des affranchis étaient régis par la *locatio operarum*, le contrat de travail (R. Monier, "*Manuel élémentaire de droit romain*", t. 2 : Les obligations, Domat-Montchrestien, 5^o éd., 1954, p. 173), qui supposait le versement d'une *merces* (salaire, mais aussi rémunération), regardée comme dégradante (Cicéron, *De officiis*, 1.42.150 parle à son propos de "prix de la servitude"). La lexicologie renvoie à d'autres termes négativement connotés : *meretrix* qui renvoie à la prostitution, *mercenarii* (d'où mercenaire en Français), qui désigne le salarié (Cicéron, *De Officiis*, I, 41). Pour éluder le caractère honteux imprimé par le mot de *merces*, le latin a dû trouver un autre mot pour désigner la "solde" du militaire (*stipendium*, du nom des premières piécettes d'airain appelées *stips*) et la contrepartie pécuniaire du "service" fourni par les professions "honorables" (*honoralia*) : les *honoraliis* (*honorarium* au singulier) qui a été emprunté aux vieux usages de l'armée : en guise, non point de paiement, mais de témoignage de reconnaissance, le soldat recevait une ration de S.E.L. (Pline, *Histoire naturelle*, XXXI, 89), *sal* en latin, d'où le terme de salaire (L.R. Ménager, "*Histoire institutionnelle et sociale de l'Antiquité*", op. cit., pp. 171-173), tiré de *salarium*, qui désignait étymologiquement ration de sel.

Dans le cadre des *operae liberales*, qui concernaient médecins, sages-femmes, professeurs ou avocats (Dig. 50, 13, 1), la contrepartie du "service" était le témoignage de reconnaissance qu'exprimaient les *honorariis* (honoraires) (Dig. 50, 13, 1 §.10), qui en théorie n'étaient point un salaire (Dig., 19, 5, 27, 1). Cf Bernard, "*La rémunération des professions libérales en droit romain*", 1935. Mais, très souvent, on utilisait aussi le terme polysémique de *merces*, par exemple au tout début du fragment précité d'Ulpien figurant au Digeste (50, 13, 1).

¹¹⁵³ En principe l'exercice d'une activité libérale aurait dû impliquer la gratuité des services (Tacite, *Annales*, XI, 6). D'ailleurs Pline écrit qu'initialement les anciens Romains "n'admettaient pas que la vie puisse dépendre d'un salaire" (Pline, *Histoire naturelle*, XXIX, 16). Mais, dès le début de l'époque impériale, les médecins célèbres qui comptaient des empereurs dans leur clientèle recevaient des traitements considérables de l'aveu même de Pline (*ibid.*, 7-8 et XIV, 5 qui ose parler de *mercedes* ; voir également : Tacite XI, 5). En se fondant sur Tacite (*Annales*, XI, 5, 6 et 7), L.R. Ménager écrit qu'Auguste aurait aboli la vieille loi *Cincia* de 204 av. J.C. prohibant les donations excédant un certain taux, qui ne nous est pas connu mais qui devait être faible (J. Gaudemet, "*Droit privé romain*" ; 2^oéd., Montchrestien, Paris, 2000, p. 124), en fixant une limite généreuse de 10.000 sesterces "au delà desquels on serait coupable de concussion". Mais l'interprétation n'est pas certaine et de nombreux romanistes estiment que la *lex Cincia* est tombée peu à peu en désuétude (au III^o siècle de notre ère selon J. Gaudemet). Toujours est-il qu'avec la notion d'*honorariis* (supra note précédente) on finit par admettre une contrepartie pécuniaire pour l'activité médicale. Restait le plus difficile qui était de trouver un procédé juridique pour contraindre au paiement le client récalcitrant. Les "salaires" pouvaient être réclamés devant le juge, en matière de rétribution des professions

des écoles de médecine apparurent dans plusieurs villes (Athènes, Alexandrie, Marseille...), mais cet enseignement était facultatif. Il en est de même de celui qu'Alexandre-Sévère mit sur pied à Rome, avec pour enseignants des médecins payés sur fonds publics, au III^e siècle de notre ère¹¹⁵⁴. C'est Julien qui, le premier, promulgua une loi imposant l'obligation d'être approuvé par un collège de médecin pour obtenir le droit d'exercer¹¹⁵⁵.

Au Moyen Âge, les premiers à avoir ouvert la voie ont été les Arabes¹¹⁵⁶, mais l'institution d'un contrôle des compétences par les Califes n'a pas été systématique¹¹⁵⁷.

Les Occidentaux y sont venus plus tardivement, mais aussi plus complètement. Certes au haut moyen âge, les traces d'exercice médical sont assez minces. Un capitulaire de Charlemagne favorisant de manière peu claire l'éducation médicale est l'un des rares textes publics attestant du souci des autorités d'être présent dans ce domaine¹¹⁵⁸. Pendant longtemps, le cadre monastique resta la seule structure visible. Les frères accueillent les *infirmi* dans des *hospitaliae* qui traduisent parfois une organisation élaborée¹¹⁵⁹. Au XII^e siècle la *mirgie*¹¹⁶⁰ fut interdite aux moines¹¹⁶¹, afin de les cantonner aux choses pieuses et sans doute aussi les détourner du gain¹¹⁶².

libérales, au moins dès le début du III^e siècle ap. J.C. on admit de s'adresser aux gouverneurs de province (L.R. Ménager, op. cit., pp. 173-174), ce qui permettait de ne pas les confondre. Il n'en résulta pas moins un rapprochement constant. D'ailleurs l'édit du Maximum promulgué en 301 par Dioclétien qui fixait pour tout l'empire un plafonnement des produits et des services visait aussi bien les travailleurs manuels que les médecins (cf Code Théodosien, XIII, 3, 1, 2).

¹¹⁵⁴ L. Callebat (dir.), *"Histoire du médecin"*, op. cit., p. 56.

¹¹⁵⁵ B. Halioua, *"Histoire de la médecine"*, Masson, Paris, 2001, p. 55.

¹¹⁵⁶ À Bagdad, le Calife Al MuktaDIR imposa en 932 l'obligation de posséder un titre pour pouvoir exercer la médecine. L'autorisation était nommée *Idajza* (B. Halioua, *"Histoire de la médecine"*, op.cit., p. 70. Cf aussi <http://perso.cub-internet.fr/gourdol.Medecins/MedecinsTextes/medislam.html#ancrer872897> qui date la naissance de l'*idjuza* de 923).

¹¹⁵⁷ A. Vauchez dir., *"Dictionnaire encyclopédique du Moyen Âge"*, éd. du Cerf, Paris, 1997, v^o Médecin, par D. Jacquart, p. 980.

¹¹⁵⁸ *Capitulare missorum in Theodonis villa*, éd. A. Boretius, dans *Monumenta Germaniae Historica Legum II, I*, Hanovre, 1883, n^o43 ; L. Callebat (dir.), *"Histoire du médecin"*, op. cit. p. 61.

¹¹⁵⁹ Le plan de l'abbaye bénédictine de Saint-Gall, qui rend compte d'un projet non réalisé, présenté en 820 à l'abbé Gozbert, prévoyait notamment une infirmerie regroupant divers espaces dédiés aux soins, situés au nord-est du couvent, sur le flanc d'une petite église. Se distinguent un réfectoire, un dortoir et une galerie réservée aux *infirmi*, une salle pour les malades gravement atteints (*locus valde infIRM.O.rum*), tandis qu'à proximité se trouvaient une maison des médecins (*domus medicorum*), une pharmacie, un espace réservé aux saignées et un jardin de plantes médicinales (*hortularius*). (L. Callebat (dir.), *"Histoire du médecin"*, op. cit. p. 61).

¹¹⁶⁰ L'art de la médecine. Le mot figure chez Chrétien de Troyes (v. 1175).

Il en résulta un processus de laïcisation. La formation des médecins commença à s'opérer dans les universités¹¹⁶³. Les auteurs ne sont pas tous d'accord pour localiser la plus ancienne. Bologne peut-être¹¹⁶⁴. En France, la première apparaît à Montpellier avant 1220¹¹⁶⁵. Les premières communautés de métiers apparaissent aux XIII^e-XIV^e siècles. En Toscane depuis le XIV^e siècle, obligation était faite aux médecins et aux chirurgiens d'être immatriculés (*matricolati*) dans le *Collegio medico*, c'est à dire la communauté des médecins et chirurgiens-barbiers¹¹⁶⁶. En France, les statuts les plus anciens d'une guilde de chirurgiens sont ceux de Montpellier (1252 et 1292)¹¹⁶⁷.

Toutefois la laïcisation a été plus lente qu'on ne l'imaginerait. Le pape Jean XXI¹¹⁶⁸, qui accéda au pontificat en 1276, était médecin. Par ailleurs, à cette époque, les gens instruits étaient soumis, par leur formation, à certaines règles propres à la discipline ecclésiastique¹¹⁶⁹ : à Paris, par exemple, les médecins attendront 1452 pour être dispensés du célibat¹¹⁷⁰.

Ils étaient naturellement des hommes, quoique le féminin *miresse* figure dans le *Roman de Tristan* de Béroul à la fin du XII^e siècle. Le terme semble désigner la femme qui s'adonne à la médecine ou du moins à certaines activités médicales, bornées aux

¹¹⁶¹ L'interdiction fut posée par une série de conciles : CleR.M.O.nt 1130, Reims 1131, Latran II 1139, Tours 1163. Mais, comme l'a montré Darell W. Amundsen, "*Medieval Canon Law on Medical and Surgical Practice by the Clergy*", *Bulletin of the History of Medicine*, 52, 1978, pp. 22-44), il n'y a jamais eu d'incompatibilité générale entre la médecine et la cléricature, car les textes mentionnés (qui concernent également le droit) ne visaient que les moines et les chanoines. Certes la bulle pontificale *Super specula* (1219) étendit l'interdiction de l'étude de la médecine à un plus grand nombre de clercs, mais sa rigueur fut assouplie par deux décrets de 1298.

¹¹⁶² Mais, contrairement à ce qui est souvent écrit, l'Église n'a jamais interdit aux clercs dans leur ensemble d'exercer la médecine : voir D.W. Amundsen, "*Medical Canon Law on medical and surgical Practice by the Clergy*", *Bulletin of the History of Medicine*, 52 (1978), pp. 22-44 ; A. Vauchez dir., "*Dictionnaire encyclopédique du Moyen Âge*", éd. du Cerf, Paris, 1997, v^o Médecin, par D. Jacquart, p. 980.

¹¹⁶³ *ibid.* p. 83.

¹¹⁶⁴ J.C. Sournia, "*Histoire de la médecine*", La Découverte, Paris, 2^eéd., 1997, p. 90 fournit la liste suivante :Bologne (1188 ?), Valence d'Espagne (1209), Oxford (1214), Paris (1215 ?), Montpellier (max.1220), Naples (1224), Padoue (1228), Cambridge, Toulouse (1229), Salamanque (1230), Rome (1245), Pavie (1261), Coimbra (1279), Lisbonne (1290), Lérida (1300).

¹¹⁶⁵ B. Halioua, "*Histoire de la médecine*", *op.cit.*, p. 84.

¹¹⁶⁶ L. Callebat (dir.), "*Histoire du médecin*", Flammarion, Paris, 1999, p. 124. A Florence, médecins, chirurgiens, apothicaires et merciers constituaient ensemble l'un des arts majeurs (P. Antonetti, "*La vie quotidienne à Florence au temps de Dante*", Hachette, Paris, 2^e éd., 1990, pp. 159-160).

¹¹⁶⁷ *ibid.*, p. 99.

¹¹⁶⁸ (1213 ou 1220/ 1277).

¹¹⁶⁹ J. Chelini, "*Histoire religieuse de l'Occident médiéval*", Armand Colin, Paris, 1968, pp. 350-351

¹¹⁷⁰ J.C. Sournia, "*Histoire de la médecine*", *op.cit.*, p. 88.

"maladies des femmes", depuis la pathologie de la grossesse jusqu'à l'hystérie¹¹⁷¹. Une vaste zone d'ombre subsiste avec ce terme polysémique¹¹⁷².

Les premières interventions législatives relatives à l'exercice médical, en France au moins, concernent le rôle des praticiens appelés devant les tribunaux à des fins d'expertise. Un édit de Philippe le Bel a réglementé, dès 1311, le statut des "médecins, chirurgiens et matrones jurés" du Châtelet¹¹⁷³, qui était une juridiction criminelle.

A cette époque, les modalités de la formation des médecins devaient être variables...et inégales.

Dans la péninsule italique, dès la première moitié du XIII^e siècle, furent posées les premières exigences émanées des pouvoirs publics¹¹⁷⁴.

En France, ce n'est qu'après la grande épidémie de Peste Noire (1348) qu'une ordonnance de Jean le Bon de 1352 interdit l'exercice de la médecine à Paris à quiconque n'était pas au moins licencié¹¹⁷⁵. Les exigences s'appesantirent aux XVII^e-XVIII^e siècles¹¹⁷⁶, avec notamment la déclaration royale de 1696 interdisant à quiconque de pratiquer en aucun point du royaume s'il n'avait été reçu docteur en médecine dans une université du royaume, et surtout l'édit portant règlement pour l'étude et l'exercice de la médecine donné à Marly au mois de mars 1707¹¹⁷⁷, qui est demeuré en vigueur jusqu'à la Révolution.

¹¹⁷¹ L. Callebat (dir.), *"Histoire du médecin"*, op. cit., p. 10 (à propos de la *medica* à Rome)

¹¹⁷² *Mirresse* se dit aussi...de l'épouse du médecin (*ibid.*, p. 13).

¹¹⁷³ Ambroise Paré et Zacchias en Italie formaliseront les premières règles de l'expertise médico-légale à partir du XVI^e siècle (G. Trimaille, *"L'expertise médico-légale : confiscation et traduction de la douleur"*, dans B. Durand, J. Poirier, J.P. Royer, *"La douleur et le droit"*, P.U.F., Paris, 1997, p. 490).

¹¹⁷⁴ Dans le royaume de Sicile (alors le mieux administré de toute l'Italie) les "Constitutions de Melfi" édictées par Frédéric II en 1231 réserva le titre de *medicus* à qui avait au préalable été interrogé et admis par les maîtres de l'université de Salerne. Au vu des lettres de ceux-ci, la licence de pratiquer était accordée par le souverain. Ce type de réglementation semble s'être perpétué dans les États angevins de Naples et, par extension, en Provence où les candidats recevaient leur *licentia practicandi* après avoir été interrogés par des médecins, sans que l'obligation d'avoir fréquenté une université ne fut précisée (L. Callebat dir., *"Histoire du médecin"*, op. cit., p. 82).

¹¹⁷⁵ A. Chéruel, *"Dictionnaire historique des institutions, moeurs et coutumes de la France"*, t. 2, réimpr. Genève, Mégariotis Reprints, v^o Médecin, p. 760.

Dès avril 1281, une charte du roi d'Aragon interdisait d'exercer la médecine dans la seigneurie de Montpellier sans l'obtention préalable d'un grade dans cette université. Cette charte fut confirmée par lettres patentes de Philippe de Valois en avril 1331 (Isambert, *"Recueil général des anciennes lois françaises"*, t. IV, p. 394).

¹¹⁷⁶ C. Pauthier, *"Le critère de l'exercice illégal de la médecine (1673-1793). Entre défaut de droit et manière de soigner"*, Thèse Droit (dactyl.), Strasbourg, 2000, p. 7.

¹¹⁷⁷ Isambert, t.XX, n^o 2031.

Le premier volet de l'édit a trait à l'organisation de l'enseignement médical : durée des enseignements au cours de l'année, nature des disciplines dispensées (cours d'anatomie, pharmacie, galénique et chimie, démonstration de botanique) assiduité des professeurs, etc... L'exercice de la médecine est une nouvelle fois subordonné à l'obtention du "degré de licencié dans quelque'une des facultés de médecine" du royaume¹¹⁷⁸. Étant précisé que les docteurs provinciaux ne pouvaient pas soigner à Paris, tandis que les docteurs parisiens pouvaient exercer dans tout le royaume¹¹⁷⁹.

La Révolution commençante de ces réglementations fit table rase et libéralisa entièrement la profession. La loi du 18 août 1790 abrogea les corporations enseignantes, supprima tout à la fois la faculté de médecine et l'enseignement médical. L'expérience s'avéra désastreuse et la loi du 19 ventôse an XI (10 mars 1803) exigea pour l'exercice de la médecine le diplôme de docteur en médecine (ou certains diplômes et titres assimilés)¹¹⁸⁰.

La loi du 20 prairial an XI (8 juin 1803) la compléta en reconnaissant les officiers de santé nés de l'urgence des guerres révolutionnaires. Ils subsistèrent jusqu'à la loi du 30 novembre 1892.

¹¹⁷⁸ Art. 26 de l'édit de 1707 : *"Nul ne pourra sous quelque prétexte que ce soit exercer la médecine, ni donner aucun remède, même gratuitement, dans les villes et bourgs de notre royaume, s'il n'a obtenu le degré de licencié dans quelque'une des facultés de médecine qui y sont établies, conformément à ce qui est porté par notre présent édit, à peine de cinq cent livres d'amende, applicable moitié à nous, et l'autre moitié à la faculté ou aggrégation la plus prochaine du lieu où ceux qui ne sont pas gradués auront exercé la médecine"*.

¹¹⁷⁹ *ibid.*, p. 7 et 20. On appelait cette faculté particulière le privilège d'*urbi et orbi salus* (*ibid.*, pp. 22-23), dit aussi de l'*ubique terrarum* (p. 25)

¹¹⁸⁰ J. Godechot, *"Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire"*, P.U.F., Paris, 3^e éd., 1985, p. 704.

§. 2 - Le contenu actuel du monopole médical

La loi de ventôse (comme d'ailleurs la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine) ne fournit aucune définition du monopole médical et ce fit la jurisprudence qui eut à préciser peu à peu ce qu'il fallait entendre par fonctions réservées aux médecins.

Le premier texte à donner une définition fut l'ordonnance du 25 septembre 1945 dans ses dispositions concernant l'exercice illégal de la médecine¹¹⁸¹, dont on a déduit que la pratique médicale consistait à l'établissement d'un **diagnostic** et au **traitement** de maladies ou d'affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou tous autres procédés.

Il faut toutefois introduire trois nuances.

En premier lieu, d'autres monopoles concurrents permettent également à des professionnels de santé d'accomplir de tels actes, ce qui suppose d'opérer des délimitations parfois délicates.

Les chirurgiens-dentistes, par exemple, ont le monopole du "diagnostic et du traitement des maladies de la bouche, des dents et des maxillaires"¹¹⁸², le champ de la prescription par les sages-femmes a été élargi à différents médicaments en 2004¹¹⁸³, un opticien peut, dans certaines limites, procéder à un examen de la vue de son client et un infirmier peut accomplir certains soins¹¹⁸⁴ sur prescription médicale et même indépendamment de celle-ci, pourvu que ce soit en présence d'un médecin responsable qui puisse intervenir à tout moment¹¹⁸⁵.

De telles situations ont rendu nécessaire de fixer certaines règles. C'est ainsi que les chirurgiens-dentistes peuvent pratiquer l'anesthésie locorégionale, mais l'anesthésie générale ne peut être

¹¹⁸¹ C.S.P., anc. art. L. 372-1° : "Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies ou d'affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés, quels qu'ils soient, ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre de la Santé publique prise après avis de l'Académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autres titres..."

¹¹⁸² C.S.P., art. L. 373. Sur le monopole des chirurgiens-dentistes, cf J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", J.-M. Auby, "Le monopole médical. Contenu et limite", fasc. 2, (5, 1993), pp. 9-10 et M. Véron, "L'exercice illégal de la médecine", fasc. 3 (7, 1999), p. 6.

¹¹⁸³ Arrêté du 23 février 2004 (J.O.R.F. 19 mars).

¹¹⁸⁴ La liste des "soins infirmiers" figure dans les décrets du 12 mai 1981 et du 15 mars 1993 (J.O. R.F. 16 mars 1993).

¹¹⁸⁵ D. 17 juillet 1984 relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier, art.4-5.

effectuée que par un médecin¹¹⁸⁶. En ce qui concerne les antalgiques pour enfants, la compétence des sages-femmes est limitée au paracétamol par voie orale. Et les opticiens peuvent délivrer des verres correcteurs sans ordonnance médicale, sauf que celle-ci est toujours requise pour une personne âgée de moins de seize ans¹¹⁸⁷.

En second lieu, le monopole médical ne s'arrête pas au diagnostic et au traitement, puisqu'on y englobe également toutes sortes d'actes "intrusifs" qu'il est assez difficile de relier à une règle générale, par exemple l'insertion de contraceptifs intra-utérins¹¹⁸⁸, l'insémination artificielle, l'implantation d'embryons ou l'I.V.G. sans but thérapeutique¹¹⁸⁹, prévus au cas par cas par des textes spéciaux.

Enfin le diagnostic et le traitement doivent revêtir un minimum de précisions scientifiques.

Ni une observation, suivie d'un conseil d'hygiène ou de diététique¹¹⁹⁰, ni une prière ou un rituel religieux¹¹⁹¹ ne comportant aucune intervention physique sur le malade¹¹⁹², n'entrent dans le monopole médical. À la différence du "magnétisme"¹¹⁹³ et de la radiesthésie¹¹⁹⁴ dont l'utilisation pour déterminer un traitement de caractère médical sont pénalement sanctionnés au titre de l'exercice illégal de la médecine¹¹⁹⁵.

En contrepartie du monopole, l'accès à la profession de médecin est strictement réglementé.

SECTION 1

L'ACCES A LA PROFESSION MEDICALE (A. Leca)

¹¹⁸⁶ J.-M. Auby, *Le monopole médical. Contenu et limite*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 2, (5, 1993), p. 7 et 10.

¹¹⁸⁷ *ibid.*, p.21.

¹¹⁸⁸ D. 7 mars 1972.

¹¹⁸⁹ Trib. corr. Aix-en-Provence, 10 mars 1977, D. 1978, p. 16, note Roujou de Boubée.

¹¹⁹⁰ Trib. corr. Nantes, 30 juillet 1923, D. 1923, II, p. 155.

¹¹⁹¹ Cass. crim. 25 juin 1908, S. 1912, I, 235 ; 3 avril 1925, Gaz. Pal., 1925, 2, 256 ; 30 mai 1954, J.C.P. 54, éd. G, II, 8212, note R.C. À l'époque de la République anticléricale, il fut question de fermer Lourdes qui aurait représenté une grave menace pour l'hygiène publique (R. Harris, *"Lourdes"*, J.C. Lattès éd., Paris, 2001, pp. 464-467).

¹¹⁹² Cass. crim., 16 décembre 1922, Bull. crim. n.423 (à propos de pratiques de spiritisme supposant frictions et massages sur les parties malades)

¹¹⁹³ J.-M. Auby, *"Le monopole médical. Contenu et limites"*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc.2 (5, 1993), p. 5.

¹¹⁹⁴ Cass. crim., 19 mars 1953, D. 1953, 666 ; 20 février 1957, Bull. crim. n.176, p. 297 ; 19 juin 1957, Bull. crim., n. 505, p. 914 ; 18 décembre 1957, Bull. crim., n. 850, p. 1537.

¹¹⁹⁵ Certains procédés qui seraient interdits à un non-médecin peuvent être utilisés par une personne ayant le droit d'exercer. Tel est le cas notamment de l'acupuncture (Cass. crim., 3 février 1987, R.S.C. 1987, 689 note Delmas-Saint-Hilaire) ou de l'hypnothérapie (Cass. crim., 9 octobre 1973, Gaz. Pal. 1974, 1, 9, note P.J. Doll).

En Métropole, l'accès à l'exercice de la médecine est actuellement défini par les articles L.4111-1 et suivants du code de la santé publique qui énumèrent différentes conditions que l'on peut regrouper sur un axe bipartite : d'une part les conditions traditionnelles affectées par l'intégration européenne : les conditions de nationalité et de titre (§. 1), d'autre part les conditions traditionnelles demeurées largement inchangées : les conditions de moralité, d'indépendance et d'aptitude à exercer (§. 2). Si ces conditions sont réunies l'impétrant est inscrit au tableau de l'ordre (§. 3).

§. 1 - Les conditions traditionnelles affectées par l'intégration européenne : les conditions de nationalité et de titre

À des rares exceptions près, la loi du 30 novembre 1892, qui a régi durablement la question, réservait l'accès à la profession aux médecins français, titulaires de diplômes français.

En Métropole, ceci appartient désormais au passé. La construction de l'Europe, mais également l'accession à l'indépendance des pays avec lesquels la France, pour des raisons historiques, a souhaité conserver des liens privilégiés, sans négliger le souci d'offrir un plus large accueil aux médecins étrangers, sont les causes principales de cette transformation¹¹⁹⁶.

Le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne prévoyait que les ressortissants de ses États membres bénéficieraient d'une liberté mutuelle d'établissement. Toutefois, pour tenir compte des impératifs de santé publique, la libération progressive des restrictions en ce qui concerne les professionnels de santé, était subordonnée à la coordination de leurs conditions d'exercice par les États membres (art. 57).

La reconnaissance mutuelle des diplômes a été réalisée pour les médecins par les directives du 16 juin 1965 et 93/16/CEE du 5 avril 1993¹¹⁹⁷.

Les autres professions de santé s'y sont adaptées chacune à leur rythme¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁶ On entend en général par ce terme imprécis un ensemble de procédés supposant un influx personnel exercé sur autrui (J.-M. Auby, *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 4, S. Breton, *"L'accès à la profession médicale"* (6, 2000), p. 2).

¹¹⁹⁷ Les directives sont disponibles sur le site : <http://www.europa.eu.int/à europa.int/prelex/apcnet.cfm>

¹¹⁹⁸ La reconnaissance mutuelle des diplômes a été réalisée pour les infirmiers, par la directive 77/452/CEE du 27 juin 1977, pour les dentistes, par la directive 78/686/CEE du 25 juillet 1978, pour les vétérinaires, par la directive 78/1026/CEE du 18 décembre 1978, pour les pharmaciens par les directives 85/432 et 433/CEE du 16 septembre 1985 (la seconde directive précisant que la répartition géographique des

Et à l'avenir, la directive Stodley (du nom du commissaire qui en est le promoteur) devrait s'appliquer indistinctement à tous les prestataires de service dont elle entend faciliter la libre circulation : un médecin d'un pays de l'Union pourrait venir exercer dans un pays d'accueil sans s'y déclarer, sans faire reconnaître ses titres. Mais l'ordre des médecins français et le Comité permanents des médecins européens (qui représente les médecins des 15 pays-membres et auquel participe l'Ordre français) ont fait connaître leur opposition¹¹⁹⁹...

En Nouvelle-Calédonie, ce risque paraît bien lointain, car les textes localement applicables en la matière remontent aux années 1950, antérieurement au traité constitutif de la communauté économique européenne. Il s'agit principalement du décret modifié n° 52-964 du 9 août 1952¹²⁰⁰ rendant applicable aux TOM l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, modifiée et complétée par les lois n° 49-757 du 9 juin 1949, n° 50-920 du 9 août 1950 et n° 51-443 du 19 avril 1951.

Il en résulte que la spécificité du territoire est essentiellement d'en être resté à un état ancien du droit. Mais il a tout de même été touché par l'esprit d'ouverture qui a métamorphosé le droit métropolitain. C'est particulièrement net pour la condition de nationalité française, beaucoup moins pour la condition de titre.

Sous-paragraphe 1 - La condition de nationalité

Aujourd'hui, en Métropole, pour exercer la médecine, il faut être de nationalité française, d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE), citoyen d'Andorre, ressortissant du Maroc ou de Tunisie... "...sous réserve de l'application, le cas échéant, soit des règles fixées au présent chapitre, soit de celles qui découlent d'engagements internationaux autres que ceux mentionnés au présent chapitre"¹²⁰¹.

C'est ainsi que les communautés européennes et leurs États membres ont souscrit en 1993 des accords d'association avec la Roumanie, la Bulgarie, la République Tchèque et la Slovaquie qui permettent sous certaines conditions la liberté de circulation et d'établissement. D'autres ont suivis depuis.

La France a par ailleurs conclu avec certains États d'Afrique noire francophone des conventions par lesquelles elle s'engage (et

officines et le monopole de dispensation des médicaments continuent de relever de la compétence des États membres).

¹¹⁹⁹ Bull. Ordre des Médecins, n° 10 (décembre 2002), p. 3.

¹²⁰⁰ J.O.R.F., 15 septembre 1952, p. 419.

¹²⁰¹ C.S.P., art. L. 4111-1.

réciiproquement) à accorder aux ressortissants de ces États un traitement identique à celui reconnu à ses propres nationaux, notamment en ce qui concerne l'accès aux activités salariées et à l'exercice des professions libérales¹²⁰².

Concrètement, il en résulte que, chaque année, en application de la loi n° 72-661 du 13 juillet 1972, le ministre de la santé publie par arrêté la liste des personnes autorisées à exercer la profession de médecin¹²⁰³.

Cette exception s'étend au conjoint du médecin concerné, quelle que soit sa nationalité. Encore faut-il que le médecin qui invoque le bénéfice de ces dispositions justifie des qualités professionnelles et diplômes exigés par la France et que son conjoint, ressortissant de la Communauté européenne, puisse justifier d'une activité professionnelle dans le pays d'accueil.

En Nouvelle-Calédonie, jusqu'en 1987, l'accès à l'exercice local de la médecine était en principe interdit aux étrangers. La seule exception, mentionnée par le décret n° 52-964 du 9 août 1952, article 2, concernait les médecins étrangers autorisés par "le chef du Territoire" qui pourraient être "recrutés par contrat pour le service exclusif de l'administration"¹²⁰⁴. Elle subsiste toujours aujourd'hui.

Mais depuis la délibération n° 190 du 13 août 1987, l'accès général à l'exercice de la médecine est ouvert aux ressortissants des États membres de la communauté européenne "nonobstant les dispositions existantes relatives à la nationalité figurant dans le texte applicable au Territoire". Ils doivent toutefois être titulaires d'un diplôme reconnu. Ceci nous amène à la condition de titre.

Sous-paragraphe 2 - La condition de titre

Elle suppose une formation médicale. La première année du cursus est ouverte à tout titulaire d'un baccalauréat français, mais, depuis 1971, un *numerus-clausus* plafonne les effectifs admis en seconde année : dans un contexte qualifié de pléthore, leur nombre n'a pas cessé de baisser en vingt ans, passant de 8588 étudiants en 1971 à 7120 en 1980 et 3500 en 1992. Aujourd'hui, alors que surgit le spectre de la pénurie¹²⁰⁵ puisqu'il existe 3000 postes hospitaliers vacants et

¹²⁰² cf J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", fasc. 4, S.Breton, "L'accès à la profession médicale" (6, 2000), pp. 2-3 pour de plus amples détails.

¹²⁰³ Cf dernièrement : Arrêté du 20 février 2002 (J.O. 3 mars).

¹²⁰⁴ J.O.R.F., 15 septembre 1952, p. 419.

¹²⁰⁵ Il ne fait pas l'exagérer car, en chiffres globaux, la densité médicale française est la plus forte jamais enregistrée : le nombre total des praticiens était au 1er Janvier 1998 de 189.802 médecins (France et DOM TOM) dont 185.579 en Métropole. Toutefois la densité médicale devrait baisser à compter de 2005, revenant en 2020...au niveau de 1984, qui n'était pas alarmant ("*L'Expansion*", n°668, octobre

des insuffisances de libéraux dans certains points du territoire (zones rurales, Nord)¹²⁰⁶, le chiffre suit une courbe inverse, atteignant 4100 étudiants en 2000¹²⁰⁷, 4700 en 2002¹²⁰⁸ et 5100 en 2003¹²⁰⁹, 5600 en 2004¹²¹⁰. Selon un rapport de la direction générale de la santé (2001), "il faudrait fixer le *numerus clausus* à 7500 pour maintenir la densité médicale à son niveau actuel qui est d'un médecin pour 302 habitants¹²¹¹ qui nous situe à un excellent niveau dans le monde occidental¹²¹². Le rapport Berland de 2002 préconise de relever progressivement le *numerus-clausus* pour le porter à 8000 places en 2007¹²¹³.

En Métropole, à l'heure actuelle le titre pour exercer valablement la médecine en France est :

- soit le diplôme d'université français de docteur en médecine,
- soit pour les ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne, ou partie à l'accord sur l'E.E.E., un diplôme, certificat ou autre titre de médecin¹²¹⁴ délivré par l'un des États et figurant sur une liste établie conformément aux obligations communautaires¹²¹⁵ par arrêté conjoint des ministres chargés de l'enseignement supérieur et de la santé¹²¹⁶.

2002, p. 54 +www.lexpansion.com). Le spectre de la pénurie réside plus certainement dans l'inégale répartition des médecins et "l'évasion médicale" que suscitent aujourd'hui certains secteurs.

¹²⁰⁶ "La santé en France 2002", La Documentation française, Paris, 2002, p. 284.

¹²⁰⁷ *ibid.*, p. 272.

¹²⁰⁸ "L'Expansion", n°668 (octobre 2002), p. 54.

¹²⁰⁹ "Le Monde", 5 décembre 2002, p. 13.

¹²¹⁰ "Libération", 23 janvier 2004, p. 16.

¹²¹¹ "Le Monde", 12 juillet 2002, p. 6.

¹²¹² Hormis l'Allemagne (3,6 médecins pour 1000 habitants), la France (3,3) se situe devant les Pays-Bas (3,2), la Norvège (2,9), les États-Unis (2,8) et le Royaume-Uni (1,8) où les 36.000 médecins salariés du *National Health Service* suivent jusqu'à 3500 patients chacun ! (*L'Expansion*, n°668 (octobre 2002), p. 52).

¹²¹³ "Le Monde", 5 décembre 2002, p. 13.

¹²¹⁴ C.E., 25 février 1991, Cartitza, Rec., p. 66 : un diplôme roumain tenu pour équivalent en Belgique et en Allemagne n'est pas "titre de médecin délivré par l'un des États" permettant l'exercice de la médecine en France, alors que l'intéressé était ressortissant belge. La cour de justice des communautés a également jugé que la reconnaissance d'une équivalence par un État tiers n'engage pas les autres États membres (C.J.C.E., 9 février 1994, aff. C154/93, Tawil-Albertini c./ min. Aff. soc.). Cette position a été condamnée par la Commission européenne qui a adressé un "avis motivé" à la France parce qu'elle ne reconnaissait pas des titres de médecins obtenus en dehors de l'Union mais déjà reconnus par d'autres autres États membres ("*Le Monde*", 13 avril 2002, p. 7).

¹²¹⁵ La liste des diplômes européens admis a été codifiée par la directive n° 93/16/C.E.E. du 5 avril 1993 visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, modifiée par la directive n° 1999/46/C.E. du 21 mai 1999.

¹²¹⁶ Des arrêtés successifs ont été pris et dernièrement l'arrêté du 9 mai 1994 (J.O. 10 juin). Les textes distinguent naturellement les diplômes de médecin généraliste (*GP* /

- soit, pour les mêmes personnes, tout autre diplôme, certificat ou un autre titre de médecin sanctionnant une formation acquise dans l'État membre avant le 20 décembre 1976, à la condition qu'il soit accompagné d'une attestation de cet État, certifiant que l'intéressé s'est consacré de façon effective et licite aux activités de médecin pendant au moins trois années consécutives au cours des cinq années précédant la délivrance de l'attestation.

Il faut ajouter à cette liste quelques diplômes étrangers dont la France reconnaît, sous certaines conditions, l'équivalence. Enfin par dérogation aux règles générales, une possibilité particulière permet aux médecins étrangers de solliciter une autorisation individuelle d'exercice¹²¹⁷. La loi n° 99-641 du 25 juillet 1999 (portant création d'une C.M.U.) a institué deux procédures à ce sujet¹²¹⁸.

Le médecin qui demande son inscription doit bien sûr faire preuve d'une connaissance suffisante de la langue française. Lorsque cette preuve ne résulte pas du dossier accompagnant la demande d'inscription, la vérification est faite par le médecin inspecteur départemental de santé publique¹²¹⁹.

Le nombre d'autorisations individuelles est plafonné pour chaque année. Ainsi, l'arrêté du 18 décembre 2002 les limite à 150 au

General Practitioner, Praktischer Arzt) et de médecin spécialiste. Au départ (Arrêté du 18 juin 1981, J.O. 28 juin, p. 5986), il existait vingt-huit spécialités médicales admises : Anesthésie-réanimation, Chirurgie générale, Neurochirurgie, Gynécologie-obstétrique, Médecine interne, Ophtalmologie, Oto-rhino-laryngologie, Pédiatrie, Pneumologie, Urologie, Orthopédie, Biologie médicale, Anatomie pathologique, Chirurgie plastique (et reconstructrice), Chirurgie thoracique, Cardiologie (et médecine des affections vasculaires), Gastro-entérologie (maladies de l'appareil digestif), Rhumatologie, Psychothérapie (rééducation et réadaptation fonctionnelles), Stomatologie, Neurologie, Psychiatrie, Neuropsychiatrie, Dermato-vénéréologie, Radiologie, Radiodiagnostic, Radiothérapie, Psychiatrie infantile. Depuis a été introduit l'usage professionnel du titre d'ostéopathe ou de chiropracteur (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 75) qui n'est pas obligatoirement lié au titre de docteur en médecine ; en effet l'ostéopathie peut indifféremment être pratiquée par un médecin (pour la plupart des rhumatologues) ayant suivi un enseignement post-universitaire dans certaines facultés de médecine (leurs patients étant remboursés sur la base d'une consultation de généraliste ou de spécialiste) ou par un membre des professions médicales ou paramédicales qui a suivi une formation d'ostéopathe (et en ce cas ils sont considérés comme des prestataires de services et sont assujettis à la TVA à 19,6 %. Par ailleurs, en 2003 la gynécologie médicale a été rétablie comme spécialité autonome, distincte de la gynécologie obstétrique, revenant sur une suppression imposée en 1986 par l'harmonisation européenne. (J.O.R.F. le 30 janvier 2003) et en 2004, la médecine générale est devenue elle-même une spécialité nouvelle (J.O.R.F. 21 janvier 2004).

¹²¹⁷ C.S.P., art. L. 4111-2.

¹²¹⁸ cf J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", fasc. 4, S. Breton, "L'accès à la profession médicale" (6, 2000), pp. 7-8 pour de plus amples détails.

¹²¹⁹ C.S.P., art. L. 4112-2.

maximum pour l'année 2001¹²²⁰. Statistiquement, il faut savoir que sur quelque 193.200 médecins¹²²¹, on comptait presque 8000 médecins à diplôme étranger exerçant en France en 2001 : 2572 de l'UE et 3272 hors UE avaient un droit d'exercice plein, 1985 hors UE exerçaient comme praticiens adjoints contractuels à l'hôpital¹²²².

En Nouvelle-Calédonie, où la transposition des règles communautaires n'est pas obligatoire comme en Métropole, la délibération n° 190 du 13 août 1987, article 2, exige toujours un diplôme d'État français.

Cependant, s'agissant des praticiens hospitaliers des établissements publics territoriaux d'hospitalisation, la délibération n° 145/CP du 5 novembre 1991 est beaucoup plus souple, puisqu'il exige que les candidats soient titulaires du doctorat d'État français ou être régulièrement autorisés à exercer en Métropole, ce qui aboutit à admettre une foule de diplômes étrangers.

Mais ceci ne suffit pas. En effet les impétrants doivent en outre satisfaire à des conditions de moralité, d'indépendance et d'aptitude à exercer, qui, c'est assez rare pour être souligné, sont communes à la Métropole et au Territoire.

§. 2 - Les conditions traditionnelles demeurées largement inchangées : les conditions de moralité, d'indépendance et d'aptitude à exercer

Ces conditions méritent un examen différencié. On va donc envisager successivement l'indignité et l'incapacité médicale.

Sous-paragraphe 1 - La double condition de moralité et d'indépendance

Bien que connexes, dans la mesure où l'indépendance dans l'exercice de la médecine est une des composantes de l'éthique médicale, l'une et l'autre sont distinctes.

L'obligation de moralité se dérobe à toute définition précise. Au cas par cas, la jurisprudence a apporté certaines précisions.

Ne remplissent pas les conditions de moralité et d'indépendance requise, les praticiens qui auraient commis un acte contraire au devoir d'humanisme médical, à l'éthique de la médecine.

¹²²⁰ J.O., 28 décembre 2002, p. 21884.

¹²²¹ (au 1^{er} janvier 1999) G. Mémeteau, *"Cours de droit médical"*, op. cit., éd. 2001, p. 19.

¹²²² *Mon. Pharm.*, 8 décembre 2001, p. 16.

Antérieurement à 1975, c'était le cas du médecin convaincu de manœuvres abortives¹²²³ ou seulement de complicité¹²²⁴.

Il en est de même d'un acte contraire à l'honneur de la profession. L'honneur de la profession échappe lui-même à toute définition. D'autant que le juge administratif est hostile aux raisonnements théoriques déductifs qui permettraient d'établir, par exemple, que tout manquement à l'obligation de secret serait contraire à l'honneur quels qu'en soient les motifs¹²²⁵. Il faut donc se contenter d'exemples jurisprudentiels tel que des méthodes thérapeutiques contraires à la morale professionnelle¹²²⁶, la vente directe au public d'appareils de prothèse et d'orthopédie¹²²⁷, la concurrence déloyale faite à un confrère après un remplacement¹²²⁸ ou après la cession d'un cabinet¹²²⁹, le fait de dispenser une formation payante à un autre médecin, qui plus est dans des domaines revêtant un caractère illusoire¹²³⁰.

C'est également le cas de la commission d'une infraction pénale d'une certaine gravité : la délivrance de médicaments toxiques à des toxicomanes, dont un mineur¹²³¹, l'exercice illégal de la médecine¹²³², l'outrage verbal à commissaire de police et à magistrat¹²³³, un mensonge grave, tel le fait d'avoir répondu par la négative au formulaire d'inscription, demandant à l'impétrant s'il avait subi des condamnations pénales et civiles, alors que ce médecin avait été condamné à vingt ans de travaux forcés¹²³⁴.

L'obligation d'indépendance, qui a aujourd'hui valeur légale¹²³⁵, a un contenu plus clair. "Le médecin ne peut aliéner son

¹²²³ C.E., 15 décembre 1944, Jesover, Rec., p. 323 ; C.E., 28 janvier 1949, Miquet, Rec., p. 41.

¹²²⁴ C.E., 2 avril 1952, Yves, Rec., p. 203.

¹²²⁵ C.E., 22 septembre 1993, Rec. p. 252.

¹²²⁶ C.E., 14 février 1945, Rec., p. 32.

¹²²⁷ C.E., 4 mai 1945, Kloz, Rec., p. 92.

¹²²⁸ C.E., 21 novembre 1958, Leibovitz, R.P.D.A. 1958, n° 441 ; C.E., sect., 20 décembre 1969, Vernède et Mazen, Rec., p. 680.

¹²²⁹ Lors de la cession d'un cabinet médical, le cédant est tenu par une obligation de non concurrence, dont il ne peut s'exonérer en se retranchant derrière le principe du libre choix, instauré dans l'intérêt du patient (CA Toulouse (2^eCh., 1^{er}sect.), 15 novembre 2000, D. cahier dr. Aff. 2002, somm., p.1267 (obs. Y.Auguet).

¹²³⁰ C.E., 26 avril 2000, Laclaverie, Gaz. Pal., 15-16 février 2002, p. 40, note G. Mémeteau (concernant une formation de 25.000 F en médecine "globale énergétique" par un praticien se prévalant de titres en "aromathérapie" et "anthroposophie").

¹²³¹ C.E., 15 mars 1989, Mme Delhez, R.D.S.S. 1989, p. 429.

¹²³² C.E., 31 mai 1963, C.N.O.M. c./ Bourbouloux, Rec., p. 338 ; 19 mars 1969, Gardon, Rec., tables, p. 937 ; 2 février 1983, Solomidès, Rec., tables, p. 844.

¹²³³ C.E., 19 avril 1968, Mendel, Rec. tables, p. 1083.

¹²³⁴ C.E., 27 juillet 1990, Rakotondramboahova, req. n° 85790.

¹²³⁵ C.E. 20 avril 1988, Rec. p.146 : "Le principe de l'indépendance professionnelle et morale des médecins... a une portée législative". Certes le Tribunal des conflits l'a analysé ensuite comme un principe général du droit (14 février 2000, Bull. Trib.

indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit"¹²³⁶. Ceci signifie qu'en matière thérapeutique, le médecin doit pouvoir prendre ses décisions sans en référer à un supérieur hiérarchique quelconque. Pour garder leur indépendance les médecins agréés¹²³⁷, qui sont des praticiens libéraux investis d'une mission de contrôle administratif, ne peuvent cumuler leur fonction avec la qualité de médecin traitant du sujet examiné¹²³⁸. En Métropole, le Conseil national de l'ordre estime que cette règle d'indépendance rend difficilement compatible la fonction d'expert judiciaire -qui s'exerce de manière libérale¹²³⁹- et celle de médecin-conseil de compagnie d'assurance, qui le lie à une compagnie¹²⁴⁰.

Même lorsqu'il se trouve juridiquement dans une situation de dépendance hiérarchique -médecin du travail¹²⁴¹, médecin-conseil de la Sécurité sociale¹²⁴² ou agent public¹²⁴³ - ou qu'il exerce au sein d'une association ou d'une société entre médecins¹²⁴⁴ ou d'un cabinet

confl. n°2 ; Bull. Cass. 2000, T.C. n° 2). Mais la loi du 4 mars 2002 l'a incidemment élevé au rang légal pour les médecins non hospitaliers (C.S.P., art. L. 1142-2 sur l'obligation d'assurance qui pèse sur ceux qui "disposent d'une indépendance professionnelle dans l'exercice de l'art médical").

¹²³⁶ C.D.M., art. 5 ; Cass. 1° civ., 26 mai 1999, Bull. n°175, Rapp. annuel. C. cass, 1999, p. 394 ; 1° civ., 13 mars 2001, Bull. n° 72 ; 1° civ., 26 juin 2001, Bull. n° 192.

¹²³⁷ Le médecin agréé -ancien médecin assermenté- est un praticien (spécialiste ou généraliste) reconnu par l'administration préfectorale, pour exercer une mission de contrôle administratif dans le cadre de la fonction publique (M. Harichaux, A. Monroche, "*Droit de la santé. Dictionnaire commenté*", *op. cit.*, v° Médecin agréé, p. 147).

¹²³⁸ C.D.M., art. 100-101.

¹²³⁹ En effet, le médecin expert judiciaire, quoique nommé par le juge, n'est pas le mandataire de celui-ci, ni le représentant des parties (M. Harichaux, A. Monroche, "*Droit de la santé. Dictionnaire commenté*", *op. cit.*, v° Médecin expert judiciaire, p. 153).

¹²⁴⁰ *Ibid.*, p. 153. En principe le médecin-conseil est indépendant de la compagnie. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation (M. Harichaux, A. Monroche, "*Droit de la santé. Dictionnaire commenté*", *op. cit.*, v° Médecin-conseil de compagnie d'assurance, p. 148).

¹²⁴¹ Le médecin du travail est un salarié dont l'indépendance statutaire a été renforcée par la loi du 17 janvier 2002 (M. Harichaux, A. Monroche, "*Droit de la santé. Dictionnaire commenté*", *op. cit.*, v° Médecin du travail, p. 152).

¹²⁴² Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les médecins-conseils des Caisses n'étaient pas liées à celles-ci par un lien de subordination (C.E.D.H., 9 janvier 2001, Ouendeno c. France, req. n°39996/98). Mais certaines situations de fait peuvent les placer dans une situation de dépendance qui implique qu'ils se désaisissent de fonctions devenues litigieuses. L'indépendance exigée de ces médecins salariés de la Sécurité sociale leur interdit ainsi d'être médecin de contrôle et de prévention pour une même personne (C.D.M., art. 100 et 105). Siégeant dans une juridiction, un assesseur médecin-conseil ne peut siéger dans une instance disciplinaire mise en œuvre par un médecin-conseil qui est son chef de service (C.E., 29 mai 2002, M. Vaillant, A.J.D.A. 2002, p. 1242, concl. D.Chauvaux).

¹²⁴³ C.D.M., art. 92 et 95.

¹²⁴⁴ C.D.M., art. 91.

de groupe¹²⁴⁵, le médecin est considéré comme indépendant en ce qui concerne ses actes professionnels.

C'est à titre préventif qu'est interdit l'exercice simultané des fonctions de médecin contrôleur et de médecin traitant¹²⁴⁶, de médecin P-DG et médecin soignant salarié¹²⁴⁷ de deux professions de santé - notamment médecin et pharmacien¹²⁴⁸ - l'exercice de la médecine et d'une autre profession permettant au médecin de retirer un profit de son activité médicale¹²⁴⁹. De même c'est dans ce but qu'un médecin ne peut pas salarier un autre médecin et que se sont obligatoirement communiqués au Conseil de l'Ordre les contrats et avenants ayant pour objet l'exercice de la profession¹²⁵⁰, ainsi que ceux assurant au médecin, s'il n'en est pas propriétaire, l'usage de matériels et de locaux¹²⁵¹.

Sous-paragraph 2 - L'absence d'infirmité ou d'état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession

Le Conseil départemental doit, s'il a un doute sur l'aptitude du médecin à exercer, diligenter une procédure¹²⁵².

Cette mesure d'expertise est un élément non détachable de la procédure d'inscription et ne présente pas le caractère d'une décision faisant par elle-même grief et susceptible de recours¹²⁵³.

Il dispose de la même faculté s'agissant des praticiens déjà inscrits, grâce à la procédure de suspension dont l'étude relève de celle de l'exercice professionnel.

Lorsqu'aucune des raisons que l'on vient d'examiner ne permet de rejeter la demande, l'impétrant est inscrit au tableau de l'ordre.

¹²⁴⁵ C.D.M., art. 93 et 94.

¹²⁴⁶ C.E. 20 avril 1988, Rec. p. 146.

¹²⁴⁷ C.E. 13 mai 1994, Rec. p. 239.

¹²⁴⁸ C.S.P., art. L. 5125-2 (sur la pharmacie) et L. 4141-5 (autres).

¹²⁴⁹ C.D.M., art. 26. Le C.N.O.M. donne comme exemple de professions qui ne peuvent être exercées conjointement avec la médecine : fabricant ou vendeur d'appareils médicaux, opticien, ambulancier ou directeur d'une société d'ambulances, propriétaire ou gérant d'un hôtel pour curiste, d'une salle de culture physique, d'institut de beauté. A rebours de toute logique théorique, mais pour respecter un usage traditionnel, il n'est pas interdit à un médecin exerçant dans une clinique d'être propriétaire ou directeur de celle-ci (J.P. Alméras, H. Péquignot, *"Déontologie médicale, devoirs généraux des médecins"*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 42 (7, 1998), p. 15).

¹²⁵⁰ C.D.M., art. 83. Mais l'Ordre ne dispose pas d'un pouvoir d'approbation en matière de contrats (C.E., 3 juillet 1970, Rec., p. 460).

¹²⁵¹ C.S.P., art. L. 4113-9.

¹²⁵² J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 4, S. Breton, *"L'accès à la profession médicale"* (6, 2000), p. 13.

¹²⁵³ C.E., 28 juillet 1989, Giraud, req. n° 100497.

§. 3 - L'inscription au tableau de l'ordre

L'inscription au tableau de l'ordre est obligatoire pour pouvoir exercer la médecine. Elle est opérée par l'organe de l'Ordre en Nouvelle-Calédonie et, en Métropole, elle prononcée par le Conseil département de l'ordre (C.D.O.M.) où le médecin a sa résidence professionnelle ou son activité principale¹²⁵⁴.

À défaut, elle expose le contrevenant aux sanctions frappant l'exercice illégal de la médecine.

Les rares dispenses concernent les médecins au cadre actif du service de santé des armées et ceux qui, ayant la qualité de fonctionnaires de l'État ou d'agents titulaires d'une collectivité locale, ne sont pas appelés, dans l'exercice de leurs fonctions, à pratiquer¹²⁵⁵.

La décision de ne pas inscrire n'est pas une sanction et ne donne pas compétence d'appel aux chambres disciplinaires.

En revanche cette décision s'analyse comme "faisant grief". En d'autres termes, c'est une décision administrative, susceptible de recours.

Toutefois la juridiction administrative exerce un contrôle minimum sur la décision d'inscription (ou le refus d'inscription) au tableau de l'ordre¹²⁵⁶.

SECTION 2 L'EXERCICE LEGAL DE LA MEDECINE, SON ETENDUE ET SES LIMITES (A. Leca)

La "charte médicale" de 1926 a fondé les principes de la médecine libérale française tout au long du XX^e siècle. Ce sont les "libertés médicales"¹²⁵⁷.

Il s'agit de quatre points essentiels qui peuvent s'analyser comme des droits pour les médecins :

- la liberté d'installation,
- la liberté de choix du médecin par le malade, qui donne naissance à une relation duale particulière entre le soignant et le soigné, un "colloque singulier"¹²⁵⁸, défini selon le mot du Docteur Portes comme "une confiance qui rejoint une conscience"¹²⁵⁹,

¹²⁵⁴ C.S.P., art. L. 4112-1.

¹²⁵⁵ C.S.P., art. L. 4112-6.

¹²⁵⁶ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", *op.cit.*, fasc. 40-1,

J.-M. Auby, *Les fonctions de l'ordre* (5, 1993), p. 9

¹²⁵⁷ J.-M. Auby (dir.), "Droit médical et hospitalier", Litec, Paris, 1993, fasc. 80.

¹²⁵⁸ G. Duhamel, "Paroles de médecin", éd. du Rocher, Monaco, 1946, p. 16.

¹²⁵⁹ L. Portes, "À la recherche d'une éthique médicale", Masson, Paris, 1964, p. 155.

- la liberté de prescription du médecin,
- le droit du praticien d'être rémunéré à l'acte et le paiement direct par le patient.

On peut y ajouter la clause de conscience, apparue au lendemain de la légalisation de l'avortement en 1975¹²⁶⁰ qui figure dans le code de déontologie néo-calédonien de 1997 : le médecin est toujours libre de refuser une I.V.G. à condition d'en informer l'intéressé, dans les conditions et délais prévus par la loi¹²⁶¹.

En Métropole, les règles traditionnelles de l'exercice libéral furent réaffirmées par la loi n° 71-525 du 3 juillet 1971. Elles figurent toujours dans le Code de la sécurité sociale en sa partie législative¹²⁶².

En Nouvelle-Calédonie, la convention médicale du 17 décembre 1997 comporte un préambule dans lequel les partenaires conventionnels (C.A.F.A.T., S.M.L.N.C., Provinces et Mutuelles) "décident de respecter la forme libérale de l'exercice de la médecine" - tout en mettant en application "la maîtrise médicalisée et contractualisée de l'évolution des dépenses de soins", ce qui atténue la portée de l'affirmation.

La valeur de ces principes fait problème. Notamment devant le Conseil d'État, alors même que les principes traditionnels qui s'imposent à tout médecin "et qui correspondent aux libertés médicales" ont parfois été invoqués par cette instance¹²⁶³.

¹²⁶⁰ C.D.M. 1979, art. 21.

¹²⁶¹ C.D.M. 1995, art. 18. Voir également C.S.P., art. L. 2212-8, al. 1°.

¹²⁶² C. Séc. Soc., art. L. 162-2 C : "Dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade et la liberté d'installation du médecin".

¹²⁶³ Par exemple dans l'examen d'un refus d'inscription au tableau d'un médecin du fait d'un contrat conclu avec une clinique (C.E., 6 janvier 1950, Rousset, Rec., p. 9.

§. 1 - La liberté d'installation

Le médecin est libre d'installer un cabinet où il le souhaite. Il en résulte que les grandes villes et les régions attractives sont fortement médicalisées. Il y a ainsi en Provence Alpes Côte d'Azur autant de dermatologues qu'en Angleterre¹²⁶⁴ !

En principe, à ce jour, il n'existe de limitation que déontologique. Le Code de déontologie limite la liberté d'installation dans certains cas qui pourraient créer une confusion chez les malades et susciter une concurrence trop vive entre praticiens : interdiction d'installer son cabinet dans un immeuble où existe déjà le cabinet d'un confrère de même spécialité, sauf autorisation de celui-ci ou de l'instance ordinaire¹²⁶⁵, prohibition d'un cabinet secondaire, sauf autorisation de l'Ordre¹²⁶⁶, prohibition pendant deux ans de toute installation d'un cabinet où il pourrait concurrencer un confrère qu'il a remplacé, sauf accord de ce dernier ou autorisation de l'ordre¹²⁶⁷.

En pratique il est évident que les restrictions au conventionnement, prévues par les conventions conclues entre la profession et les organismes de protection sociale¹²⁶⁸, sont une entrave réelle à la liberté d'installation. Notamment avec le gel des conventionnements dans la zone du Grand Nouméa, qui permet de rééquilibrer le maillage médical vers la Brousse, "afin de permettre une maîtrise de l'offre de soins en fonction des besoins de la population de Nouvelle-Calédonie"¹²⁶⁹...et, pour parler crûment, en

¹²⁶⁴ "L'Expansion", n° 668 (octobre 2002), p. 42.

¹²⁶⁵ C.D.M., art. 90 (ex. d'application : C.E., 19 avril 1985, n° 45301, Funel, Gaz. Pal. Rec.1986, somm. p.78 ; C.E., 12 mars 1999, n° 184166, Farges, Gaz. Pal. Rec. 1999.Panor. Admin.p.173). Cet article est à mettre en parallèle avec C.D.chirurgiens dentistes, art. 71 (ex. d'application : C.E., 4° et 6° sous-sect. 25 juillet 2001, Mislin, pourvoi n°180317).

¹²⁶⁶ C.D.M., art. 85 : l'autorisation d'ouverture d'un cabinet secondaire, limitée en principe à trois années, est subordonnée à un vrai besoin de santé publique, tel l'éloignement du médecin de même discipline le plus proche. La méconnaissance d'une telle exigence représente un manquement déontologique à l'honneur (C.E., 4° et 6° sous-section, 30 septembre 2002, Ottomani, Pourvoi n° 211631).

¹²⁶⁷ C.D.M., art. 86. Cf supra : Sous-§. 1 - L'exercice libéral en cabinet

¹²⁶⁸ Délibération n° 490 du 11 août 1994 portant plan de promotion de la santé et de maîtrise des dépenses de soins sur le Territoire de Nouvelle-Calédonie, article 26 (J.O.N.C., 13 septembre 1994, p. 3001) ; Délibération n° 121/CP du 18 octobre 1996 portant dispositions relatives au dispositif conventionnel entre les professionnels de santé et les organismes de protection sociale, art.1° (J.O.N.C., 12 novembre 1996, p. 4427).

¹²⁶⁹ D. Calandreau, "Le droit médical et ses sources à travers la pratique de la médecine libérale en Nouvelle-Calédonie", Mémoire D.E.A., Faculté de Droit d'Aix, 2003, p.12 et 37.

fonction "des capacités financières des organismes de protection sociale"¹²⁷⁰.

Sous-paragraphe 1 - Les conditions particulières pour s'installer

A - Le rattachement à un cabinet

Comme on l'a vu, le médecin doit avoir un cabinet (l'exercice de la médecine foraine étant interdit) et, sauf exception autorisée par l'Ordre, il ne peut avoir qu'un seul cabinet¹²⁷¹.

B - L'existence d'un équipement professionnel adapté

Le médecin doit disposer, au lieu de son exercice professionnel, "d'une installation convenable, de locaux adéquats pour permettre le respect du secret professionnel¹²⁷² et de moyens techniques suffisants en rapport avec la nature des actes qu'il pratique ou de la population qu'il prend en charge..."¹²⁷³.

Sous-paragraphe 2 - Les différentes modalités d'exercice

Il existe certes des règles communes à tous les types d'exercice, notamment l'exercice direct -générateur d'une responsabilité personnelle¹²⁷⁴ R et l'exercice nominatif R qui entraîne l'interdiction de l'usage d'un pseudonyme¹²⁷⁵.

Mais pour l'essentiel, il faut introduire des distinctions, qui ont été déjà présentées et qu'on se bornera ici à rappeler.

La première consiste à séparer l'exercice libéral de l'exercice salarié.

L'exercice libéral pour s'opérer de manière individuelle ou collective.

L'exercice individuel peut avoir pour cadre un cabinet ou un établissement de santé.

L'exercice collectif peut s'opérer sous la forme d'un contrat d'exercice en commun ou sous celle d'une société.

¹²⁷⁰ Délibération n° 121/CP du 18 octobre 196 portant dispositions relatives au dispositif conventionnel entre les professionnels de santé et les organismes de protection sociale, art.1° (J.O.N.C., 12 novembre 1996, p. 4427).

¹²⁷¹ C.D.M., art. 86. Cf supra : Sous-§. 1 - L'exercice libéral en cabinet

¹²⁷² C.D.M., art. 71. L'article suivant du Code précise que le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment (art. 72).

¹²⁷³ C.D.M., art. 71.

¹²⁷⁴ C.D.M., art. 69.

¹²⁷⁵ C.S.P., anc. art. L.363 ; C.D.M., art. 75.

Le contrat d'exercice en commun, dénommé initialement contrat d'association par le Conseil national de l'Ordre, peut se faire sans création d'une société ou à travers la constitution d'une société. Dans le premier cas, il ne donne pas lieu à création d'une personne morale et à la reconnaissance d'un patrimoine commun¹²⁷⁶. En pratique toutefois, ce contrat s'accompagne souvent d'une société de moyens parallèle.

L'exercice en société résulte de textes généraux et spéciaux¹²⁷⁷.

Des textes récents depuis 1996 envisagent la création de *filiales de soins* et de *réseaux de santé*¹²⁷⁸ entre médecins libéraux, établissements de santé et institutions médico-sociales.

La filière de soins a pour objet d'assurer la prise en charge coordonnée du patient, au plan sanitaire et social. Elle suppose un pivot, en principe un médecin généraliste, qui oriente le patient et assure le suivi des soins.

Le réseau de santé dépasse l'aspect des soins pour intégrer des interventions (comme la prévention) qui concerne également l'État et les collectivités locales¹²⁷⁹. Les réseaux existent souvent sous la forme d'associations régies par la loi de 1901. Ils sous-tendent une coopération qui n'implique aucune hiérarchisation. Si la filière de soins a une organisation plutôt verticale, le réseau constitue plutôt une organisation horizontale.

En Métropole, la loi du 4 mars 2002 a créé des *réseaux coopératifs de santé*¹²⁸⁰ et des *sociétés coopératives hospitalières de médecins* qui sont des sociétés d'exercice professionnel qui ont pour objet d'exercer en commun la médecine¹²⁸¹ tous régis par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 sur les coopératives. Mais ces dispositions n'ont pas été étendues à la Nouvelle-Calédonie par l'ordonnance du 27 février 2003.

¹²⁷⁶ M. Harichaux, A. Monroche, "*Droit de la santé. Dictionnaire commenté*", op. cit., v° Contrats d'exercice en commun, p. 19. Lorsqu'un praticien n'ayant jamais exercé dans le secteur libéral souhaite exercer en commun avec un confrère pratiquant la médecine de ville, celui-ci peut exiger une indemnité d'intégration.

¹²⁷⁷ D. n°77-636 du 14 juin 1977 (C.S.P., Dalloz 2001, p. 1353) relatif aux S.C.I. de médecins, pris en application de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 ; D. n° 94-680 du 3 août 1994 relatif à l'exercice en commun de la profession de médecin sous forme de S.E.L. (JO, 10 août ; CSP 2001, p. 1399) pris en application de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990.

¹²⁷⁸ C.S.S. art. L. 162-31-1 (O. 24 avril 1996), C.S.S. art. L. 227-1 (issu de la convention d'objectif et de gestion signée le 30 avril 1997 par l'État et la C.N.A.M.T.S.), C.S.P. art. L.6321-1 et 6321-2 / L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 83.

¹²⁷⁹ E. Mondielli, "*La longue marche législative vers les réseaux de santé : l'apport de la loi du 4 mars 2002*", *Petites affiches*, n°122, 19 juin 2002, p. 49 qui présente "sept éléments caractérisant le réseau de santé".

¹²⁸⁰ C.S.P. art. L. 6321-2.

¹²⁸¹ C.S.P. art. L. 6163-1 à 6163-10.

L'intérêt de ces distinctions tient principalement à la responsabilité¹²⁸² et à la fiscalité¹²⁸³.

§. 2 - La liberté de choix du médecin par la personne requérant des soins

Elle figure dans l'article 4-2 de la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales¹²⁸⁴. Le même principe fut confirmé peu après par l'article 4-2 de la loi du 30 avril 1930¹²⁸⁵. Elle se retrouve dans le code de la santé publique¹²⁸⁶, le code de la sécurité sociale¹²⁸⁷ et, depuis peu, dans le code de déontologie métropolitain de 1995 et calédonien de 1997¹²⁸⁸, ainsi que dans la convention médicale conclue entre la C.A.F.A.T. et les médecins de Nouvelle-Calédonie¹²⁸⁹.

Ce principe a une application très générale.

C'est ainsi que l'obligation de tout établissement ou section d'accouchement de disposer d'un médecin qualifié en pédiatrie¹²⁹⁰ ne saurait conduire une clinique à interdire à des pédiatres de venir exercer dans ses murs, à la demande d'une femme accouchée en ayant fait la demande¹²⁹¹.

Ceci étant, indépendamment des règles qui prévalent pour la médecine du travail, la médecine de caisse¹²⁹², la médecine d'expertise, la médecine psychiatrique¹²⁹³, mais aussi hospitalière, scolaire et a fortiori pénitentiaire, force est de constater l'existence d'atteintes multiples et croissantes¹²⁹⁴. Dans l'arrêt *Syndicat national des médecins électroradiologistes*, le 19 novembre 1962, le Conseil d'État a jugé que la notion était un principe général du droit, qu'à ce

¹²⁸² Cf Troisième partie : La responsabilité du médecin

¹²⁸³ Cf *Chapitre 3 : Le statut fiscal*.

¹²⁸⁴ J.O. 12 avril 1928.

¹²⁸⁵ J.O. 1^o mai 1930.

¹²⁸⁶ C.S.P., art. L. 1111-1, al. 1 : "Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire".

¹²⁸⁷ C.S.S., art. L. 162-2.

¹²⁸⁸ C.D.M., art. 6 : "Le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin. Il doit lui faciliter l'exercice de ce droit". On remarquera que ce texte fait peser l'obligation sur les médecins et pas sur les pouvoirs publics... Voir également art. 58, 60 et 68.

¹²⁸⁹ Convention médicale du 17 décembre 1997, article 9 : Principe du libre choix.

¹²⁹⁰ D. 7 août 1975, art. 11.

¹²⁹¹ Cass. 1^o civ., 6 mai 2003, Société Polyclinique Le Languedoc c. Ponrouch et Rique, pourvoi n^o 01.03.259 P, Gaz. Pal., Rec. sept.-oct. 2003, p. 3276.

¹²⁹² Dans les mines et à la S.N.C.F., si l'assuré veut bénéficier de prestations gratuites, il doit faire appel à des médecins salariés attachés à la Caisse.

¹²⁹³ L. n^o85-1468 du 31 décembre 1985 relative à la sectorisation en psychiatrie. Le patient ne choisit ni son médecin ni son centre hospitalier conditionné par son domicile.

¹²⁹⁴ F. Bolot, "Fou le libre choix du médecin par le patient ?", Gaz. Pal., 17 juin 1999, pp. 868-877.

titre il s'imposait certes à l'administration, mais qu'il pouvait parfaitement y être dérogé par la loi¹²⁹⁵. Il a jugé plus tard qu'il en allait de même du libre choix des établissements privés de soins¹²⁹⁶. Depuis, la haute instance a réaffirmé cette place de la notion dans la hiérarchie des normes¹²⁹⁷, notamment en annulant en 1998 la délibération n° 495 du congrès du territoire de la Nouvelle-Calédonie¹²⁹⁸ qui avait institué, pour les personnes reconnues au titre de l'assurance longue maladie, l'obligation de choisir dans les deux mois un "médecin référent" (jugée non contraire au principe de libre choix, en particulier parce qu'elle ménageait la faculté de consulter un autre praticien en demandant le remboursement ultérieur des frais engagés) et établi l'interdiction de changer de "référent" sans l'accord préalable du service chargé du contrôle médical au motif que ladite délibération méconnaissait "le principe général de la liberté de choix du médecin par le patient"¹²⁹⁹.

Entre temps, la convention nationale des médecins généralistes du 12 mars 1997 avait introduit l'institution en Métropole. Elle fut annulée, faute de base légale, par le Conseil d'État¹³⁰⁰.

L'institution du "médecin référent" reparut en Métropole avec la convention nationale des médecins généralistes du 26 novembre 1998 qui a offert, à titre d'"option conventionnelle", aux médecins qui le souhaitent de remplir un rôle de médecin référent auprès de ceux de leurs patients qui en font le choix. Cette possibilité a été ensuite confirmée par la loi du 23 décembre suivant¹³⁰¹.

Le système, qui vise à lutter contre le "nomadisme médical", n'est pas spécialement connecté avec la longue maladie invalidante et l'aide sociale, comme en Nouvelle-Calédonie¹³⁰². Il comporte des avantages et des contraintes à la fois pour le praticien et pour le patient.

Le médecin volontaire doit donc adhérer au régime de l'option conventionnelle, il doit être exempt de toute condamnation ordinaire et accepter d'exercer son activité dans des conditions répondant à la

¹²⁹⁵ C.E., 19 novembre 1962, Syndicat national des médecins électroradiologistes, Rec., p. 687.

¹²⁹⁶ C.E., 2 décembre 1966, Fédération intersyndicale des maisons de santé de France, Rec., p. 634.

¹²⁹⁷ C.E., 27 avril 1988, Confédération des syndicats médicaux français et Syndicat national des médecins biologistes, Req. n°185645 et 185675.

¹²⁹⁸ Délibération n° 495 du 11 août 1994 instituant une prise en charge globale du patient par la mise en place d'un médecin référent ou "médecin de famille".

¹²⁹⁹ C.E. (7° et 10° sous-sections), 18 février 1998, Section locale du Pacifique sud de l'ordre des médecins, Req. n° 171851, Gaz. Pal., 25 septembre 1999, p. 615.

¹³⁰⁰ C.E. ass., 3 juillet 1998, Syndicat des médecins de l'Ain et autres, Rec., p. 277.

¹³⁰¹ CSS, art. L. 162-5, 12° a et 13°. Depuis cette date l'avenant, conclu le 15 octobre 2001, a été approuvé et publié au JO du 15 mars 2002 (p. 4717).

¹³⁰² Convention médicale du 17 décembre 1997, art. 26.

charte de qualité jointe à la convention et comportant un certain nombre d'obligations qui le conduisent à s'auto-restreindre (activité limitée à 7500 actes l'an, respect des tarifs conventionnels, abandon du droit à dépassement, obligation de prescrire des médicaments génériques dans une certaine proportion), mais également à mieux répondre aux exigences du système général de santé (organisation d'une permanence et d'une continuité des soins, réalisation d'un dossier médical de synthèse)¹³⁰³.

Les patients qui ont opté pour cette formule doivent ensuite s'adresser à un médecin référent pour toute demande de soins (sauf circonstances exceptionnelles) pour laquelle ils n'ont plus à faire l'avance du paiement. En cas de difficulté médicale leur référent leur conseille ensuite, s'il y a lieu, de consulter un spécialiste. En contrepartie, les patients doivent accepter la transparence et la complétude des données médicales les concernant et produire leur carnet de santé à chaque consultation.

Facultatif pour l'instant, du fait de la jurisprudence *Section locale du Pacifique sud de l'ordre des médecins* (1998), ce système est assorti d'incitations financières au profit du référent (octroi d'une rémunération forfaitaire annuelle de 45 euros par malade et avantages en matière de formation continue) et aussi du patient¹³⁰⁴. Mais jusqu'à présent peu de médecins (10 %) et encore moins de malades (1 %) ont choisi de s'inscrire dans ce dispositif¹³⁰⁵. Il n'est pas sûr que les pouvoirs publics aient cru eux-mêmes à ce projet¹³⁰⁶.

Il a fallu du temps pour que la question se pose devant le juge constitutionnel. Dans un premier temps, dans une décision du 18 janvier 1978, le Conseil constitutionnel, qui a formellement consacré l'existence d'un droit à la santé, s'est refusé d'indiquer si la liberté de choix du médecin par le malade ou la liberté de prescription

¹³⁰³ L'avenant n° 6 à la convention, conclu le 15 octobre 2001, décrit dans le détail tous ces engagements. Il a été complété par l'avenant n° 7 conclu le 27 septembre 2001 qui prévoit que le médecin référent organisateur d'action de formation professionnelle est exonéré des obligations de participation aux actions de formation continue si son rôle d'organisateur concerne le contenu pédagogique.

¹³⁰⁴ M. Harichaux, "*Le régime du médecin référent*", R.D.S.S. 1999, p. 72 ; M. Harichaux, "*Contrat médical et option conventionnelle*", R.G.D.M. 1999, p. 71 et M. Harichaux, A. Monroche, "*Droit de la santé. Dictionnaire commenté*", op. cit., v° Médecin référent, p. 115 ; L. Mordefroy, "*L'option conventionnelle : de nouvelles relations entre caisses, médecins et patients*", *ibid.*, p. 152 M.-L. Moquet-Anger, "*Les obligations du patient et l'assurance maladie : les exemples du carnet de santé et du médecin référent*", R.G.D.M., n°11, 20003, pp.50 ss.

¹³⁰⁵ "*La santé en France 2002*", La documentation française, Paris, 2002, p. 275. Certains médecins référents n'ont pas de patients adhérents à l'option...

¹³⁰⁶ Sans cela, comment admettre la double rémunération du référent (à l'acte et au forfait) ? D'autant que si le système s'était répandu, ledit forfait de 45 euros par patient aurait encore grevé le déficit de la sécurité sociale...

constituait ou non des principes de valeur constitutionnelle¹³⁰⁷. C'est en 1989 que la haute instance a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de la liberté de choix¹³⁰⁸. Mais en 1991 le Conseil a considéré que la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé supportées par la collectivité était un motif d'*intérêt général*¹³⁰⁹. "On peut alors sans doute admettre que le libre choix du malade puisse être limité dans certaines modalités de son exercice"¹³¹⁰.

A priori, le système des contre-visites médicales, reconnu compatible avec constitutionnel le droit à la santé en 1977¹³¹¹, ne devrait pas pouvoir être analysé comme contraire à la liberté de choix du praticien.

La liberté de choix ne fait pas non plus obstacle à l'exigence, introduite en Métropole par l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 sur la médecine de ville, selon laquelle la consultation du spécialiste soit préalablement prescrite par un généraliste.

§. 3 - La liberté de diagnostic et de traitement

Au-delà des principes de la médecine libérale, c'est une liberté sans laquelle il n'est pas de médecine possible. Aussi bien est-elle traditionnellement reconnue¹³¹². Ce qui n'exclut pas aujourd'hui des restrictions qui vont croissant.

¹³⁰⁷ déc. 77-92 DC du 18 janvier 1978 : "Considérant qu'aucune des dispositions de la loi...ne porte atteinte à la liberté de choix du praticien...qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner si cette liberté constitue un principe fondamental ayant valeur constitutionnelle".

Voir également n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 : "Considérant que la loi n'affecte pas le libre choix du médecin par le malade...considérant, dans ces conditions et sans même qu'il soit besoin de déterminer si le principe en cause a valeur constitutionnelle, que le moyen invoqué (par les auteurs de la saisine) manque en fait".

¹³⁰⁸ Déc. n° 89-269 DC.

¹³⁰⁹ Déc. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, Rec., p. 24.

¹³¹⁰ F. Bolot, "*Feu le libre choix du médecin par le patient ?*", *op.cit.*, p. 871.

¹³¹¹ déc. 77-92 DC.

¹³¹² C.A. Paris,, 14 décembre 1922, R.T.D.C. 1923, p. 499, obs. R. Demogue.

Sous-paragraphe 1 - Un principe théoriquement intangible

N'importe quel médecin, quelle que soit sa spécialité, peut, en principe, pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. C'est le principe de l'omnivalence du diplôme de docteur en médecine : "Tout médecin est, en principe, habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Mais il ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose"¹³¹³.

Par exemple la pratique de la chirurgie esthétique ne saurait être admise pour un généraliste¹³¹⁴ bien que, dans certains pays voisins, ceci soit admis (en Allemagne, notamment). De même, un stomatologue ne peut opérer une circoncision¹³¹⁵.

Il n'y a pas de limite au nombre d'actes susceptibles d'être pratiqués, mais un nombre anormalement élevé peut entraîner des poursuites disciplinaires¹³¹⁶ s'il est avéré que le praticien a exercé d'une manière attentatoire à l'honneur de la profession.

Le médecin a en principe "la liberté thérapeutique"¹³¹⁷, il a le choix du traitement qu'il croit le plus apte à obtenir la guérison du malade, c'est à dire le droit de prescrire. Droit qu'il partage avec d'autres professionnels de santé dans un domaine autrement plus circonscrit (chirurgien-dentiste, vétérinaire, sage-femme, directeur de laboratoire d'analyse de biologie médicale, pédicure-podologue). La liberté de prescription figure d'ailleurs au code de la sécurité sociale¹³¹⁸ et au code de déontologie médicale¹³¹⁹. Elle se concrétise

¹³¹³ C.D.M., art. 70. Il peut appeler un confrère en consultation (C.D.M., art. 58 à 62).

¹³¹⁴ C.A. Paris (1^o ch. B), 25 octobre 2001, Hanrahan c. Éric Berrier et autres, Gaz. Pal., 19-20 juin 2002, p. 36 "Un médecin qui a trompé une patiente sur sa qualité véritable, n'étant pas chirurgien et cependant a pratiqué une opération de chirurgie esthétique a, en conséquence, méconnu non seulement le principe élémentaire de loyauté en se présentant comme chirurgien, mais encore le principe selon lequel un médecin doit s'abstenir d'effectuer des actes dans des domaines qui dépassent son expérience ou ses connaissances..."

¹³¹⁵ Cass. 1^o civ., 6 décembre 1994, J.C.P. 1995, IV, 368, p. 48 (bien que le praticien ait été *mohel*, c'est à dire ministre du culte de la religion juive, chargé notamment des circoncisions rituelles).

¹³¹⁶ C.E. 29 avril 1988, Rec., p. 176 (annulant la sanction prononcée par la SAS car de simples relevés statistiques ne peuvent pas suffire à donner lieu à condamnation).

¹³¹⁷ G. Mémeteau, *La liberté de prescription. La liberté thérapeutique du médecin*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", op. cit., fasc. 16 (4, 1999) et, du même auteur, "*Cours de droit médical*", op.cit., pp. 173 ss.

¹³¹⁸ C.S.S., art. L. 162-2.

¹³¹⁹ C.D.M., art. 8-1 : "dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions qui lui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance".

dans l'ordonnance qui implique pour le pharmacien une obligation d'exécution.

Il appartient aux tribunaux de connaître des préjudices qui pourraient en résulter, mais ils n'appartient pas aux juges de prendre parti entre les adversaires et les partisans de telle ou telle méthode médicale, afin de ne pas risquer de faire obstacle au progrès scientifique¹³²⁰.

La liberté de prescription a valeur légale, mais il a été jugé -à propos des vétérinaires - que la liberté de diagnostic et de traitement ne relevait pas de la loi au titre des garanties des libertés publiques¹³²¹.

Certes nul ne conteste la liberté de prescription sans laquelle, encore une fois, il n'y a plus de médecine possible¹³²², ce qui la fait déborder au delà des limites de la médecine libérale¹³²³, comme en témoigne le code de déontologie qui interdit à tout médecin d'aliéner son indépendance professionnelle¹³²⁴. Et effectivement chaque personne qui s'adresse à un médecin "est une personne réagissant de manière individuelle à la souffrance et à la maladie, et à laquelle on ne saurait appliquer automatiquement la recette anonyme d'une technique mécanique. Le médecin peut seul apprécier, dans chaque cas particulier, le traitement correspondant, non pas seulement à telle maladie, mais à tel malade"¹³²⁵. D'autant qu'au delà de la défense des intérêts de la profession il ne fait pas de doute "que la liberté de prescription n'est, en définitive, que l'assurance pour le malade de pouvoir bénéficier de toutes les ressources thérapeutiques dont dispose actuellement l'art médical"¹³²⁶. En somme, c'est un droit du

¹³²⁰ Cass. 21 juillet 1862, D.P. 1862, 1, 419 ; Sirey, 1862, 1, 818 ; C.A. Paris, 3 mars 1972, D. 1972, somm. 101 : "Il n'appartient pas aux tribunaux de prendre parti entre les adversaires et les partisans d'une méthode qui...risquerait de mettre obstacle au progrès de la science médicale".

¹³²¹ C.E., 10 décembre 1962, Syndicat national des vétérinaires, Rec. Lebon, p. 672.

¹³²² A. Demichel, *"Droit médical"*, Berger-Levrault, Paris, p. 101 et *"Le droit de la santé"*, Études hospitalières, 1998, p. 46.

¹³²³ L'organisation de la médecine subordonnée ne peut attenter à la liberté de prescription (C.E., 4 février 1983, Gaz. Pal. 26-27 octobre 1983, pan.) Cf C.A. Poitiers, 1^o février 1978, D. 1978, inf. rap. 465 : "Le médecin du travail est un salarié d'une nature particulière, étant donné que, s'il est un préposé à l'égard de son employeur, dans l'accomplissement de ses tâches administratives, il est indépendant pour ses actes relevant de la technique médicale, notamment pour prendre les décisions d'arrêt de travail au profit d'ouvriers malades. En conséquence, l'employeur a agi abusivement en refusant le renouvellement de son contrat (alors que l'intéressé) n'avait fait que réclamer l'exécution des protections légales sur la prévention et l'hygiène des ouvriers, et le respect de son indépendance dans le domaine médical".

¹³²⁴ C.D.M., art. 95.

¹³²⁵ J. Savatier, *"Défense et illustration du droit médical"*, A.P.D., 1954-1955, pp. 123

sq.

¹³²⁶ L. Portes, *"À la recherche d'une éthique médicale"*, Masson, P.U.F., Paris, 1964, p. 96.

patient. En effet, le malade a le droit, quand il s'adresse à un médecin, de trouver un interlocuteur qui lui prescrive la meilleure thérapie possible pour lui et pas celle qui serait la plus économique pour la collectivité. L'article 16 du Code civil rappelle d'ailleurs que "la loi assure la prééminence de la personne"¹³²⁷.

Il n'empêche que cette prérogative doit être conciliée aujourd'hui avec le devoir d'économie qu'implique le remboursement des dépenses de santé par la collectivité, d'autant que celles-ci sont affectées par une tendance historique à la hausse et qu'un nombre important de prescriptions sont jugées "illégitimes". Déjà, en 1981, le code de déontologie des médecins militaires disposait que "le médecin des armées est libre de ses prescriptions mais il doit cependant les limiter à ce qui est nécessaire à l'efficacité du traitement"¹³²⁸. Cette formulation radicale a été annonciatrice. Aujourd'hui, la loi exige que le médecin limite ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire¹³²⁹.

L'illégitimité de certaines prescriptions tient au fait que leur efficacité n'a pas été démontrée. Tel serait le cas de 80 % des prescriptions d'antibiotiques pour soigner les angines, de 40 % de ces mêmes prescriptions en cas de bronchite aiguë ou d'infection des voies respiratoires supérieures présumée virale (notamment la rhinopharyngite de l'enfant). Parfois ces prescriptions comporteraient de graves risques individuels : ce serait le cas de 75 % des prescriptions d'hypnotiques ou d'anxiolytiques et de 24 % des chimiothérapies entreprises pour certaines formes de cancer du colon¹³³⁰.

Nées dans le droit de la sécurité sociale, des restrictions croissantes sont apparues à partir du dernier quart du XX^e siècle et surtout dans les années 90.

Sous-paragraphe 2 - Une liberté affectée de restrictions croissantes nées dans le droit de la sécurité sociale

La loi du 19 janvier 1978 qui a institué une **contre-visite médicale** destinée à contrôler la nécessité de la prescription de repos évite ainsi de mettre celle-ci en cause (et a fortiori la responsabilité du

¹³²⁷ Ce principe est à rapprocher philosophiquement de l'article 2 de la convention du conseil de l'Europe sur la biomédecine qui dispose que "l'intérêt et le bien être de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science". Comment la médecine libérale pourrait-elle consacrer un principe inverse ?

¹³²⁸ Décret n° 81-60 du 16 janvier 1981, art. 10.

¹³²⁹ C.S.S., art. L. 162-2-1 (Ord. n° 96-345 du 24 avril 1996) ; C.D.M., art. 8-1.

¹³³⁰ C. Béraud, *"Petite encyclopédie critique du médicament"*, Les Éditions de l'Atelier, Les Éditions Ouvrières, Mutualité française, Paris, 2002, pp. 42-43.

médecin traitant)¹³³¹. Cependant l'avis du médecin contrôleur peut faire perdre au salarié le bénéfice des avantages sociaux liés à la maladie ou à l'accident de travail.

Les médecins doivent respecter la **nomenclature générale des actes professionnels**¹³³². Leur prise en charge par l'assurance maladie va progressivement être subordonnée à leur inscription sur une liste établie après avis de l'Anaes¹³³³.

Les conventions nationales en Métropole, la convention territoriale du 17 décembre 1997 en Nouvelle-Calédonie prévoient des **références médicales opposables (R.M.O.)** Il s'agit d'une liste de pratiques médicales inutiles ou dangereuses introduites par la convention nationale des médecins et approuvée le 25 novembre 1993 et consacrées ensuite par l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996¹³³⁴. Ces références, strictement négatives, sont établies par l'Anaes (ou, pour les médicaments par l'Afssaps). La convention des médecins généralistes de 1998 en comportait déjà 63. Le rapport 2002 du Haut Comité de la santé publique en dénombrait 200 pour les généralistes et 250 pour les spécialistes, concernant essentiellement les prescriptions de pharmacie et plus modestement les prescriptions d'examen¹³³⁵. Elles ont vocation à couvrir l'ensemble de la pratique médicale.

Les R.M.O. "métropolitaines" ont naturellement vocation à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie, en dépit du principe de spécialité législative. Mais tout particularisme calédonien n'est pas pour autant à exclure, puisque la convention médicale de 1997 précise que "les références médicales nationales pourront être adaptées et des références médicales locales pourront être élaborées compte tenu de la situation sanitaire particulière de la Nouvelle-Calédonie"¹³³⁶. Sanitaire ou budgétaire ? Il est encore trop tôt pour préciser ce point.

On envisage d'étendre les R.M.O. à la pratique hospitalière publique. Mais ces références ne sont pas spécifiques à la pratique médicale. Des références professionnelles sont également prévues pour les chirurgiens-dentistes, les sages-femmes et les auxiliaires médicaux¹³³⁷. En Nouvelle-Calédonie, la "convention médicale" (sic) de 1997 traite ainsi des actes de kinésithérapie et fixe par avance un certain nombre de séances par pathologie...¹³³⁸.

¹³³¹ Ce qui aurait entraîné un risque de censure du juge constitutionnel (77-92 DC 18 janvier 1978).

¹³³² C.S.S., art. L. 133-4.

¹³³³ C.S.S., art. L. 162-1-7.

¹³³⁴ CSS, art.L. 162-5-6.

¹³³⁵ "La santé en France 2002", La Documentation française, Paris, 2002, p. 274.

¹³³⁶ Art.17 : Elaboration des recommandations et des références médicales opposables.

¹³³⁷ C.S.S., art. L. 162-9.

¹³³⁸ Art. 23 : Actes de kinésithérapie.

La méconnaissance des R.M.O. devait initialement exposer le médecin à des poursuites devant les comités médicaux paritaires locaux/C.M.P.L.¹³³⁹ et à une retenue financière au bénéfice des caisses de sécurité sociale sous réserve d'un recours (non suspensif) devant le tribunal des affaires de sécurité sociale/T.A.S.S.¹³⁴⁰. Mais le Conseil d'État a annulé les articles de l'arrêté du 13 novembre 1998 sur les sanctions en cas de non-respect des R.M.O.¹³⁴¹.

Depuis le gouvernement a opéré plusieurs tentatives visant à instaurer une procédure de reversement efficace.

Le système institué par le décret n° 96-1116 du 19 décembre 1996 a été partiellement annulé car la base de calcul de dépassement des dépenses incluait les médecins conventionnés et non conventionnés¹³⁴². La procédure conventionnelle a été sanctionnée¹³⁴³. La loi de financement pour la sécurité sociale pour 1999 a alors prévu une contribution assise sur les revenus professionnels de tous les médecins conventionnés, quelle qu'ait pu être leur pratique, mais le Conseil constitutionnel a annulé cette disposition pour absence de critères objectifs et rationnels¹³⁴⁴.

Dès lors la seule conséquence pécuniaire pourrait être une réduction de la prise en charge des cotisations sociales (pour les praticiens du secteur 1) et un reversement correspondant (pour les médecins du secteur 2)¹³⁴⁵. Mais, selon certains auteurs, chaque malade étant un être unique, un médecin devrait toujours pouvoir se départir des R.M.O. s'il estime que l'état de son malade l'exige¹³⁴⁶.

Car il faut noter que les R.M.O. ne constituent, pour le juge civil, rien de plus que des éléments, parmi les autres, des données de la science et qu'elles n'ont aucune autorité de plein droit¹³⁴⁷.

¹³³⁹ Institution présente depuis 1971, les C.M.P.L. n'ont jamais réussi à réguler les pratiques médicales. Composés pour moitié de représentants des caisses et pour moitié de praticiens issus des organisations syndicales parties à la convention, ils sont chargés depuis 1996, d'instruire les dossiers concernant le respect des R.M.O. visées par les conventions. Les faits litigieux devaient être appréciés par le comité puis transmis au service du contrôle médical, lequel aurait proposé à la caisse une retenue financière, exécutoire dès sa notification et contestable devant le T.A.S.S.

¹³⁴⁰ C.S.S., art. L. 162-5 et L. 162-12/15.

¹³⁴¹ C.E., 28 juillet 1999, Syndicat des médecins libéraux et autres.

¹³⁴² C.E., 27 avril 1998, Confédération des syndicats médicaux français, R.F.D.A. 1998, p. 973.

¹³⁴³ C.E., 3 juillet 1998, Syndicat des médecins de l'Ain, R.F.D.A. 1998, p. 942, concl. Maugué.

¹³⁴⁴ Déc. n° 98-404 DC du 18 décembre 1998.

¹³⁴⁵ CSS art. 162-12-16 évoque l'éventualité d'une sanctionsans en préciser la nature.

¹³⁴⁶ G. Rebecq, "*La prescription médicale*", op. cit., n°168et 177.

¹³⁴⁷ Cf les études de A. Laude, M. et J. Penneau, P. Sargos dans "*Médecine et droit*", 28, janvier-février 1998 et, dans le même sens, G. Mémeteau, "*Cours de droit médical*", op. cit., éd. 2001, p.197 ss. ; M.Harichaux, A. Monroche, "*Droit de la santé. Dictionnaire commenté*", op. cit., v° Références médicales opposables, pp.116-117.

L'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 (non applicable à la Nouvelle-Calédonie) a ajouté aux R.M.O. des normes positives, les **recommandations de bonne pratique**¹³⁴⁸, également établies par l'Anaes (ou l'Afssaps). Les conventions de 1997 les définissent comme "des propositions de bonne pratique ou de stratégies diagnostiques ou thérapeutiques établies méthodiquement, améliorables en permanence, destinées à aider le praticien et le patient à rechercher les soins les plus appropriés".

Ils doivent respecter les **accords de bon usage des soins** prévus par l'article L. 162-12-17 annexés à la convention nationale, les **contrats de bonne pratique** prévus par l'article L. 162-12-18¹³⁴⁹.

Depuis 1994¹³⁵⁰, il existe des "**médicaments à prescription restreinte**" qui ne peuvent être prescrits que par quelques catégories de médecins (hospitaliers, spécialistes ou qualifiés).

À compter de la réforme constitutionnelle de 1996, l'ensemble des soins pris en charge par l'assurance maladie a été intégrée et limité par avance par une enveloppe globale correspondant à l'**objectif national des dépenses d'assurance maladie** adopté par la loi de financement de la sécurité sociale, suivant des critères, non pas sanitaires, mais budgétaires. C'est la conception qu'a consacré en Nouvelle-Calédonie la convention médicale du 17 décembre 1997 qui dispose que "les objectifs prévisionnels d'évolution des dépenses médicales sont fixés chaque année" en tenant compte de données plus ou moins prévisibles¹³⁵¹. S'agissant des médecins libéraux¹³⁵², chaque année est fixé par voie conventionnelle un objectif prévisionnel d'évaluation des dépenses médicales. Certes, celui-ci n'est qu'indicatif, mais il existe de fortes incitations financières sur les médecins libéraux qui pourtant ne sont pas les seuls concernés¹³⁵³ : en cas de dépenses inférieures à l'objectif, les praticiens conventionnés bénéficient d'une revalorisation d'honoraires ; en cas de dépassement, ils doivent reverser des honoraires à la sécurité sociale¹³⁵⁴. En 1998, le

¹³⁴⁸ C.S.S., art. L. 162-12-15.

¹³⁴⁹ L. n° 2000-322 du 6 mars 2002 (J.O. 7 mars).

¹³⁵⁰ C.S.P., art. R. 5143-5-1 à R. 5143-5-6 (décret n° 94-1030 du 2 décembre 1994).

¹³⁵¹ Article 20 : Fixation des objectifs prévisionnels d'évolution des dépenses médicales.

¹³⁵² Evidemment ils ne sont pas les seuls concernés. Les établissements de santé publics et privés à but non lucratif soumis à la dotation globale doivent respecter l'objectif prévisionnel d'évolution des dépenses. Les autres établissements de santé sont liés par un objectif national quantifié, établi, en vertu de l'article L. 162-22-1 et suivants du C.S.S., par accord tripartite national (État, Sécurité sociale, hospitalisation privée).

¹³⁵³ A eux seuls les établissements hospitaliers sont à l'origine de près d'un quart des remboursements (N.D.L.A.).

¹³⁵⁴ C.S.S., art. L. 162-5-3 et D. 162-1-1 sq.

Conseil d'État a jugé à propos de la délibération n° 495¹³⁵⁵ du congrès du territoire de la Nouvelle-Calédonie (=de valeur réglementaire) que le respect d'un plafond d'actes par assuré, fixé en fonction d'un protocole type déterminé par une convention conclue avec les médecins et adaptée à la pathologie du patient, n'était pas contraire à la liberté de prescription des médecins, car la règle n'avait qu'un caractère indicatif¹³⁵⁶. Malgré ces précautions, aucun exercice comptable en Métropole n'a respecté l'équilibre prévu : dans un premier temps le déficit a été modéré (de l'ordre d'un milliard et demi à deux millions d'euros), puis, à compter de 2001, il s'est dangereusement creusé : 2,9 milliards en 2001, 3,9 milliards en 2002¹³⁵⁷. En 2002 et encore en 2003 les données brutes correspondent à une hausse (hors inflation) de 5 à 6 %. Pour l'année 2003, le montant des dépenses du régime général de l'assurance maladie a atteint 101.448 millions d'euros. Les prescriptions représentent 27 % de ces dépenses et affichent une hausse de 7,8 %¹³⁵⁸. Or, dans le programme de stabilité des dépenses publiques 2005-2007 transmis à la Commission européenne, la France s'est engagée à dégager quinze milliards d'euros d'économies...et à brider la hausse des dépenses de santé à 2,25 % par an¹³⁵⁹...

La liberté de prescription est également limitée par l'**exercice du droit de substitution reconnu aux pharmaciens** depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999¹³⁶⁰. Certes le principe demeure selon lequel le pharmacien ne peut pas délivrer un médicament ou produit autre que celui qui a été prescrit sans l'accord exprès et préalable du prescripteur, sauf en cas d'urgence et dans l'intérêt du patient. Toutefois il peut désormais délivrer par substitution à la spécialité prescrite une spécialité du même groupe générique à condition que le prescripteur n'ait pas exclu cette possibilité, pour des raisons particulières tenant au patient, par une mention expresse portée sur la prescription. Le médecin qui veut empêcher une spécialité d'être substituée doit apposer de manière manuscrite la mention *non substituable* sur l'ordonnance avant la dénomination de la spécialité prescrite. L'opposition doit être signifiée en toutes lettres et pas simplement par les initiales *NS*, comme cela avait été tout d'abord proposé¹³⁶¹. La pression s'est encore accrue depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2003. En effet,

¹³⁵⁵ Délibération n° 495 du 11 août 1994 instituant une prise en charge globale du patient par la mise en place d'un médecin référent ou "médecin de famille".

¹³⁵⁶ C.E. (7° et 10° sous-sections), 18 février 1998, Section locale du Pacifique sud de l'ordre des médecins, Req. n° 171851, Gaz.Pal., 25 septembre 1999, p. 615.

¹³⁵⁷ *Le Monde*, 19 septembre 2003, p. 7.

¹³⁵⁸ "*Le Moniteur des pharmacies*" n° 2521.

¹³⁵⁹ *Libération*, 23 janvier 2004, p. 6.

¹³⁶⁰ L. n° 98-1194 23 décembre 1998 (complétée par D. 11 juin 1999, J.O. 12 juin).

¹³⁶¹ C.S.P., art. R. 5143-10.

s'inspirant d'un précédent calédonien¹³⁶², la loi métropolitaine du 20 décembre 2002 (portant financement de la Sécurité sociale pour 2003) a posé le principe de la limitation du remboursement de la délivrance de la spécialité prescrite par rapport au prix du médicament générique le plus cher du même groupe générique et désormais l'exercice par le pharmacien de son droit de substitution est sanctionné par un reversement financier¹³⁶³.

Enfin, les médecins peuvent être dans l'obligation de prescrire un certain nombre de médicaments génériques. C'est notamment le cas des "médecins référents" métropolitains¹³⁶⁴. En Métropole, cette incitation a même été généralisée en juin 2002 lorsque la revalorisation de la consultation médicale des médecins généralistes a été portée à 20 € moyennant l'engagement des médecins à prescrire à 25 % en "dénomination commune" et à 12,5 % dans le Répertoire officiel des génériques. Mais sur le Territoire hélas, la possibilité pour le pharmacien de substituer n'a toujours pas été votée par le Congrès. Au grand regret des pharmaciens qui demandent depuis 1998 l'étendue de cette délibération à la Nouvelle-Calédonie. Et bien sûr les "médecins référents" ne sont pas incités à prescrire des génériques.

A la limite la liberté du médecin peut être celle de refuser des soins. Ceci est possible pour des raisons professionnelles ou personnelles "hors le cas d'urgence" ou de manquement au devoir d'humanité¹³⁶⁵.

§. 4 - Le droit du praticien d'être rémunéré à l'acte et le paiement direct par la personne soignée.

L'"entente directe" avec le malade sur les honoraires avait traditionnellement pour conséquence 1° la fixation inter-individuelle des tarifs pratiqués et 2° le paiement direct.

Le premier principe a peu près entièrement disparu aujourd'hui. Dès 1945, l'ordonnance imposant un blocage des prix a été valablement appliquée aux tarifs médicaux¹³⁶⁶.

Le second principe, auquel les médecins sont attachés, figure toujours formellement dans le code de la sécurité sociale¹³⁶⁷ et, en Nouvelle-Calédonie, dans la convention territoriale du 17 décembre 1997¹³⁶⁸.

¹³⁶² Avec le remboursement des spécialités sur la base du médicament le moins cher à principe actif équivalent introduit par la convention médicale de 1997 (Art. 22 : Liste des médicaments les moins chers à même principe actif).

¹³⁶³ C.S.S., art. L. 162-16.

¹³⁶⁴ Avenant n° 6 à la convention conclu le 15 octobre 2001 (JO, 15 mars 2002).

¹³⁶⁵ C.D.M. art. 47 al. 2.

¹³⁶⁶ C.E., 23 février 1949, Favaret, Rec., p. 88.

¹³⁶⁷ C.S.S., art. L. 162-2.

¹³⁶⁸ Article 13 : Paiement des honoraires.

Il n'exclut pas le recours à une convention pour régir les rapports entre les organismes d'assurances sociales (en l'occurrence les caisses primaires d'assurance maladie) et les médecins libéraux¹³⁶⁹, pour fixer les tarifs des honoraires, "diminuer la part...à la charge des assurés sociaux" et permettre l'application effective du principe de protection de la santé¹³⁷⁰.

En outre et surtout, il a été affecté par la multiplication des cas dans lesquels le paiement est opéré par un organisme habilité. D'ailleurs l'article 70 du code de déontologie de 1979 se situait déjà en retrait de celui de 1947, en indiquant que le versement des honoraires était effectué soit par le malade, soit par une administration ou un organisme habilité et cette disposition a disparu dans le code actuel.

Ces changements sont le fruit d'une évolution historique qui a couru sur plusieurs décennies, mettant un terme au système libéral originel établi en Métropole dans l'Entre-Deux-Guerres.

Sous-paragraphes 1 - Le système libéral originel (1928-1945)

Il a été initié par la loi du 5 avril 1928 (sous le ministère Poincaré) qui a introduit l'idée d'une assurance-maladie obligatoire des salariés de l'industrie et du commerce, dont le salaire était inférieur à un certain chiffre.

Malgré l'obligatorité, on se situait alors dans un cadre libéral, car il existait une liberté de choix entre une caisse publique départementale et des organismes assureurs privés, qui d'ailleurs fleurirent à cette époque. Par ailleurs, à la différence du modèle allemand de l'époque (et du projet gouvernemental initial), qui prévoyait une rémunération forfaitaire à chaque assuré, la loi retint l'idée du paiement à l'acte (et son décret d'application du 30 mars 1929 créa dans cette perspective les "tarifs opposables"). Enfin le système devait reposer sur le principe du paiement direct, tout en admettant le "tiers payant" à titre dérogatoire.

Dans un pays où, déjà, les réformes étaient mal aisées, la loi de 1928 suscita une large hostilité¹³⁷¹, notamment des syndicats

¹³⁶⁹ Le régime des conventions ne concerne pas les PH qui n'ont pas de relations directes avec les organismes sociaux puisque le budget global de l'hôpital public est déterminé par l'État et les conventions relatives au secteur privé sont signées par les établissements de santé.

¹³⁷⁰ déc. 89-269 DC.

¹³⁷¹ La gauche communiste ne voulait pas d'une telle réforme. En effet les textes gouvernementaux furent âprement critiqués par le P.C. et son syndicat-satellite, la C.G.T.U., qui les tenaient pour des lois "fascistes" (H. Raynaud). Ils le furent également par les milieux patronaux, qui ne voulaient pas verser de cotisations obligatoires. Sans parler des critiques catégorielles, concernant la loi de 1928, notamment des agriculteurs qui n'entendaient pas se voir assujettis au régime général,

médicaux. Le système dut être remanié dès la loi du 30 avril 1930 (sous le ministère Tardieu) : celle-ci prévoyait la liberté des honoraires pour les médecins et, indépendamment de ceux-ci, des tarifs de remboursement fixés par les caisses, appelés "tarifs de responsabilité". En pratique il en résulta des écarts sensibles qui se trouvèrent à la charge des assurés sociaux. Le contexte de la Libération fournit l'occasion politique de corriger le dispositif.

Sous-paragraphe 2 - Le système classique, fondé sur l'équilibre entre caractère libéral de la médecine et le financement public des dépenses de santé (seconde moitié du XX^e siècle).

L'ordonnance du 19 octobre 1945 a généralisé la sécurité sociale à tous les assurés, donné naissance à différentes caisses après diverses péripéties¹³⁷² et fondé le remboursement offert sur la solidarité nationale.

Ce système a touché la Nouvelle-Calédonie, avec retard et moyennant certaines adaptations, à partir de la création de la *Caisse d'allocations familiales et des accidentés du travail* (C.A.F.A.T.) en 1961¹³⁷³, qui est un organisme de droit privé gérant un service public¹³⁷⁴.

Pour en revenir à la genèse du système en Métropole, il faut bien comprendre qu'avec le remboursement des frais médicaux par collectivité en 1945, il devenait impossible de laisser jouer librement la loi du marché pour la fixation des honoraires médicaux. On en revint à l'idée de fixer conventionnellement ceux-ci et on imagina tout naturellement des accords entre les caisses de sécurité sociale et les syndicats médicaux. Le cadre le plus adéquat parut le département. Le législateur admit un droit au dépassement, placé toutefois sous le contrôle d'une commission paritaire (deux médecins libéraux, un médecin conseil et un administrateur de caisse). Mais en pratique, compte tenu de l'hostilité de la *Confédération des Syndicats Médicaux Français* (C.S.M.F.) à un tel contrôle on en resta aux "tarifs d'autorité" sans rapport avec la réalité des honoraires.

Le décret Bacon du 12 mai 1960 mit un terme à cette situation. À l'entente directe fut substitué un accord entre les caisses¹³⁷⁵ et les

jugé inadapté et trop coûteux, ce dont le législateur dut tenir compte en 1930 en leur donnant un statut séparé.

¹³⁷² L'idée d'une caisse unique fut écornée par la loi du 22 août 1946 et carrément écartée par celle du 21 février 1949 (N.D.L.A.).

¹³⁷³ Délibération n° 300 du 17 juin 1961.

¹³⁷⁴ TA Nouméa, jugement n° 00130082 à 0013085 du 20 Juillet 2002 (inédit).

¹³⁷⁵ Les caisses régionales de sécurité sociale jusqu'au décret du 7 janvier 1966, puis ensuite les caisses primaires d'assurance maladie.

syndicats de médecins dans chaque département, le droit à dépassement fut réglementé, tandis que les médecins conventionnés se virent reconnaître des avantages sociaux.

Leurs clients étaient remboursées à 75 % au lieu du "tarif d'autorité" plus réduit¹³⁷⁶, ils reçurent une couverture des risques maladie, maternité, vieillesse, décès -à une époque où aucune profession libérale n'avait de protection sociale- et quelques avantages fiscaux (principe de la déduction forfaitaire des frais professionnels).

Le décret donna naissance à une instance paritaire pour régler les conflits entre médecins et caisses, la section des assurances sociales¹³⁷⁷, rattachée aux conseils régionaux de l'ordre (compétents en matière disciplinaire).

Afin de reprendre l'initiative, les syndicats de médecins proposèrent la conclusion d'une convention nationale moyennant la reconnaissance du caractère libéral de la médecine, ce qu'ils obtinrent en 1971.

La loi du 3 juillet 1971 introduisit la notion de convention nationale. Celle-ci a une nature juridique hybride car, si elle exprime un accord de volonté de la part des parties privées signataires (caisses d'assurance-maladie et syndicats de médecins), elle doit être approuvée par arrêté ministériel pour entrer en vigueur, ce qui lui fait revêtir un aspect réglementaire. Un seul régime national régit les rapports entre médecins et caisses d'assurance maladie, liant de plein droit tous les médecins, sauf ceux qui optent à titre individuel pour le non conventionnement (ou ceux que les caisses pouvaient théoriquement déconventionner à titre de sanction). En contrepartie le législateur réaffirma les principes fondamentaux de l'exercice libéral : libre choix du médecin par le malade, liberté d'installation du médecin, liberté de prescription et paiement direct de ses honoraires par le patient¹³⁷⁸.

La première convention nationale a été signée en 1971 par les trois caisses nationales et les deux syndicats médicaux les plus représentatifs, la Confédération des Syndicats Médicaux Français/C.S.M.F. et la Fédération des Médecins de France/F.M.F. (les 28 octobre et 19 novembre 1971). Elle s'appliqua à 95 % des praticiens. Mais, comme son renouvellement en 1972 ne fut signé que

¹³⁷⁶ Cette différence fut critiquée par les syndicats médicaux pour qui le décret violait le principe de l'égalité de traitement. Le Conseil d'État légittima cette discrimination dans son arrêt du 13 juillet 1962.

¹³⁷⁷ En fait la S.A.S. est née en 1945 en qualité d'organe d'appel au sein du C.N.O.M. (les litiges étant jugés en première instance par les C.R.O.M. statuant en matière disciplinaire) Cf L. Fougère, F. Gazier, *"Les juridictions ordinales"*, dans *"Droit médical et hospitalier"*, op.cit., fasc. 45 (5, 1993), p. 3. La réforme de 1960 (annulée par le Conseil d'État mais validée par la loi du 31 décembre 1963) s'est borné à introduire le paritarisme au sein de l'institution.

¹³⁷⁸ C.S.S., art. L. 162-2.

par la C.S.M.F., la F.M.F. en obtint l'annulation¹³⁷⁹, ce qui amena le législateur à la valider rétroactivement par la loi du 10 juillet 1975.

Quatre autres conventions nationales furent conclues par la suite, non sans difficultés politiques, voire contentieuses.

La seconde convention nationale signée en 1976 par les trois caisses et les deux syndicats les plus représentatifs (les 3 février et 22 mars) introduit un système de tiers payant pour les *actes lourds* (et des *centres de soins* dans le cadre des collectivités locales, peu expérimentés du fait de l'opposition de la C.S.M.F. qui y voyait l'esquisse d'une "médecine de caisse"¹³⁸⁰.

La convention nationale de 1980 signée par les trois caisses et la F.M.F. créa le double secteur -secteur 1 : honoraires conventionnels, section 2 : honoraires libres¹³⁸¹- laissé au choix des praticiens¹³⁸², supprima le droit à dépassement en maintenant le non conventionnement (sous le nom de *déconventionnement*) irrévocable pendant la durée de la convention, fixée à cinq ans.

La CSMF qui ne l'avait pas signée obtint son annulation¹³⁸³, ce qui amena le législateur à la valider rétroactivement par la loi du 2 janvier 1984.

La convention nationale du 1^o juillet 1985, signée par les trois caisses et les deux syndicats les plus représentatifs pour quatre ans et renouvelable par tacite reconduction, maintint la petite catégorie des médecins hors convention (0,59 % de l'ensemble), rétablit le droit à dépassement et intégra la "nomenclature générale des actes professionnels".

La (cinquième) convention, signée le 21 octobre 1993 entre les caisses nationales maladie, la C.S.M.F. et le Syndicat des Médecins libéraux/S.M.L. (reconnu représentatif l'année précédente), a introduit la notion de **références médicales opposables (R.M.O.)**, approuvées par arrêté du 25 novembre 1993 mais renvoyant à la signature d'annexes annuelles qui ne furent jamais signées.

Du blocage total des négociations est née l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 qui a plafonné les dépenses de santé, accru le rôle de l'État et modifié la nature du conventionnement.

¹³⁷⁹ C.E., 19 février 1975, Syndicat des médecins du Rhône, Rec., p. 129.

¹³⁸⁰ Cette expression susceptible de recouvrir des réalités variées désigne un système dans le cadre duquel les soins médicaux sont rémunérés directement par les caisses (au lieu d'être remboursés aux assurés). Il existe en Métropole par dérogation, dans le secteur des mines et des chemins de fer.

¹³⁸¹ 99,5 % des médecins ont adhéré à la convention dont près de 95 % au secteur 1 (N.D.L.A.).

¹³⁸² En 1980. Mais en 1990, l'accès au secteur 2 a été fermé, sauf pour les anciens chefs de clinique et assistants des hôpitaux.

¹³⁸³ C.E., 2 décembre 1983, Confédération des syndicats médicaux français, Rec., p. 469

On ne reviendra pas ici sur le plafonnement qu'ont peut considérer comme illusoire en raison du vieillissement de la population, du coût des nouvelles technologies médicales et de la recherche du mieux-être, de l'aveu de l'actuel ministre de la santé¹³⁸⁴.

Dorénavant, les conventions auront force obligatoire avec l'agrément des pouvoirs publics. Elles pourront être modifiées par voie d'avenant dès lors que celui-ci est signé par deux organisations représentatives, l'une des généralistes, l'autre des spécialistes.

Il existe désormais deux conventions, l'une pour les généralistes, l'autre pour les spécialistes, ce qui a été jugé régulier par le Conseil constitutionnel¹³⁸⁵. Le conventionnement n'est plus automatique et dépend d'une déclaration individuelle de chaque médecin à la C.P.A.M. de son lieu d'exercice¹³⁸⁶.

La convention des spécialistes signée le 12 mars 1997 et approuvée par l'arrêté du 28 mars suivant a été annulée par le Conseil d'État le 26 juin 1998 au motif que l'unique syndicat signataire (l'Union collégiale des Chirurgiens et Spécialistes français) ne pouvait être tenu pour représentatif¹³⁸⁷.

La convention des généralistes, également signée le 12 mars 1997, fut annulée par un autre arrêt du Conseil d'État du 3 juillet 1998¹³⁸⁸.

Du fait de ce vide juridique, le gouvernement a instauré un règlement conventionnel minimal (R.C.M.) applicable en l'absence de convention¹³⁸⁹ qui a donné naissance à l'arrêté du 13 novembre 1998¹³⁹⁰ auquel les médecins conventionnés sont censés adhérents sauf avis contraire.

La convention des spécialistes signée le 26 novembre 1998 (par M.G. France, syndicat représentatif des généralistes) a été partiellement annulée par le Conseil d'État¹³⁹¹ qui, pour la première fois n'a pas retenu le caractère indivisible de la convention. Les

¹³⁸⁴ "Le Monde", 12 juillet 2002, p. 6.

¹³⁸⁵ Déc. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, R.F.D.A., 1990, p. 406, note B. Genevois.

¹³⁸⁶ C.S.S. art. L. 162-5-6.

¹³⁸⁷ C.E., 26 juin 1998, Confédération des syndicats médicaux français, req. n° 186855, Gaz. Pal., 14-15 avril 1999, p. 19.

¹³⁸⁸ C.E., 3 juillet 1998, Syndicat des médecins de l'Ain, req. n° 188004, Gaz. Pal., 14-15 avril 1999, p. 19. Les principales dispositions jugées irrégulières concernent le médecin référent et les versements d'honoraires par les médecins en cas de dépassement des objectifs conventionnels par secteurs géographiques.

¹³⁸⁹ C.S.S. art. L. 162-5-9.

¹³⁹⁰ J.O. 14 novembre.

¹³⁹¹ C.E., 14 avril 1999, Syndicat des médecins libéraux et autres, req. n° 202.605 et 203.623, Jurisdata n° 050199. C'est le cas des clauses relatives à la publicité des sanctions ordinaires et à l'application de la contribution conventionnelle en cas de dépassement des objectifs annuels d'activité et de prescription.

spécialistes demeurent régis à ce jour par le règlement minimal s'ils y ont individuellement adhéres¹³⁹².

C'est là à peu près le système actuel.

Sous-paragraphe 3 - Le système actuellement en vigueur, marqué par la prépotence de l'État sur les partenaires conventionnels et la dilution croissante du caractère libéral de la médecine

La loi du 6 mars 2002 a redéfini le contenu des conventions (honoraires, engagement des signataires, accords de bon usage des soins, contrats de bonne pratique, promotion des R.M.O....) et, d'un point de vue pratique, consacré l'existence du règlement conventionnel minimum et accru son rôle. Il s'étend désormais à toute profession de santé régie par une convention (et comme elle, il est susceptible de recours). La loi a par ailleurs supprimé la condition d'absence de convention, subordonnant son application à la consultation des syndicats et du Conseil de l'Ordre des professions concernées¹³⁹³. Ce RECM s'applique :

- à tous les médecins qui déclarent y adhérer,
- de plein droit aux médecins adhérant à la convention précédemment en vigueur, sauf s'ils font connaître aux Caisses leur opposition¹³⁹⁴.

Pour le reste, il faut désormais distinguer généralistes et spécialistes.

Pour les premiers, le régime actuel procède de l'avenant n°12 réputé approuvé le 3 juin 2003¹³⁹⁵ entre d'une part la CNAMTS et la Caisse centrale de mutualité sociale agricole et, d'autre part, la Fédération française des médecins généralistes MG France¹³⁹⁶.

Pour les spécialistes, le futur RCM (qui devait être publié le 1^{er} juillet 2003) n'a pas pu être établi par voie conventionnelle. Le système actuel procède de l'arrêté du 22 septembre 2003¹³⁹⁷, qui a lui-même succédé à l'arrêté du 8 juillet 2002, lequel avait prolongé, moyennant diverses modifications techniques, l'arrêté de 1998 portant

¹³⁹² Dans le cas contraire, ils sont hors convention et leurs actes sont remboursés au *tarif d'autorité*.

¹³⁹³ CSS, art. L. 162-5-9.

¹³⁹⁴ CSS, art. L. 162-5-9 II.

¹³⁹⁵ Réputé approuvé en application de l'article L. 162-15 CSS (L. n°99-1140 du 29 décembre 1999, art. 24-V).

¹³⁹⁶ J.O.R.F. 17 septembre 2003, p. 15958.

¹³⁹⁷ J.O.R.F. 25 septembre 2003, p. 16367.

R.C.M. applicable aux médecins en l'absence de convention médicale¹³⁹⁸.

Le dispositif a maintenu les trois catégories existantes avant 1996.

Quelques médecins libéraux, qui ne sont pas *conventionnés*, exercent toujours en dehors des conventions nationales et peuvent fixer avec "tact et mesure"¹³⁹⁹ des **honoraires libres**. Leurs patients ne sont remboursés que sur la base d'un *tarif d'autorité* très bas fixé par arrêté interministériel¹⁴⁰⁰.

La plupart sont conventionnés. À ce titre, ils bénéficient d'un régime particulier de sécurité sociale¹⁴⁰¹ pour lequel les caisses d'assurance maladie peuvent en charge une partie de la cotisation. C'est le cas pour les libéraux du secteur 1. Ils pratiquent les "**tarifs opposables**", c'est à dire établis par les annexes aux conventions nationales à partir de la nomenclature générale des actes professionnels dressée par arrêté. Leurs clients sont ensuite remboursés sur la base de ces honoraires. En revanche, les médecins du secteur 2 paient la cotisation versée par la caisse. Ce sont ceux qui ont optés pour des "**honoraires différents**" d'un montant supérieur aux "tarifs opposables"¹⁴⁰². Leurs clients sont seulement remboursés sur la base des "tarifs opposables". Dans les deux cas de figure le remboursement de la sécurité sociale n'est pas intégral. En effet, on retranche le ticket modérateur (part de la dépense de soins qui reste à la charge du malade) variable selon les régimes (régime général, MSA...). Étant précisé que le solde (ou une partie de celui-ci) peut

¹³⁹⁸ Pour les spécialistes en anesthésie-réanimation il vient d'être modifié par l'arrêté du 19 décembre 2003 portant modification du règlement conventionnel minimal applicable aux médecins en l'absence de convention médicale (J.O., 24 décembre 2003, p. 22092).

¹³⁹⁹ C.D.M., art. 53. Cette exigence, énoncée par tous les codes de déontologie est rappelée par toute les conventions à propos des droits à dépassement d'honoraires "mais l'importance de la notion n'a d'égale que le flou de sa définition" (M. Harichaux, A. Monroche, "*Droit de la santé. Dictionnaire commenté*", op. cit., v° Tact et mesure, p. 213). Pour une arthroscopie du genou, par exemple, le tarif conventionnel 2003 est de 167,20 euros. Mais des dépassements de 90 % sont courants dans des cliniques spécialisées, à Marseille, par exemple. Les sanctions disciplinaires concernent des honoraires ayant dépassé le double, le triple et même le sextuple des honoraires conventionnels...

¹⁴⁰⁰ C.S.S., art. L. 162-5-10. Certains ont librement opté pour cette formule, d'autres ont été déconventionnés à titre de sanction (C.S.S., art. L. 162-5-1). Deux déconventionnements ont été prononcés en 1995, quinze en 1996.

¹⁴⁰¹ C.S.S., art. L. 722-1 à L. 729

¹⁴⁰² Certes le RCM de 1998 disposait que seuls les spécialistes "qui s'installent... pour la première fois en exercice libéral et qui sont des anciens chefs de clinique des universités peuvent opter pour le secteur 2", toutefois, par un jugement du 8 juillet, le tribunal des affaires de Sécurité sociale de Nancy a autorisé deux ophtalmologistes du secteur 1 à passer en secteur 2 au motif qu'aucune disposition ne le leur interdisait expressément.

quand même lui être remboursée s'il a souscrit une assurance complémentaire auprès d'une mutuelle ou d'une société d'assurance privée.

Entre ces deux catégories de médecins "conventionnés" aux contours clairs se situent deux types de praticiens susceptibles de se trouver dans une situation intermédiaire. En premier lieu, certains ont gardé à titre personnel et permanent un "droit à dépassement" qu'ils avaient obtenu avant l'entrée en vigueur de la convention de 1980¹⁴⁰³. En second lieu, tous les praticiens ont droit à des "dépassements exceptionnels" dans des conditions que prévoient les conventions.

Un médecin peut toujours dispenser des soins gratuits, mais il ne peut pas abaisser ses honoraires "dans un intérêt de concurrence", ni pratiquer des honoraires forfaitaires, ni demander des provisions¹⁴⁰⁴.

La pratique du tiers payant, où la caisse d'assurance paie directement le professionnel de santé, progresse¹⁴⁰⁵. La fixation des tarifs de remboursement des honoraires médicaux relève de la loi¹⁴⁰⁶.

Ce système génère un certain contentieux.

Les relations entre les médecins et les caisses, en principe régies par le droit privé, relèvent du contentieux judiciaire¹⁴⁰⁷. Les litiges peuvent survenir relativement à l'obligation faite au médecin de rembourser les sommes indûment prises en charge par les CPAM en raison d'une faute par lui commise¹⁴⁰⁸. Mais ce principe d'attribution de compétences souffre des exceptions. En premier lieu, le "contentieux du contrôle technique" (celui des fautes, fraudes et abus à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux)¹⁴⁰⁹ dépend des sections des assurances sociales des Conseils de l'ordre. En second lieu, le contentieux du déconventionnement¹⁴¹⁰, des reversements

¹⁴⁰³ C.S.S., art. L. 162-5-10.

¹⁴⁰⁴ C.D.M., art. 55 et 67.

¹⁴⁰⁵ "Le Monde", 14 janvier 1997.

¹⁴⁰⁶ C.E., 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins, Rec., p. 479.

¹⁴⁰⁷ T.C., 9 juin 1986, Mazuoli et a., Rec., p. 300, D.1987, S.C., p.166, obs. X. Prétot, A.J.D.A. 1986, p. 596, obs. J. Moreau, Dr. soc., 1987, p.166, note X. Prétot.

¹⁴⁰⁸ Lorsqu'un praticien prescrit hors AMM Rce qui est licite- sans apposer la mention obligatoire NR (non remboursable) sur l'ordonnance, qui s'impose à lui, les CPAM peuvent lui demander le remboursement des sommes indûment prises en charge.

¹⁴⁰⁹ C.S.S., art. L. 145-1 sq. Il existe une vive controverse avec les médecins relativement à ce que la Sécurité sociale considère comme des "cotations abusives" qui consistent à faire rembourser des actes médicaux non reconnus par elle (par exemple la pose d'une attelle ou d'un strapping...car les caisses ne remboursent que le plâtre). Certains praticiens de montagne ont été condamnés à fermer leur cabinet pendant deux mois ("Le Monde", 28 décembre 2002).

¹⁴¹⁰ C.S.S., art. L. 162-34. Voir C.E., sec., 18 février 1977, Hervouet (2 espèces), Rec., p.98, concl. Dondoux, A.J.D.A. 1977, p. 255 et 272. Certes le gouvernement a entendu en 1996 le transférer au juge judiciaire, mais ce transfert a été jugé illégal (T.C., 20 octobre 1997, Albert, Rec., p. 536, J.C.P., 1998.II.10012, concl. J. Arrighi de Casanova, D. 1998, IR, p.37, TPS 1998, chr. 5, note X. Prétot ; C.E. 1^o décembre 1997, CPAM de la Sarthe, Rec., p.447, D. 1998, IR p. 37. Il en résulte qu'une mesure

d'honoraires en cas de dépassement de l'objectif prévisionnel d'évaluation des dépenses médicales relèvent du juge administratif¹⁴¹¹.

Afin de sortir de l'impasse dans laquelle se trouvait le système conventionnel la loi du 6 mars 2002¹⁴¹², a imaginé de faire régler les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les médecins par un accord-cadre d'une durée "au plus égale à cinq ans", conclu par la C.N.A.M.T.S., au moins une autre caisse nationale d'assurance maladie et le Centre national des professions de santé, regroupant des organisations syndicales représentatives des professions concernées. Pour que l'accord s'applique à une des professions visées, il suffit qu'une seule organisation syndicale représentative de cette profession l'ait signé. "Sauf en cas d'urgence ou d'impérieuse nécessité de santé publique" les ministres concernés "tiennent compte des propositions faites par les partenaires conventionnels" relativement à la modification de la nomenclature des actes de santé¹⁴¹³.

En l'absence de convention signée entre les intéressés, en l'absence d'accords de bon usage de soins ou de contrats de bonne pratique les accords ou contrats peuvent être fixés par arrêté interministériel "pris sur proposition de la C.N.A.M.T.S. et d'au moins une autre caisse nationale ou, à défaut, à l'initiative des ministres compétents"¹⁴¹⁴.

Il en résulte un mécontentement persistant de la profession que la revalorisation de la consultation des généralistes à vingt euros à l'été 2002 n'a pas suffi à apaiser. Car les tarifs des spécialistes du secteur 1 (33.000 praticiens, soit 62 % des effectifs)¹⁴¹⁵ n'ont pas évolué depuis 1996 (généralement 23 euros). La profession s'estime lésée. D'ailleurs le 5 juillet 2003, 35 praticiens de la Sarthe, représentant 15 % des spécialistes de ce département, jusqu'alors en secteur 1, ont demandé leur déconventionnement. Parmi eux figurent 11 praticiens intervenant dans un clinique pratiquant à elle seule 40 % des accouchements du département¹⁴¹⁶. Quelques jours plus tard, par un jugement du 8 juillet, le tribunal des affaires de Sécurité sociale de Nancy a autorisé deux ophtalmologistes du secteur 1 à passer en

de déconventionnement peut aussi bien faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir tendant à son annulation (C.E., 19 juin 1981, Société Thalasso-nord) que d'un recours de pleine juridiction visant à l'indemnisation d'un préjudice subi du fait d'une mesure illégale (C.E., 19 décembre 1986, C.P.A.M. de la région choletaise).

¹⁴¹¹ C.S.S., art. L. 162-5-4 2°.

¹⁴¹² Loi n° 2002-322 du 6 mars 2002 portant rénovation des rapports conventionnels entre les professions de santé libérales et les organismes d'assurance maladie (J.O. 7 mars).

¹⁴¹³ C.S.S. art. L. 162-14-2 (Loi n° 2002-322 du 6 mars 2002).

¹⁴¹⁴ C.S.S. art. L. 162-12-19 (Loi n° 2002-322 du 6 mars 2002).

¹⁴¹⁵ "Le Monde", 16 juillet et 28 août 2003, p. 8 et p. 7.

¹⁴¹⁶ "Le Monde", 10 juillet 2003, p. 10.

secteur 2¹⁴¹⁷. Ceci n'est pas étranger au compromis qui a été trouvé à la fin août entre l'assurance-maladie et les syndicats médicaux, prévoyant la revalorisation des honoraires de certains spécialistes et la prise en charge par les caisses du surcoût de certaines primes d'assurance professionnelle¹⁴¹⁸. La revalorisation a été décidée par l'arrêté du 22 septembre précité, qui a opté pour la formule de la majoration forfaitaire transitoire (jusqu'au 31 décembre 1994). En tout près 56.200 des 99.754 spécialistes sont concernés : le tarif des consultations des spécialistes dits cliniciens (dermatologues, cardiologues, gynécologues, endocrinologues...) est passée de 23 à 25 euros. Celle des psychiatres, neuropsychiatres et neurologues de 34, 30 à 37 euros. Soit des augmentations respectives de 8,7 % et de 7,9 %.

¹⁴¹⁷"Le Monde", 16 juillet 2003, p. 8.

¹⁴¹⁸"Le Monde", 24-25 août 2003, p. 7.

CHAPITRE 2

LA PROTECTION DU MONOPOLE

L'exercice de toutes les professions de santé fait l'objet d'un monopole de compétence pénalement protégé¹⁴¹⁹ : des textes spéciaux visent plus particulièrement l'exercice illégal de la médecine¹⁴²⁰.

SECTION 1

LES CONDITIONS DE L'EXERCICE ILLÉGAL DE LA MÉDECINE

(A. Leca)

Il s'agit d'une incrimination légale, interdisant l'exercice de la médecine à des thérapeutes (ou prétendus tels) non titulaires d'un titre adéquat, par exemple les ostéopathes¹⁴²¹, jusqu'à la reconnaissance de cette spécialité en mars 2002¹⁴²², ou à des médecins diplômés, mais non régulièrement inscrit à un tableau de l'ordre. Peu importe la méthode, plus ou moins scientifique, le résultat, fantaisiste ou tangible, et même la présence éventuelle d'un médecin.

Il s'agit d'une infraction d'habitude, c'est à dire supposant la répétition d'un acte de diagnostic ou de traitement de maladies ou affections réelles ou supposées, ou de nature réservée aux médecins par un arrêté du ministre chargé de la Santé.

Un fait unique ne suffit pas à sanctionner¹⁴²³. Mais deux le permettent...¹⁴²⁴.

¹⁴¹⁹ C.S.P., art. L. 4161-1 sq

¹⁴²⁰ C.S.P., art. L. 4161-1 : Exerce illégalement la médecine toute personne qui n'est pas ou plus titulaire d'un titre pour exercer "qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé". La liste actuelle résulte d'un arrêté du 6 janvier 1962, modifié le 12 mai 1981 (BLD 1962, 88).

¹⁴²¹ C.A., 29 janvier 1997, Dalloz, 1997, IR 58.

¹⁴²² L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 75.

¹⁴²³ Cass. crim., 4 avril 1919, S. 1923, I, 235.

¹⁴²⁴ Trib. corr. Aix, 10 mars 1977, J.C.P. G 1978, II, 18831, note Remplon, D. 1978, 16, note Roujou de Boubée.

Comme l'infraction suppose la répétition, la crainte de sa commission isolée ne peut certainement pas être invoquée pour justifier un refus ponctuel de porter secours¹⁴²⁵.

Fréquemment d'ailleurs les personnes poursuivies allèguent leur devoir de porter assistance à autrui. Mais il est rare qu'il y ait le péril mortel imposant le secours immédiat dont fait état l'article 223-6 du Code pénal.

Le désintéressement de la personne qui se rend coupable d'une telle infraction n'occulte pas la réalité de celle-ci. Tout au plus son mobile louable peut il être prise en compte en tant que circonstance atténuante¹⁴²⁶. La passivité des Conseils de l'ordre n'est pas de nature à faire échapper le (médecin) coupable à la sanction pénale¹⁴²⁷ ; au demeurant ils n'ont aucun pouvoir de dispense de l'application des lois.

La loi prévoit l'intervention de l'Ordre ou des syndicats dans la poursuite du délit d'exercice illégal¹⁴²⁸.

SECTION 2

LES EFFETS DE L'EXERCICE ILLÉGAL DE LA MEDECINE

(A. Leca)

Les peines applicables sont de trois mois d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende pour l'exercice illégal de la **médecine** (avec possibilité de confiscation du matériel)¹⁴²⁹.

Une peine spéciale frappe toute personne exerçant illégalement la profession de médecin pendant la durée d'une peine d'interdiction temporaire ou d'une peine de radiation du tableau de l'ordre¹⁴³⁰. Dans tous les cas la confiscation du matériel ayant permis l'exercice illégal peut être prononcée par le juge.

¹⁴²⁵ À tout prendre un tel refus serait pour un pharmacien un motif aggravant de l'infraction de droit commun concernant la non-assistance à personne en danger immédiat (C.P., art. 223-6).

¹⁴²⁶ Cass. crim., 23 novembre 1967, D. 1968, p. 139.

¹⁴²⁷ Rennes, 11 août 1982, Juris-data n° 041828.

¹⁴²⁸ C.S.P., art. L. 4161-4.

¹⁴²⁹ C.S.P., art. L. 4161-5.

¹⁴³⁰ A.C.S.P., art. L. 471-11.

TROISIÈME PARTIE

LA RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN

L'exercice libéral n'est pas seulement une prérogative pour le médecin, c'est aussi une sujétion, qui entraîne pour lui certaines obligations. Certaines sont communes à tous les médecins, comme la déontologie, d'autres sont particulières aux libéraux, par exemple les règles gouvernant la création et le fonctionnement du cabinet médical (Titre 1).

La méconnaissance de ces obligations entraîne pour le praticien la mise en jeu de sa responsabilité (Titre 2).

TITRE 1

UNE RESPONSABILITE FONDEE SUR DES OBLIGATIONS COMPOSITES

De nombreuses obligations s'imposent aux médecins. Sous l'angle juridique théorique, elles procèdent d'ordres distincts (chap. 1), mais, dans la pratique, elles s'entrecroisent, comme le montre l'exemple du secret qui intéresse aussi bien la déontologie, que le droit civil ou le droit pénal (chap. 2).

De nombreuses obligations s'imposent aux médecins. Sous l'angle juridique théorique, elles procèdent d'ordres distincts (chap. 1), mais, dans la pratique, elles s'entrecroisent, comme le montre l'exemple du secret qui intéresse aussi bien la déontologie, que le droit civil ou le droit pénal (chap. 2).

CHAPITRE 1

DES OBLIGATIONS FORMELLEMENT ISSUES D'ORDRES JURIDIQUES DISTINCTS

(A. Leca)

Les obligations médicales relèvent du droit proprement dit - droit civil, droit pénal et droit administratif- ainsi que de la déontologie professionnelle, qui a fini par s'intégrer à celui-ci.

Il existe dans le seul domaine des obligations déontologiques des ouvrages spécialisés, que ces quelques lignes ne sauraient remplacer. Dans un souci de simplification, on notera ici que ces obligations peuvent être regroupées en plusieurs groupes : relation avec les patients, avec les autres médecins et professionnels de santé, avec l'Ordre, les organismes de Sécurité sociale et les pouvoirs publics enfin.

Le pôle essentiel concerne les rapports des praticiens avec leurs patients.

Le médecin doit traiter également tous ses patients. Est interdit "tout acte de nature à procurer à un malade un avantage matériel injustifié ou illicite"¹⁴³¹.

En droit civil, les obligations du médecin sont variées. Il doit informer son patient, recueillir son consentement, respecter l'intimité de sa vie privée, etc... Mais l'une de ces obligations occupe une place centrale, car toutes les autres en découlent ou s'y ajoutent. Il s'agit de l'**obligation de soin**. Celle-ci s'analyse comme une **obligation de moyens** : c'est l'obligation, non pas de guérir le malade, mais de mettre en œuvre dans ce but tous les moyens qui soient, "réserve faite

¹⁴³¹ C.D.M., art. 24. Voir par ex. C.E. (4° et 6° sous-sect.), 10 avril 2002, *Gaz. Pal. Rec.* 2003, somm. p. 1246, J. n° 65, 6 mars 2003, p. 21 concernant un praticien condamné pour avoir manqué à la probité en ayant présenté sans justification médicale à certains de ses clients des demandes d'entente préalable destinées à permettre le remboursement à des patients de soins d'épilation.

de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science"¹⁴³².

Ceci appelle quelques éclaircissements. Notamment les notions de *soins* et de *moyens* "conformes aux données acquises de la science".

Le terme de soin a, en Français, un double-sens, qu'on ne retrouve pas toujours dans d'autres langues, par exemple l'Anglais qui a deux termes différents pour désigner *cure* et *care*.

Les soins ont d'abord une acception curative, ce sont des actes qui ont pour but de soigner.

Mais le mot désigne aussi l'attention portée à quelqu'un, pour adoucir sa condition, comme dans l'expression soins palliatifs, qui concerne les soins portés à un malade incurable.

Dans l'absolu, le meilleur des médecins n'exercera jamais avec une diligence suffisante son obligation de soin à l'égard des personnes malades¹⁴³³. D'un point de vue juridique, on n'exige de lui qu'il mette en œuvre tous les moyens conformes aux données acquises de la science, proportionnellement au risque médical encouru.

La latitude du médecin croît avec le risque. Inexistant, comme pour la chirurgie esthétique, son champ d'action est restreint. Extrême, en cas de péril de mort, ses possibilités deviennent très vastes. En toutes hypothèses, il est fautif de faire courir au patient des dangers thérapeutiques injustifiés¹⁴³⁴.

L'acte médical est légitimé par la rencontre entre cette finalité curative et le consentement de la personne visée.

Sauf urgence, il ne peut y avoir de soin sans consentement. L'hyperthrophie du consentement est telle que le médecin doit tenir compte de l'avis d'un incapable "lorsque celui-ci est en mesure de l'exprimer"¹⁴³⁵.

Sans finalité curative ou tolérance sociale assez forte pour neutraliser le droit¹⁴³⁶, le consentement ne légitime pas toujours

¹⁴³² Cass. civ., Dr. Nicolas c. époux Mercier, 20 mai 1936 (rejetant un pourvoi contre une décision d'Aix du 16 juillet 1931), S.1937.1.321 ; D.P. 1936, 1, 88. Depuis cette date, cette définition jurisprudentielle a été consacrée par le code de déontologie médicale de 1995 (art. 32).

¹⁴³³ C'est ainsi que le Talmud considère que parmi les gens qui ne rempliront jamais assez consciencieusement leurs vastes obligations et n'auront pas de part au Salut, figure le médecin (et aussi...le professeur). Cf A. Cohen, "Le Talmud", Payot, 1998, p. 436 ; B. Pitcho, "Le statut juridique du patient", Thèse Droit, Montpellier I, 2002, p. 11.

¹⁴³⁴ Cass. 1^o civ., 5 mars 1974, D. 1974, inf. rap. 127, Gaz. Pal. 1974.1 somm. 124 ; 20 février 1979, J.C.P. G 1979, IV, 145, 1980, inf. rap. 171 note Penneau.

¹⁴³⁵ C.D.M., art. 42 al. 3.

¹⁴³⁶ Le droit se trouve neutralisé lorsque le consentement du sujet peut s'appuyer sur une pratique sociale bien établie, voire tolérée. On peut citer pêle-mêle la circoncision rituelle qui est admise (contrairement à l'excision), le tatouage et le *piercing*.

l'intervention du médecin. Tel est le cas des interventions mutilantes¹⁴³⁷, notamment des stérilisations de convenance, qui s'analysent comme des coups et blessures pénalement sanctionnés¹⁴³⁸. L'opération de changement de sexe ne paraît pas faire exception, dès lors que l'on considère que les juges exigent un motif thérapeutique, une "maladie"¹⁴³⁹ à traiter¹⁴⁴⁰.

Les moyens "conformes aux données acquises de la science"¹⁴⁴¹, pour reprendre une expression jurisprudentielle qui a connu quelques fluctuations sémantiques¹⁴⁴², sont une obligation complexe, pour ne pas dire ambiguë.

Tout d'abord, les "données acquises de la science" sont une notion difficile à appréhender pratiquement. Vingt-mille articles médicaux scientifiques sont publiés mensuellement dans le monde ! Qui peut imaginer que les professionnels de santé puissent vraiment en prendre connaissance ? En fait, la connaissance de ces données acquises de la science est une "exigence louable, mais en grande partie chimérique"¹⁴⁴³. On dira que c'est une fiction du droit, comme le célèbre "Nul n'est censé ignorer la loi". En tous cas la notion est plus accessible à un médecin qu'à un juriste et, en cas de procès, les experts jouent un rôle décisif. C'est ainsi qu'il faut être médecin pour

¹⁴³⁷ C.D.M., art. 41 : "Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans **motif médical** très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son **consentement**".

¹⁴³⁸ Cass. crim., 1^o juillet 1937, S. 1939, 1, 193, note Tortat, D.H. 1937 ; Cass. crim., 9 novembre 1961, Bull. crim., n^o 872, J.C.P. 1962, 12777, obs. R. Savatier ; Gaz. Pal. 1962, 1, 104. D'autant que la loi métropolitaine n^o2001-588 du 4 juillet 2001 sur les stérilisations non thérapeutiques n'est pas applicable au Territoire.

¹⁴³⁹ G. Mémeteau, *La liberté de prescription. La liberté thérapeutique du médecin*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", op. cit., fasc. 16 (4, 1999), p. 20.

¹⁴⁴⁰ 11 décembre 1992 (2 arrêts).

¹⁴⁴¹ Cass.civ., Dr. Nicolas c. époux Mercier, 20 mai 1936 (rejetant un pourvoi contre une décision d'Aix du 16 juillet 1931), S.1937.1.321 ; D.P. 1936, 1, 88. Depuis cette date, cette définition jurisprudentielle a été consacrée par le code de déontologie médicale de 1995 (art. 32).

¹⁴⁴² Certains jugements ont introduit l'expression de "données actuelles" qui a été écartée par un arrêt de la Cour de cassation de 2000 qui a qualifié cette notion d'"erronée" (Cass. civ. I, 6 juin 2000, Juris-Data n^o002337 ; JCP G 2001, II, n^o 10447, n^o 1, pp. 21 à 23, note G. Mémeteau ; Bull. cass. civ. I, n^o 176, Rap. Ann. C. cass. 2000, p. 380). La loi du 4 mars 2002 a substitué à cette expression celle de "données médicales avérées" (CSP, art. 1100-5), qui paraît inadaptée à des connaissances médicales toujours susceptibles d'être remises en cause, au fil des découvertes nouvelles. Ces variations sémantiques n'emportent pas une pleine conviction (et il est peu digne que la Cour de cassation qualifie d'erroné une conception qu'elle a utilisée pendant près de trente ans). Acquises, actuelles ou avérées, les données à respecter semblent celles admises par l'ensemble du corps médical.

¹⁴⁴³ D.Lecourt dir., "*Dictionnaire de la pensée médicale*", op. cit., v^o Décision médicale, p. 309.

être en mesure de dire qu'un syndrome de compression médullaire pour lequel était signalée une parésie exigeait de toute urgence une IRM¹⁴⁴⁴.

Mais à supposer que l'on puisse toujours déterminer juridiquement ces "données acquises de la science", qu'on ne peut certainement pas concevoir de manière figée, il faut rappeler que ce n'est pas en référence exclusive à celles-ci qu'agit un médecin. En effet, si un médecin doit en principe s'en tenir à des méthodes scientifiquement bien établies, exceptionnellement, il peut s'aventurer dans des domaines encore incertains de la thérapeutique et faire prendre des risques à la personne qu'il soigne, lorsque ceux-ci sont justifiés¹⁴⁴⁵. Et en pratique, bien souvent, le risque médical est "le corollaire inévitable des chances de guérison ou d'amélioration de l'état de santé" de la personne malade¹⁴⁴⁶. Malheureusement, ni l'obligation de soigner suivant "les données acquises de la science", ni la distinction entre le risque autorisé et le risque injustifié ne reposent sur des bases médicales aussi fermes qu'on pourrait l'imaginer de prime abord¹⁴⁴⁷. Et la frontière juridique entre les données acquises et celles qui ne le sont pas encore (ou qui ne le sont plus), comme la distinction entre la prise de risque justifiée et injustifiée, échappe à toute règle d'or. Seule la jurisprudence peut y apporter des réponses, au cas par cas, avec toutes les incertitudes qui peuvent en découler pour les justiciables. Il en résulte notamment qu'un praticien peut très bien être amené à mettre en jeu sa responsabilité civile et déontologique, en ayant jamais eu d'autre préoccupation que son devoir moral de médecin et la guérison de son patient.

En droit pénal, un certain nombre d'interdits concerne le médecin. L'élément essentiel est que le professionnel peut être condamné pour homicides, blessures ou mise en danger de la vie de son patient.

En droit administratif, des sujétions particulières pèsent sur les médecins, notamment en ce qui concerne le service de garde et des urgences. De manière générale, n'importe quel médecin peut être requis par l'autorité publique, sans qu'il importe de distinguer le professionnel libéral du praticien hospitalier. La réquisition est une

¹⁴⁴⁴ Crci/ Languedoc-Roussillon, 27 janvier 2004, n°03-13-00-057, R.G.D.M., n° 12, p. 292.

¹⁴⁴⁵ C. Evin, *"L'indemnisation des accidents médicaux"*, R.G.D.M. n° 6, Bordeaux, 2001, p. 84 ; G. Mémeteau, *"La nouvelle responsabilité médicale. Loi du 4 mars 2002 relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé"*, Journal de Médecine Légale Droit Médical, 2002, vol. 45, n° 6, p. 214.

¹⁴⁴⁶ D. Tabuteau, D. Véron, *"Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière"*, Berger-Levrault, Paris, 1995, préface M. Long, p. 16 ; G. Mémeteau, *"La nouvelle responsabilité médicale"*, op. cit., p. 214.

¹⁴⁴⁷ A. Atias, *"L'aléa thérapeutique, référence juridique ou réalité médicale ?"*, op. cit., p. 58.

injonction faite au médecin d'avoir à exécuter telle ou telle mission d'ordre médico-légal, pour un motif supérieur d'intérêt général. Son champ d'application est assez large (notamment en cas de grève des médecins ou des internes) et son manquement est sanctionné par une amende¹⁴⁴⁸. Le médecin requis ne peut se récuser qu'à titre tout à fait exceptionnel¹⁴⁴⁹. Réserve faite du secret professionnel (qui a valeur légale), la jurisprudence n'admet pas les refus motivés par des raisons éthiques ou déontologiques.

Dans ces conditions, on aurait pu imaginer d'examiner de manière successive les différents types d'obligations médicales et de les mettre en parallèle avec les différents types de responsabilité : obligations déontologiques & responsabilité disciplinaire, obligations civiles & tribunaux civils, obligations pénales & tribunaux criminels, obligations administratives & tribunaux administratifs. Mais une telle démarche, théoriquement justifiable, aurait conduit à des redites incessantes, car les mêmes actes peuvent s'analyser à la fois comme un manquement déontologique, une faute civile et une infraction pénale. Tel est le cas de la violation de l'obligation de secret qui illustre cette convergence pratique.

¹⁴⁴⁸ CSP, art. L. 4163-7. C. Pén., art. R. 642-1 : "Le fait, sans motif légitime, de refuser ou de négliger de répondre soit à une réquisition émanant d'un magistrat ou d'une autorité de police judiciaire agissant dans l'exercice de ses fonctions, soit, en cas d'atteinte à l'ordre public ou de sinistre ou dans toute autre situation présentant un danger pour les personnes, à une réquisition émanant d'une autorité administrative compétente, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 2e classe".

¹⁴⁴⁹ S. Gromb, *"Les médecins requis par l'autorité administrative"*, *"Droit médical et hospitalier"*, t. 3, fasc. 162 (4, 1996) très détaillé ; M. Harichaux, A. Monroche, *"Droit de la santé. Dictionnaire commenté"*, *op. cit.*, v° Médecin requis, pp. 154-155 pour un résumé.

CHAPITRE 2

DES OBLIGATIONS CONVERGENTES : L'EXEMPLE DU SECRET MEDICAL

(A. Leca)

À la différence du consentement du patient, tard venu dans le droit et la déontologie médicaux, le secret a toujours paru un aspect indispensable dans l'exercice de la médecine¹⁴⁵⁰. Mais cela ne signifie pas qu'il ait été univarié historique.

SECTION PRELIMINAIRE

L'EVOLUTION HISTORIQUE DE L'EXIGENCE DE SECRET DANS LE DOMAINE MEDICAL

(A. Leca)

Depuis longtemps¹⁴⁵¹, il est d'usage de le faire remonter au serment d'Hippocrate¹⁴⁵². Mais, à y regarder de près, il y a là une confusion, car ce texte fameux vise plutôt le secret de la vie familiale¹⁴⁵³. Il s'agit en effet de deux choses distinctes : dans le célèbre serment, on veut interdire au médecin de divulguer ce qui se sait à l'intérieur d'une famille et qui ne regarde pas les étrangers, alors que le secret médical proprement dit concerne essentiellement l'information médicale détenue par le médecin.

Chez Hippocrate, le secret est tout au plus une bonne précaution et non un devoir moral, encore moins juridique. "Le médecin doit se taire" et cela pour la même raison qui oblige d'avoir "le teint frais et de l'embonpoint", d'être "propre sur sa personne" et d'avoir "un vêtement décent". On ne lui porte pas d'ombrage s'il néglige ces règles, mais son succès professionnel s'en ressentira"¹⁴⁵⁴. "Il semble donc que le silence ait été instauré dans un souci de pragmatisme et

¹⁴⁵⁰ R. Villey, *"Histoire du secret médical"*, éd. Seghers, Paris, 1986.

¹⁴⁵¹ P. Zacchias, éd. cit. (1726), tit. I, lib. 6, qu. 3, 8.

¹⁴⁵² "Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, considérant que de telles choses sont secrètes".

¹⁴⁵³ M.D. Grmek, *"Histoire de la pensée médicale en Occident"*, op. cit., t. 1, p. 60.

¹⁴⁵⁴ M.D. Grmek, *"Le secret médical"*, Conc. méd., 1963, 4177, 4283, 4371.

beaucoup plus pour la renommée du médecin que dans l'intérêt du malade"¹⁴⁵⁵.

En France, sous l'Ancien Régime (c'est-à-dire avant la Révolution de 1789), la règle ne figurait pas dans les textes royaux¹⁴⁵⁶. Cependant, elle était connue et, conformément à l'éthique hippocratique, les médecins considéraient généralement qu'ils ne devaient pas divulguer les maladies de leurs patients "s'il n'était pas nécessaire de les dévoiler"¹⁴⁵⁷. Mais il n'est pas facile de donner à cette formule vague des contours précis.

On peut tout de même noter que l'idée selon laquelle le médecin ne devait pas divulguer à des tiers les "secrets" de ses patients, découverts à l'occasion de l'exercice de son métier, se retrouvait dans les statuts des facultés et des collèges de médecine. Ceux de la Faculté de Paris disposaient : "*Aegrorum arcana, visa audita, intellecta eliminat nemo*"¹⁴⁵⁸. En 1598, de nouveaux statuts pour la Faculté de Paris furent élaborés grâce à l'initiative du Cardinal d'Estouteville. Deux ans plus tard, on y joignit un supplément enregistré au Parlement, le 25 septembre 1600, où figure le secret médical : "*Art. XIX : Personne ne divulguera les secrets des malades qu'il aura saisis par la vue, l'oreille ou la pensée*".

Des décisions de justice moins anciennes témoignent d'un glissement, faisant passer sous le sceau du secret, la nature de la maladie qui ne devait pas être dévoilée à des tiers. C'est ainsi qu'une sentence du bailliage criminel d'Évreux du 14 août 1747, confirmée par arrêt du parlement de Rouen du 8 novembre suivant, interdit d'exercice pour six ans et condamna à douze livres d'amende, mille livres de dommages-intérêt un chirurgien d'Évreux, qui, dans une demande d'honoraires, signifiée par huissier, avait mentionné l'affection dont il avait traité un chanoine¹⁴⁵⁹.

La notion traditionnelle de secret médical se retrouve chez J. Verdier, le meilleur connaisseur du droit médical du XVIII^e siècle. D'après lui, "les secrets qui sont confiés aux Médecins sont des dépôts sacrés qui ne leur appartiennent point. La raison, la Religion et les statuts leur enjoignent de garder sur eux un silence inviolable ; et les

¹⁴⁵⁵ J.-M. Auby (éd. princeps par), "*Droit médical et hospitalier*", op.cit., D. Thouvenin, "*Le secret médical. Déontologie*", fasc. 10 (7, 1998), p. 2.

¹⁴⁵⁶ A. Trébuchet, "*Jurisprudence de la Médecine...*", op. cit., p. 274.

¹⁴⁵⁷ P. Zacchias, éd. cit. (1726), tit. I, lib. 6, qu. 3, 8 : *Medici, qui corporis morbis medentur, eos quibus fui aegroti afficiuntur, non debent, si patefacere eos non expedit, propalare.*

¹⁴⁵⁸ A. Trébuchet, "*Jurisprudence de la Médecine...*", op. cit., p. 275.

¹⁴⁵⁹ A. Trébuchet, "*Jurisprudence de la Médecine...*", op. cit., pp. 274-275 ; Étienne-Martin, "*Précis de déontologie et de médecine professionnelle*", Masson, Paris, 1923, chap.VII : Le secret médical, p. 70.

Cours souveraines ont puni très rigoureusement ceux qui ont trahi leur ministère par des indiscretions criminelles¹⁴⁶⁰.

En réalité, à cette époque, le conflit est patent entre la règle du secret et les exigences sécuritaires de l'État. En effet, obligation fut faite aux Chirurgiens et Barbiers "d'avertir le Prévôt de Paris des blessés qu'ils auraient pansés...le même devoir a été renouvelé pour les chirurgiens par un grand nombre d'ordonnances et des statuts qui leur enjoignent d'avertir les Commissaires du Châtelet des blessés qu'ils auraient pansés dans les vingt-quatre heures, sous peine d'amende et d'interdiction"¹⁴⁶¹.

Toutefois il n'était point interdit aux médecins de révéler les indices de crime qu'ils avaient découvert¹⁴⁶². En effet l'État monarchique introduisit des exceptions dans l'intérêt de l'ordre public : l'édit de 1666 qui visait les duels, alors prohibés, imposa ainsi aux chirurgiens de dénoncer les blessés "qu'ils auront pansés chez eux ou ailleurs" sous peine de deux cents livres d'amende pour la première infraction, l'interdiction de la maîtrise pendant un an pour la récidive et la privation de la maîtrise à la troisième violation de l'édit.

La législation d'Ancien Régime sur les limites posées au secret au nom de l'ordre public fut renouvelée pendant la Révolution et l'Empire¹⁴⁶³.

Le code pénal de 1810 qui pourtant faisait du secret des professionnels de santé une obligation légale¹⁴⁶⁴ contenait plusieurs dispositions¹⁴⁶⁵, abrogées en 1832¹⁴⁶⁶, imposant aux médecins de dénoncer les complots formés contre la sûreté de l'État et de révéler les crimes de fausse monnaie.

La même année 1832, au lendemain de l'émeute à laquelle donna lieu les funérailles du général Lamarque, le préfet de police de Paris imposa aux médecins de dénoncer tous les blessés par balle qu'ils pourraient soigner¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶⁰ J. Verdier, *"Essai sur la Jurisprudence de la Médecine en France"*, op. cit., p. 54.

¹⁴⁶¹ *ibid.*, pp. 288-289.

¹⁴⁶² Étienne-Martin, *"Précis de déontologie et de médecine professionnelle"*, op. cit., p. 275.

¹⁴⁶³ Ordonnances des 17 ventôse an IX, 16 mars 1805 et 26 août 1806.

¹⁴⁶⁴ C.P., art. 378 : "Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 à 500 fr." C'est la première fois qu'en France une loi consacrait le secret et réprimait sa violation.

¹⁴⁶⁵ C.P., art. 103, 136 et 137.

¹⁴⁶⁶ P. Vielvaure, *"Le droit pénal sous la Monarchie de Juillet"*, P.U. d'Aix-Marseille, 2001, p. 135.

¹⁴⁶⁷ J. Ruffié, J.-C. Sourmia, *"Les épidémies dans l'histoire de l'homme."*, 2^eéd., Flammarion, Paris, 1995, p. 138.

La loi de 1892 sur l'exercice de la médecine¹⁴⁶⁸ et plus encore la loi de 1902 sur la santé publique¹⁴⁶⁹ ont fait obligation aux médecins de déclarer certaines maladies contagieuses (fièvre typhoïde, variole, scarlatine, rougeole, choléra, peste, dysenterie...). Et certains auteurs hygiénistes (voire eugénistes) entendaient donner une grande extension à l'obligation du médecin d'informer les pouvoirs publics¹⁴⁷⁰.

Pourtant c'est surtout à cette époque que la représentation que nous nous faisons du secret professionnel émergea, avec notamment des auteurs comme le dr. P. Brouardel¹⁴⁷¹. Avec lui, le secret apparaît désormais comme un des principes fondamentaux de la médecine libérale et "l'expression de la relation duale et individualiste que le médecin entretient avec son malade. Pour bien le soigner, il faut que soit instauré et garanti un tête-à-tête que personne ne doit venir troubler"¹⁴⁷².

Le premier code de déontologie médicale (1941) ne comportait pas moins de dix-sept articles consacrés au secret médical.

Quoique enserré dans un cadre plus perméable aux pressions de l'État, le secret se retrouve jusque dans le Code professionnel des médecins allemands du 5 novembre 1937¹⁴⁷³.

Les codes de déontologie français de 1947, 1955, 1979 (art. 11) et 1995 (art. 4) seront plus modestes que celui de 1941, mais tous consacrent un article pour enjoindre aux médecins de respecter le secret médical.

D'ailleurs, le secret est devenu une composante essentielle dans la déontologie des différentes professions de santé¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁸ L. 30 novembre 1892, art. 15 : "Tout docteur, officier de santé, ou sage-femme est tenu de faire à l'autorité publique, son diagnostic établi, la déclaration des cas de maladies épidémiques tombées sous son observation et visées dans le §. suivant".

¹⁴⁶⁹ L. 15 février 1902, art. 4-5.

¹⁴⁷⁰ C. Valentino, *"Le secret professionnel en médecine"*, Paris, 1903 (tout entier consacré à sa réfutation).

¹⁴⁷¹ P. Brouardel, *"Le secret médical"*, 1887.

¹⁴⁷² J.-M. Auby (éd. princeps par), *"Droit médical et hospitalier"*, op.cit., D. Thouvenin, *"Le secret médical. Déontologie"*, fasc. 10 (7, 1998), p. 2.

¹⁴⁷³ E. Berg, *"Code professionnel des médecins allemands du 5 novembre 1937. Sa comparaison avec le Code de déontologie français du 1^{er} avril 1941"*, Thèse Médecine, Strasbourg, 1947 :

§.2. "Le médecin a le devoir de garder comme secret professionnel un secret qui lui fut confié ou dont il a pris connaissance dans l'exercice de sa profession, c'est à dire il a le devoir de se taire ou de ne pas révéler le secret sans autorisation. Le secret n'a pas été violé si dans le cas particulier, avant de le révéler le médecin en a été délié ou s'il le révèle dans le but d'accomplir un devoir de droit légal ou pour atteindre un autre but justifiable par le bon sens et si l'atteinte au droit commun le commande. Le médecin doit aussi garder le secret professionnel envers les membres de la famille. Il doit solliciter ses assistants et les personnes qui prennent part à l'activité professionnelle dans le but de se préparer à l'exercice de cette profession et à garder le silence professionnel".

Le législateur y voit lui-même un principe déontologique fondamental¹⁴⁷⁵. Le chapitre sur les droits de la personne qui ouvre la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades rappelle le "droit au respect de (la) vie privée et du secret des informations" concernant chacun¹⁴⁷⁶, ce qui va au delà des informations relatives à la santé du patient. Aujourd'hui, "le secret médical n'est plus essentiellement conçu comme une obligation pesant sur les professionnels de la santé, mais comme un droit du patient"¹⁴⁷⁷.

Par ailleurs, en Métropole¹⁴⁷⁸, il est pénalement sanctionné d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende, à laquelle peuvent s'ajouter des dommages et intérêts civils, ainsi qu'une sanction pénale qui peut aller du blâme à la radiation.

Pourtant l'unanimité ne prévaut pas forcément sur la question du fondement du secret (Section 1), qui a des incidences très importantes sur les règles juridiques applicables (Section 2).

¹⁴⁷⁴ D. n° 91-779 du 8 août 1991 portant code de déontologie des sages-femmes, art. 3 : "Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à toute sage-femme dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance de la sage-femme dans l'exercice de sa profession, c'est à dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'elle a vu, entendu ou compris".

D. n° 67-671 du 22 juillet 1967 portant code de déontologie des chirurgiens-dentistes, art. 5 : "Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du chirurgien dentiste dans l'exercice de sa profession, c'est à dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris".

D. n° 93-221 du 16 février 1993 relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières, art. 4 : "Le secret professionnel s'impose à toute infirmière ou infirmier et à tout étudiant infirmier dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'elle a vu, entendu ou compris".

D. n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, art. 4 : "Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est à dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris".

Sans qu'il faille en tirer de conséquences juridiques fortes (en raison du caractère général des dispositions pénales), on peut noter que le décret n° 96-879 du 8 octobre 1996 relatif à l'exercice de la profession de masseur-kinésithérapeute ne souffle mot du secret professionnel.

¹⁴⁷⁵ C. Séc. Soc., art. L. 162-2.

¹⁴⁷⁶ C.S.P., art. L. 1110-4 alinéa 1 / L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 3.

¹⁴⁷⁷ B. Mathieu, "*Les droits des personnes malades*", *Petites affiches*, 19 juin 2002, n° 122, p. 13.

¹⁴⁷⁸ En Nouvelle-Calédonie, on continue à appliquer l'article 378 de l'ancien Code pénal.

SECTION 1
LE FONDEMENT JURIDIQUE DU SECRET MEDICAL
 (A. Leca)

À la suite d'un certain nombre d'auteurs et en de ce que d'autres ont pu écrire, souvent avec talent et finesse¹⁴⁷⁹, il nous semble qu'une évolution historique est intervenue en la matière.

Dans le cadre de la conception qui a émergé au XIX^e siècle et marqué une bonne partie de la médecine libérale du XX^e, fortement marqué par le **paternalisme médical**, le secret est une obligation médicale absolue, qui doit garantir la confiance des malades dans les médecins¹⁴⁸⁰ : il se fonde sur le principe selon lequel le malade sait qu'il peut tout dévoiler à son médecin, car il a la garantie que rien de ce qu'il dira ne sera révélé à l'extérieur, sans qu'il importe ici de distinguer suivant qu'il se trouve dans une situation contractuelle libérale ou une position statutaire d'usager du service public hospitalier - d'autant qu'une telle conception pouvait aisément être transposée à d'autres professions qui impliquent que le public puisse s'adresser à eux sans craindre de divulgation, l'avocat et le prêtre par exemple¹⁴⁸¹.

D'où l'idée qu'il repose sur la notion d'intérêt et d'ordre public : "le commun intérêt de l'ensemble des malades et de la profession médicale impose au médecin le secret absolu sur ce qu'il a appris : cet intérêt dépasse celui, particulier, du malade individu et du praticien, n'appartient pas à ces derniers qui n'en peuvent donc disposer à leur gré"¹⁴⁸². C'est la conception classique admirablement

¹⁴⁷⁹ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", *op.cit.*, D. Thouvenin, "*Le secret médical. Déontologie*", fasc. 10 (7, 1998), pp. 4-5 explique que la distinction qui doit être introduite n'est pas historique mais typologique, au motif qu'il conviendrait plutôt de distinguer les procès criminels, dans lesquels il peut être question de savoir à quelle condition la violation du secret médical peut être poursuivie, des autres types de procès où le problème est souvent de savoir si le silence du médecin est justifié par le dit secret. Hélas, cette théorie n'est pas démontrée, car "compte tenu de la variété des situations, il nous a toujours semblé sage de ne pas tirer de conclusion hâtive" sur le fondement du secret.

¹⁴⁸⁰ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", *op.cit.*, D. Thouvenin, "*Le secret médical. Déontologie*", fasc. 10 (7, 1998), p. 3.

¹⁴⁸¹ E. Garçon, "*Code pénal annoté*", Larose, Paris, 1911, art. 378 : "le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur. Mais, ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient entourées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié".

¹⁴⁸² G. Mémeteau, "*Cours de droit médical*", *op. cit.*, éd. 2001, p. 216.

exprimée par Louis Portes : "le secret professionnel est...la pierre angulaire de l'édifice médical et il doit le rester parce qu'il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confiance et de confiance sans secret"¹⁴⁸³. Dans le cadre de cette conception, le secret échappe à la volonté du malade. Il appartient au médecin, parce qu'il a à charge les intérêts du "malade" de déterminer seul ce qui est bon pour ce dernier et, par voie de conséquence, ce qu'il peut entendre. C'est en ce sens qu'avait statué un arrêt criminel de 1947, souvent cité : "Cette obligation, établie pour assurer la confiance nécessaire à l'existence de certaines professions, s'impose aux médecins comme un devoir de leur état ; elle est générale et absolue et il n'appartient à personne de les en affranchir"¹⁴⁸⁴, même la personne par lui soignée. La règle figurait dans le code de 1941¹⁴⁸⁵. Certes elle a disparu dans les codes suivants¹⁴⁸⁶. Mais la jurisprudence judiciaire¹⁴⁸⁷ et disciplinaire¹⁴⁸⁸ l'ont durablement maintenue. Cette formule se retrouve encore dans des arrêts de la chambre pénale de la Cour de cassation en 1966 et 1967. Enfin cette manière de voir trouvait encore sa traduction dans l'article 42 de l'ancien code de déontologie de 1979¹⁴⁸⁹. Telle n'est plus la position du code actuel, qui pose dorénavant le principe que l'information est *due* par le médecin à son "patient"¹⁴⁹⁰ et ne reconnaît d'exception qu'à titre de motifs graves¹⁴⁹¹. La loi du 4 mars 2002 n'est pas revenue sur ce point¹⁴⁹².

¹⁴⁸³ L. Portes, "A la recherche d'une éthique médicale", pp. 131 ss.

¹⁴⁸⁴ Cass. crim., 8 mai 1947, D. 1948, 109, note Gulphe ; S. 1947, 1, 106 ; Bull. crim. n° 124.

¹⁴⁸⁵ "Le secret professionnel lie le médecin de manière absolue ; il n'appartient pas au client de l'en délier".

¹⁴⁸⁶ A un mot près (*malades* à l'article 11 du Code de 1979, *patients* en 1995) les deux derniers codes consacrent une règle similaire : "le secret professionnel, institué dans l'intérêt des (malades) (patients), s'impose à tout médecin, dans les conditions établies par la loi".

¹⁴⁸⁷ Cass. crim., 8 mai 1947, D. 1948, 109, note Gulphe ; S. 1947, I, 106 ; Bull. crim. n° 124 ; Cass.crim., 22 décembre 1966, D. 1967, 122, rapport Combaldieu ; Cass. crim., 27 juin 1967, D. 1967, somm. 115 ; Cass. crim., 5 juin 1985, Dalloz, 1986, I.R.120, note Pradel.

¹⁴⁸⁸ Sect. discipl. nat., 23 janvier 1991, Bull. Ordre, déc. 1992, p.171.

¹⁴⁸⁹ "Pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave. Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais la famille doit généralement en être prévenue, à moins que le malade n'ait préalablement interdit cette révélation, ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite".

¹⁴⁹⁰ C.D.M. 1995, art. 35, al. 1 : "le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension".

¹⁴⁹¹ C.D.M. 1995, art. 35, al. 2 : "toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le patient apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans

Autre est la **thèse individualiste**, qui a inspiré ce revirement. Elle voit dans le secret médical un droit subjectif du patient et, plus largement, un aspect des droits de l'individu à l'intimité de sa vie privée¹⁴⁹³. En effet, il est clair que vu sous cet angle le secret existe dans l'intérêt du patient qui a le droit d'être complètement informé sur son état. Cette vision s'est affirmée de manière croissante dans le dernier quart du XX^e siècle. C'est en ce sens qu'a statué le Conseil d'État¹⁴⁹⁴ et la chambre sociale de la Cour de cassation dès 1972¹⁴⁹⁵. L'obligation de secret n'interdit jamais la délivrance de certificat(s) à l'intéressé¹⁴⁹⁶, notamment en vue d'obtenir des avantages de la sécurité sociale, sous la seule réserve que ce certificat soit remis en mains propres, ainsi qu'il en résulte de l'interprétation faite par le Conseil de l'Ordre¹⁴⁹⁷ de l'article 76 du code de déontologie¹⁴⁹⁸. Telle aussi est l'approche de la Cour de justice des communautés européennes¹⁴⁹⁹ et celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁰⁰. En France, c'est l'affaire du "*Grand secret*" sur le cancer de la prostate du président Mitterrand révélé par le docteur Gübler¹⁵⁰¹,

l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination", précision apportée en raison du VIH.

Cet article (où il était encore question du "malade") représentait une solution de compromis, qui ménageait le pouvoir unilatéral d'appréciation du médecin.

¹⁴⁹² C.S.P., art. L. 1110-4.

¹⁴⁹³ Voir par ex. B. Beignier, "*Secret médical et assurance des personnes*", Dalloz, 1999, chr. 469.

¹⁴⁹⁴ C.E., 11 février 1972, Rec., p. 138 : "c'est du malade seul que dépend le sort des secrets qu'il a confiés à un médecin" (Voir également J.P. Alméras, H. Péquignot, "*Déontologie médicale, devoirs généraux des médecins*", dans J.-M. Auby (éd. princeps par), "*Droit médical et hospitalier*", fasc. 42 (7, 1998) p. 3.

¹⁴⁹⁵ Cass. soc. 1^o mars 1972, Bull. civ., V, 162 ; Gaz. Pal. 1973, 1, 22, note P.J. Doll : "L'obligation de respecter le secret médical est édictée en la matière dans l'intérêt du malade et elle ne saurait être opposée à celui-ci quand la détermination de ses droits dépend des renseignements recherchés".

¹⁴⁹⁶ C.E. 12 mai 1957, D. 1957, jurispr. p. 336 ; Cass. 1^o civ., 18 mars 1986, JCP G 1986, II, 20628.

¹⁴⁹⁷ S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 21.

¹⁴⁹⁸ C.D.M., art. 76 précisant que l'exercice de la médecine comporte normalement l'établissement de tels certificats. Ce texte ne souffle mot de la formalité de la remise en mains propres.

¹⁴⁹⁹ C.J.C.E., 5 octobre 1994.

¹⁵⁰⁰ C.E.D.H., 27 août 1997, D. 2000, jurispr. p. 521, note I. Laurent-Merle.

¹⁵⁰¹ C.A. Paris, 13 mars 1996, Gaz. Pal., 22-23 mars 1996, concl. Girardin ; C.A. Paris, 27 mai 1997, Dalloz, 1998, somm. 85, obs. Massip, retenant la violation du secret professionnel et de la vie privée, confirmé par Cass. 1^o civ., 14 décembre 1999, Jris-Data n^o 1999-004433 ; C.E., 29 décembre 2000, Juris-Data n^o 2000-061868, Petites Affiches 21 juin 2001, note D. de la Burgade, rejetant le pourvoi contre la décision du C.N.O.M. ayant radié le requérant du tableau de l'ordre.

qui a lié le secret médical et l'intimité de la vie privée, quels que soient le rang, la naissance, la situation de la personne. Aujourd'hui, ceci ne fait plus aucun doute depuis la loi du 4 mars 2002¹⁵⁰².

En droit strict, il n'est point de secret violé lorsque l'interrogation ne vise pas à dévoiler l'état de santé du malade : tel est le cas des données relatives à un nombre de malades consultés par un praticien ayant violé une clause de non-rétablissement¹⁵⁰³.

Cette analyse permet de comprendre le souci contemporain de couvrir de la "discretion"¹⁵⁰⁴ les données médicales informatisées relatives à la santé, qui ne relèvent pas obligatoirement du secret médical : d'où la loi du 1^o juillet 1994 instituant un comité sur le traitement de l'information en matière de recherche et consacrant l'intervention de la CNIL née de la loi de 1978. C'est là la réglementation actuelle du secret.

SECTION 2

LA REGLEMENTATION ACTUELLE DU SECRET

(A. Leca)

Son étude suppose celle de l'étendue du secret et celle des limites qui l'affectent.

§. 1 - L'étendue du secret

Un certain nombre de principes gouvernent l'extension donnée par le droit à l'exigence de secret.

La notion de secret sous-tend celle de données confidentielles, dont la confidentialité doit être préservée. En d'autres termes, il n'y a pas de violation si les faits rapportés sont notoires¹⁵⁰⁵ ou publics par essence¹⁵⁰⁶.

Le secret à préserver est un secret professionnel, lié à l'exercice de la relation professionnelle médecin-patient. Mais son étendue n'est pas appréciée de la même manière, suivant qu'on se place au plan éthique, déontologique, civil ou pénal.

¹⁵⁰² C.S.P., art. L. 1110-4 : "Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant".

¹⁵⁰³ Cass. civ., 31 mai 1988, Bull. I, n° 168, p. 116 ; Juris-data 002287.

¹⁵⁰⁴ G. Mémeteau, "*Cours de droit médical*", op. cit., éd. 2001, p. 220.

¹⁵⁰⁵ C.A. Orléans, 14 décembre 2000, Juris-Data n° 2000-151067 (état d'ébriété notoire de la personne visée).

¹⁵⁰⁶ C.A. Rennes, 18 mars 1999, Juris-Data n° 1999-125026 (absence de révélation d'un secret du fait de la communication d'un registre de naissance)..

Du point de vue de l'éthique médicale, le secret englobe toutes les choses découvertes "pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession", pour reprendre les termes du serment d'Hippocrate, "non seulement ce qui lui a été confié mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris". C'est également la position du *Code international d'éthique médicale* (1949) de l'*Association médicale mondiale* (AMM), qui dispose que "le secret absolu" s'impose au médecin "en tout ce qu'il sait de son patient, et ce même après la mort de ce dernier"¹⁵⁰⁷. C'est celle enfin des différents codes de déontologie. Au niveau déontologique et disciplinaire, le Conseil d'État a d'ailleurs sanctionné un médecin pour avoir communiqué des informations qu'il avait obtenu en qualité de parent (par alliance) de la personne lésée, qu'il n'avait jamais examiné¹⁵⁰⁸.

Cette conception large est parfois celle du juge civil¹⁵⁰⁹. Mais, en ce domaine, un grand nombre de décisions ont été plus restrictives et ont jugé que le secret médical ne pouvait pas recouvrir une information recueillie dans le cadre d'une relation amicale¹⁵¹⁰.

En droit pénal, cette incertitude se dissipe car le secret médical concerne les faits dont le médecin a eu connaissance dans l'exercice de sa profession¹⁵¹¹ et non, par exemple, en qualité d'ami de la famille¹⁵¹².

Ceci englobe ce qui lui a été confié et ce qu'il a découvert sans qu'on le lui ait révélé, aux termes d'une jurisprudence ancienne et constante¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁷ http://www.wma.net/f/policy/17-a_f.html En revanche, la "Déclaration de l'AMM sur la protection des intérêts du patient et le secret professionnel", adoptée par la 45^e assemblée Médicale Mondiale (Budapest, octobre 1998) est silencieuse sur cette difficulté.

¹⁵⁰⁸ C.E., 7 février 1994, Juris-Data n° 1994-040647, D. 1995, somm. p. 99, obs. J. Penneau ; voir aussi : J.P. Alméras, H. Péquignot, *"Déontologie médicale, devoirs généraux des médecins"*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 42 (7, 1998), p. 4 (Dans cette affaire, il s'agissait d'une femme médecin qui avait établi à l'intention de son frère en instance de divorce un certificat, rédigé sur son papier d'ordonnance, attestant que sa belle-soeur semblait présenter tous les signes d'une névrose hystérique, alors qu'elle ne l'avait pas reçue professionnellement, ni donc examinée).

¹⁵⁰⁹ Cass. 1^o civ., 14 décembre 1999, aff. Gubler préc.

¹⁵¹⁰ Cass. civ. 2^o, 6 juillet 1977, D. 1977, inf. rap. p. 493 ; 6 décembre 1978, J.C.P. G 1979, IV, 57 ; 6 décembre 1979, D. 1979, inf. rap. p.221.

¹⁵¹¹ C.P., art. 226-13 : "La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100.000 FF d'amende".

¹⁵¹² Cass., civ. 2^o, 6 juillet 1977, D. 1977, I.R. 493 ; Cass. 1^o civ., 15 janvier 1968, J.C.P. 1968, 15601 ; trib. corr. Lille, 4 avril 1952, J.C.P. 1952, 7055, obs. Colombini).

¹⁵¹³ Cass. crim. 19 décembre 1885, aff. Watelet, D.P. 1886, I, 347 ; Sirey, 1885, I, 121.

Ces faits doivent concerner des renseignements de type médical. En principe, le nom d'un client ou le montant des honoraires ne sont pas couverts par le secret¹⁵¹⁴.

On notera toutefois que le fait d'aller chez un psychiatre ou un obstétricien peut faire naître de fortes présomptions sur le but d'une visite et donc la situation d'un patient, à la différence d'une consultation chez un généraliste¹⁵¹⁵.

La jurisprudence n'est pas très ferme sur les informations à caractère péri-médical¹⁵¹⁶, ce qu'il faut déplorer car il s'agit incontestablement de données recueillies par le médecin à titre professionnel¹⁵¹⁷.

Du point de vue pénal, alors qu'en Métropole, le code actuel traite du secret professionnel en général¹⁵¹⁸, les textes anciens, toujours applicables en Nouvelle-Calédonie, visent seulement le secret médical¹⁵¹⁹. Mais une délibération de 1994 étend le respect de celui-ci au personnel des organismes de protection sociale et de la Direction Territoriale des Affaires Sanitaires et Sociales¹⁵²⁰. L'ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003, dans ses dispositions relatives à la Nouvelle-Calédonie, prend soin de préciser que le secret médical s'impose aux personnes placées sous l'autorité des médecins-conseils du service médical, aux membres de l'inspection générale des affaires sociales ainsi qu'aux agents investis d'une mission de contrôle relevant des services chargés de la santé en Nouvelle-Calédonie.

¹⁵¹⁴ C.E., 20 janvier 1959, D. 1960, jurispr. p. 157, note R. Savatier ; 12 janvier 1982, A.J.D.A. 1982, p. 375 ; 13 janvier 1999, Juris-Data n° 1999-050021 ; 20 janvier 1999, Juris-Data n° 1999-040347.

Cass. crim., 11 février 1960, J.C.P. G 1960.II.11604 ; 1° février 1977, Bull. crim. n° 40 ; 17 juin 1980, Gaz. Pal. 1981.1, jurispr. p. 201 ; 31 janvier 1995, Lexilaser cassation ; C.A. Paris, 23 octobre 1998, Juris-Data n° 1998-023289.

¹⁵¹⁵ S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 20.

¹⁵¹⁶ Une décision de la chambre criminelle de la cour de cassation n'a pas analysé comme une violation du secret le fait qu' à l'occasion d'une enquête sociale, un médecin ait décrit un père comme "un grand enfant" et un "père copain" (21 mars 2000, Juris-Data n° 2000-002021).

¹⁵¹⁷ Voir dans ce sens C.A. Aix-en-Pce, 22 mars 1999, Juris-Data n° 1999-040547 retenant la violation du secret médical relativement à une attestation établie par un médecin révélant le grand désordre régnant chez les époux et l'état d'anxiété du mari).

¹⁵¹⁸ C.P. 1994, art. 226-13 vise "la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une mission temporaire".

¹⁵¹⁹ anc. C.P. art. 378.

¹⁵²⁰ Délibération n° 490 du 11 août 1994 portant plan de promotion de la santé et de maîtrise des dépenses de soins sur le Territoire de Nouvelle-Calédonie, article 27,alinéa 5 (J.O.N.C., 13 septembre 1994, p. 3001).

L'exigence concerne également le médecin radié de l'ordre¹⁵²¹.

La violation du secret est sanctionnée, quelle que soit l'intention du divulgateur. Jusqu'à l'affaire Watelet en 1885¹⁵²², on admettait avec la Cour de cassation que "la révélation du secret n'était répréhensible que si elle avait été faite dans l'intention de nuire". Mais, depuis cette date, cet élément n'est plus indispensable. Peu importe le mobile du violateur -qui en l'espèce voulait rétablir la vérité¹⁵²³ - dès lors qu'il existe la volonté de révéler. Si la divulgation du secret résulte de la négligence du médecin dépositaire du secret qui a laissé traîner des papiers contenant ce secret l'infraction pénale n'est pas constituée¹⁵²⁴, ce qui ne signifie pas qu'aujourd'hui un tel praticien échapperait à des sanctions disciplinaires¹⁵²⁵. Sa violation expose son auteur à des dommages-intérêts, une sanction pénale et une sanction disciplinaire.

Il est parfois admis, notamment en matière disciplinaire, qu'il puisse se prévaloir de circonstances atténuantes, tel le désir de venir en aide à une famille, en révélant la séropositivité d'un de ses membres¹⁵²⁶.

A l'inverse, la violation du secret peut se faire avec des circonstances aggravantes : la divulgation à des "tiers absolus", la divulgation par intention lucrative (notamment aux médias). C'est dire que, pour préciser l'étendue du secret, il faut maintenant distinguer selon que l'on considère le patient ou des tiers.

¹⁵²¹ C.E., 17 juin 1998, Juris-Data n° 1998-043654.

¹⁵²² Cass. 19 décembre 1885, D.P. 1886, I, 347 ; Sirey, 1885, I, 121 ; Étienne-Martin, *"Précis de déontologie et de médecine professionnelle"*, op. cit., pp. 72-73.

¹⁵²³ Le docteur Watelet avait été accusé d'avoir envoyé le peintre orientaliste Bastien-Lepage à l'étranger pour dégager sa responsabilité. Pour se défendre, le médecin dut expliquer que était la nature du mal qui avait emporté son patient. Poursuivi par le ministère public, il fut condamné par le tribunal correctionnel de la Seine et la cour d'appel de Paris.

¹⁵²⁴ Trib. corr. Albi, 12 novembre 1954, D. 1955, somm. 48.

¹⁵²⁵ C.D.M., art. 72-73.

¹⁵²⁶ Cons. nat., 20 novembre 1991, Bull. Ordre, décembre 1992, p. 179 (un mois d'interdiction d'exercice).

Sous-paragraphes 1 - L'étendue du secret à l'égard de la personne soignée

Le secret existe principalement dans l'intérêt de la personne soignée¹⁵²⁷. Il s'agit de le protéger à l'égard des tiers. En d'autres termes, bien que la thèse inverse ait été initialement défendue¹⁵²⁸, le secret ne peut jamais être opposé au malade qui peut demander un certificat¹⁵²⁹. Comme le dit un jugement récent "le secret médical n'est pas un dogme absolu dans la mesure où, édicté dans l'intérêt du malade, il ne peut lui être opposé ainsi qu'à ses ayants droit quand la détermination de leurs droits dépend des renseignements recherchés"¹⁵³⁰. Le médecin qui opposerait l'obligation de secret à l'un de ses clients relativement à son état de santé commettrait d'ailleurs une faute professionnelle¹⁵³¹ et s'exposerait à voir sa responsabilité civile mise en jeu devant les tribunaux de droit commun.

Tout au plus peut-on indiquer que les notes personnelles du praticien sur ses patients n'ont pas en principe à être incluses dans le dossier du patient¹⁵³², dont la transparence doit être totale à l'égard de celui-ci.

Autre est la question de savoir si le médecin de ville doit tout révéler à son patient sur la gravité de son état. En effet, ce point est étranger au secret médical, qui ne peut jamais être brandi pour couvrir un tel silence. En principe le médecin doit l'information à la personne qu'il soigne, qui, dès avant la loi Kouchner de 2002, avait droit, par le truchement d'un autre médecin, à tout savoir sur santé et les soins qui lui ont été dispensés¹⁵³³. Depuis 2002, en Métropole¹⁵³⁴, et, depuis

¹⁵²⁷ Cass. 11 février 1972, J.C.P. 1973, 17363, obs. R. Savatier ; Dr. soc., 1972, 404, concl. Guillaume ; Gaz. pal., 1972, II, somm. 59 : "c'est du malade seul que dépend le sort des secrets qu'il a confiés à un médecin".

¹⁵²⁸ R. Villey, *"Déontologie médicale"*, Masson, Paris, 1982, pp. 41 ss.

¹⁵²⁹ C.A., Paris, 28 novembre 1963, Dalloz, 1964, somm. 43.

¹⁵³⁰ C.A. Rennes, 15 mars 2000, Juris-data n° 147284 ; JCP 2001 IV 2656.

¹⁵³¹ C.E., 12 avril 1957, R.F.D.A., 1957, 191, Dalloz, 1957, 336, concl. Gazier.

¹⁵³² C.S.P., art. L. 1111-7 al. 1 étendu à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit. 1°, chap.IV, art. 10 (J.O.R.F., 4 février 2003). Malheureusement la loi n'est pas très claire, d'autant que ces notes ont pu servir "à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement", ce qui les rendrait communicables (N. Vignal, *"L'accès au dossier médical"*, *Petites Affiches*, 19 juin 2002, n° 122, p. 20).

¹⁵³³ C.D.M., art. 45 : "Tout médecin doit, à la demande du patient ou avec son consentement, transmettre aux médecins qui participent à sa prise en charge ou à ceux qu'il entend consulter, les informations et documents utiles à la continuité des soins". Cette règle déontologique a son pendant en droit hospitalier. La loi n°91-748 du 31 juillet 1991 n'admet le droit du patient à l'information sur le contenu de son dossier hospitalier que par le truchement d'un médecin (C.S.P., anc. art. L. 1112-1 dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 mars 2002).

2003, en Nouvelle-Calédonie¹⁵³⁵, ce droit peut même s'exercer directement, sans la médiation d'un autre professionnel. Mais "le médecin ne peut imposer au sujet une révélation nuisible à sa vie, du moins à sa santé ou à son équilibre psychologique"¹⁵³⁶. La Cour de cassation a jugé qu'un chirurgien "avait pu légitimement considérer que l'état psychologique de sa malade et la nécessité de lui assurer tous ses moyens de lutte contre des périls immédiats en même temps que plus graves, commandaient de lui dissimuler, pendant les seize jours de l'hospitalisation, l'accident opératoire dont elle avait été victime" et qu'il "n'avait pas commis une faute en s'abstenant de tenir dame C. au courant de l'incident survenu au cours de l'opération"¹⁵³⁷. La loi du 4 mars 2002 consacre le droit d'être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf risque de transmission pour des tiers¹⁵³⁸. En fait, le problème n'a rien à voir avec le secret médical, il se rattache à l'obligation de prudence et de discrétion du médecin, consacrée par le code de déontologie¹⁵³⁹.

Partiellement applicable à la Nouvelle-Calédonie, la loi du 4 mars 2002 qui est à la base des solutions actuelles¹⁵⁴⁰, a simplifié les modalités d'accès aux données, en autorisant l'accès direct¹⁵⁴¹ sous

¹⁵³⁴ C.S.P., art. L. 1112-1 (non applicable à la Nouvelle-Calédonie). La communication des informations médicales définies à l'article L. 1111-7, partiellement étendu à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit. 1°, chap.IV, art. 10 (qui vise les 1°, 3°, 5° et 6° alinéas, ainsi qu'au 2° alinéa les mots : "Elle peut accéder à ces informations directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne et en obtenir communication") est effectuée au choix de la personne concernée, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne.

¹⁵³⁵ O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit.1°, chap. IV, art. 10 (J.O.R.F., 4 février 2003) : Toute personne "peut accéder à ces informations directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne et en obtenir communication".

¹⁵³⁶ G. Mémeteau, "*Cours de droit médical*", op. cit., éd. 2001, p. 223.

¹⁵³⁷ Cass., 1° civ., 14 février 1973, Gaz. Pal. 1973, I, 341, note P.J. Doll ; D. 1973, I.R. 86 ; Bull. civ., I, n° 55, p. 50.

¹⁵³⁸ C.S.P., art. L. 1111-2 (étendu à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit.1°, chap.IV, art.10). Cf C.D.M., art. 35, §. 2.

¹⁵³⁹ C.D.M., art. 42, al. 1 : "pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave".

¹⁵⁴⁰ L'état actuel du droit est à rechercher en effet dans la loi du 4 mars 2002 rendue partiellement applicable au Territoire par l'ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003, et le décret du 29 avril 2002 (D. n° 2002-637 du 29 avril 2002 relatif à l'accès aux informations personnelles détenues par les professionnels et les établissements de santé en application des articles L. 1111-7 et L. 1112-1 du code de la santé publique (J.O n° 101 du 30 avril 2002, p.7790), actuellement non encore applicable en Nouvelle-Calédonie, lesquels clarifient un certain nombre de points particuliers.

¹⁵⁴¹ C.S.P., art. L. 1112-1, al. 1. Certes ce passage du texte n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie, mais l'accès direct est possible sur le fondement de l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit.1°, chap. IV, art. 10 : la personne " peut accéder à

réserve d'exceptions limitées¹⁵⁴². En Métropole, à peu près¹⁵⁴³ comme la personne soignée elle-même, ses ayants droit¹⁵⁴⁴ intervenant en cas de décès peuvent exiger la communication *directe* d'un dossier médical hospitalier¹⁵⁴⁵, sauf volonté contraire préalable de la personne décédée¹⁵⁴⁶. Lorsque la personne soignée est mineure, les titulaires de l'autorité parentale peuvent, sur sa demande, se voir imposer un accès indirect, par l'intermédiaire d'un médecin. En Nouvelle-Calédonie, cette partie de la loi de 2002 a été en partie transposée en 2003¹⁵⁴⁷, mais on attend encore le décret¹⁵⁴⁸ qui permettra de préciser les modalités d'accès au dossier.

Le secret vise également la protection de tiers à la relation thérapeutique, qui ont des droits légitimes : ceux pour qui le patient a stipulé¹⁵⁴⁹, par exemple ses héritiers¹⁵⁵⁰ ou un autre médecin¹⁵⁵¹, désigné par le malade ou un de ses ayant droit en cas de décès¹⁵⁵².

ces informations directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne et en obtenir communication")

¹⁵⁴² C.S.P., art. L. 1111-7, al. 3 (applicable à la Nouvelle-Calédonie) et 4 (non-applicable au territoire).

¹⁵⁴³ L'article qui prévoit la communication aux ayants droit (C.S.P., art. L. 1111-7 applicable en Nouvelle-Calédonie) limite celle-ci aux éléments du dossier "nécessaires (à ces personnes) pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits".

¹⁵⁴⁴ Les concubins ou les signataires d'un Pacs ne semblent pas devoir faire partie des personnes ayant un accès au dossier médical en cas de décès (N. Vignal, "*L'accès au dossier médical*", *Petites Affiches*, 19 juin 2002, n° 122, p. 20 n. 17).

¹⁵⁴⁵ C.S.P., art. L. 1111-7 (applicable en Nouvelle-Calédonie).

¹⁵⁴⁶ G. Mémeteau, "*Cours de droit médical*", *op.cit.*, éd. 2001, p. 228 : "On peut se demander si cette manifestation anthume de refus n'a pas pour objet des droits -deux des héritiers - dont le *de cuius* n'est pas titulaire lui-même, et, donc, si l'intéressé peut priver ses ayants droit de leurs droits légitimes en mettant obstacle à l'obtention des informations. En outre, cette disposition, si elle devait être conservée telle quelle, ouvrirait la voie à des multiples fraudes présuccessorales, à des abus de la faiblesse du malade, à des dolos ou violences morales viciant la manifestation de volonté, même si elle s'inspire des données de la jurisprudence".

¹⁵⁴⁷ D'après l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, chap. IV, art. 10, le troisième alinéa de l'article L. 1111-7 (sur la présence d'une tierce personne lors de la consultation de certaines informations qui peut être recommandée par le médecin) est applicable au Territoire, mais pas le quatrième (concernant l'exercice de la psychiatrie).

¹⁵⁴⁸ D. n° 2002-637 du 29 avril 2002 relatif à l'accès aux informations personnelles détenues par les professionnels et les établissements de santé en application des articles L. 1111-7 et L. 1112-1 du code de la santé publique (J.O n° 101 du 30 avril 2002, p.7790), actuellement non applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁵⁴⁹ C.A. Paris, 2 février 1962, *Gaz. pal.* 1962, I, 289, *J.C.P.* 1962, 12622, obs. R. Savatier.

¹⁵⁵⁰ Les héritiers ont vocation à obtenir les certificats utiles à la réalisation des droits qu'ils tiennent du défunt, sauf opposition préalable de celui-ci ou "conflit avec le secret d'une personne autre que le défunt" (Cass. civ.1°, 22 janvier 1957, D. 1957.445, Note R. Savatier, *J.C.P.* 1957, 9818 ; *Gaz. Pal.*, 1957, I, 400 ; Cass. 1° civ., 13 octobre 1970, *J.C.P.* 1970, 4, 285, D. 1970, 765, concl. Lindon, *Gaz. Pal.* 1971, I, 11, *Bull. civ.*, I, 212 ; Ord. référés Angers, 1° avril 1993, *Gaz. Pal.*, 6-8 juin 1993, p.

Le patient est assez largement "maître du secret". Cette expression a l'avantage de traduire l'orientation générale qui est aujourd'hui celle de l'institution. Mais elle ne doit pas être prise au pied de la lettre, car, à y regarder de près, elle est excessive, lorsqu'on considère les limites qui affectent ce pouvoir de la personne soignée.

Certes, malgré une pratique médicale qui tend à ignorer le secret médical dans les relations entre médecins, il ne fait aucun doute que la personne soignée peut s'opposer à la circulation de l'information la concernant¹⁵⁵³. Sous réserve de l'éventuelle opposition de la personne visée, les médecins peuvent échanger des informations en deux hypothèses.

Tout d'abord, afin de garantir la continuité des soins, la circulation de l'information est possible entre le médecin traitant et le praticien appelé d'urgence¹⁵⁵⁴, le PH prenant en charge le malade hospitalisé¹⁵⁵⁵ ou le médecin des régimes obligatoires de protection sociale¹⁵⁵⁶.

Tous sont tenus au secret (même le médecin conseil d'une compagnie d'assurance à l'égard de celle-ci !) C'est la raison pour laquelle la validité des clauses de certains contrats d'assurance autorisant le médecin conseil à consulter lui-même le dossier hospitalier du malade pour sa compagnie est sujette à caution¹⁵⁵⁷, quoiqu'un arrêt semble avoir admis sa légalité¹⁵⁵⁸.

35 ; Conc. méd. 11 décembre 1993, 3709, obs. N. Loubry). Le décret n° 2002-637 du 29 avril 2002 relatif à l'accès aux informations personnelles détenues par les professionnels de santé (J.O. 30 avril) fait bénéficier de ses dispositions tout ayant droit en cas de décès de la personne.

¹⁵⁵¹ Cass. 11 février 1972, J.C.P. 1973, 17363, obs. R. Savatier ; Dr. soc., 1972, 404, concl. Guillaume ; Gaz. pal., 1972, II, somm. 59 : "Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en subordonnant à l'accord du malade intéressé la transmission au sieur B., ancien médecin du centre médical mutualiste de R., des fiches médicales à l'établissement desquelles ce dernier avait contribué, le sieur C., loin de méconnaître le secret médical, a pris la seule décision compatible avec le secret médical dont il était lui-même dépositaire ; que, dès lors, le sieur C. est fondé à soutenir qu'en lui infligeant une peine disciplinaire par le motif qu'il aurait enfreint les règles du secret médical, la section disciplinaire du CNOM a commis une erreur de droit".

¹⁵⁵² Décret n°2002-637 du 29 avril 2002 relatif à l'accès aux informations personnelles détenues par les professionnels de santé (JO 30 avril), art. 1°.

¹⁵⁵³ C.S.P., art. L. 1110-4, al. 3 (étendu à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit.1°, chap.IV, art.10).

¹⁵⁵⁴ C.D.M., art. 59.

¹⁵⁵⁵ C.D.M., art. 63.

¹⁵⁵⁶ C.D.M., art. 50.

¹⁵⁵⁷ En effet, déontologiquement le médecin habilité à consulter un dossier "doit remplir cette mission d'intermédiaire en tenant compte des seuls intérêts du patient et se récuser si les siens sont en jeu" (C.D.M., art. 46), ce qui paraît être le cas du médecin mandaté par la compagnie

¹⁵⁵⁸ C.A. Paris, 28 septembre 1988, D. 1989, somm. p. 319.

En second lieu, le secret peut être partagé au sein d'une équipe médicale¹⁵⁵⁹, par exemple à l'intérieur d'un établissement de santé, voire d'un centre mutualiste¹⁵⁶⁰, lorsque le suivi du malade nécessite un échange d'informations¹⁵⁶¹ entre professionnels de santé eux-mêmes soumise au secret vis-à-vis de l'extérieur. A contrario, s'il n'y a pas de nécessité thérapeutique l'information ne peut pas circuler¹⁵⁶². Et, en toutes hypothèses, le patient peut toujours faire opposition à celle-ci.

Lorsqu'une personne soignée demande à un médecin de communiquer une information médicale qui va lui permettre d'être indemnisé, le praticien doit s'incliner¹⁵⁶³.

Mais quand un patient demande à un médecin de venir divulguer en justice une information la concernant, on ne peut pas dire que sa volonté fasse loi. Si quelques rares arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation ont imposé au médecin le témoignage sollicité par son patient¹⁵⁶⁴, pour l'instant une jurisprudence constante de la chambre criminelle (de la Cour de cassation) considère encore que le médecin n'est pas tenu par la demande de son client, et peut, en invoquant le secret médical, refuser le témoignage sollicité¹⁵⁶⁵.

En revanche, il y a violation du secret lorsque le divulgateur communique à des informations à des tiers, fût-ce en justice "à des personnes elles-mêmes astreintes au secret professionnel, en l'absence de tout public présent à l'audience"¹⁵⁶⁶. Mais tous les tiers ne doivent pas être considérés indistinctement.

Sous-paragraphes 2 - L'étendue du secret à l'égard des tiers

¹⁵⁵⁹ Création jurisprudentielle (C.E., sect. Soc., 2 juin 1953, Bull. ordre méd., 1952-1953, p. 194), le secret partahe a été consacré par la loi du 4 mars 2002 (C.S.P., art. L. 1110-4 al. 3).

¹⁵⁶⁰ C.E., 11 février 1972, JCP G 1973, II, 17363, note R. Savatier.

¹⁵⁶¹ C.D.M., art. 64.

¹⁵⁶² C.A. Rennes, 8 juillet 1998, Juris-Data n°043940.

¹⁵⁶³ "La loi ne prévoyant pas que le patient doit être au préalable averti, il s'agit bien d'une absence d'opposition et non d'un véritable accord" (*"Dict. permanent Bioéthique et Biotechnologies"*, feuillet 31 (1^o février 2003), p. 2298)

¹⁵⁶⁴ Cass. civ., 16 juillet 1936, JCP G 1937, II, 18, note A. Perraud Charmentier ; Cass. soc., 1^o mars 1972, D. 1972, jurispr. p. 427, note M. Le Roy.

¹⁵⁶⁵ Cass. crim., 8 mai 1947, D. 1948, jurispr. p. 109 ; 22 décembre 1966, D. 1967, jurispr. p. 123 ; 5 juin 1985, D. 1988, jurispr. p. 106, jugeant conforme le refus de témoigner à l'article 6, §. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ; 16 décembre 1992, Bull. crim. n° 424 ; 8 avril 1998, Bull. crim., n° 138.

¹⁵⁶⁶ C.E., 23 avril 1997, dr. X : D.1997, IR 153 ; J.-M.Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, op.cit., D. Thouvenin, *"Le secret médical. Déontologie"*, fasc.10 (7, 1998), p. 15.

Il convient ici de distinguer d'une part les tiers liés au patient par des liens de famille et d'affection et ceux qui se situent hors de ce cercle, notamment les assureurs.

1 - L'étendue du secret vis-à-vis des tiers liés à la personne soignée par des liens familiaux ou affectifs

Il s'agit d'une part des proches du patient, par hypothèse majeur et capable, et des représentants légaux du patient mineur ou majeur incapable.

A - L'étendue du secret à l'égard des proches et des ayants droit du patient majeur et capable

Les proches et les ayants droit peuvent assurément être les mêmes personnes, mais ce n'est pas toujours le cas : les proches (parents) peuvent ne pas être appelés à succéder (c'est même la règle pour les ascendants en présence de descendants) et les ayants droit peuvent être des étrangers dont les droits reposent sur le testament du défunt qui les a discrétionnairement choisis pour des raisons d'ordre sentimental.

S'agissant des proches, dans une société dominée par la dilution des liens familiaux et la montée de l'individualisme, ils n'ont pas tout pouvoir sur l'intimité du sujet¹⁵⁶⁷. En effet, il faut savoir qu'hors les hypothèses de diagnostic grave et de décès, les proches n'ont pas à être informés et que nombre de condamnations pénales pour violation du secret médical concernent précisément des révélations inopportunes faites à l'entourage familial¹⁵⁶⁸.

Ainsi, dans une affaire jugée par le Tribunal de Première Instance de Nouméa, statuant en matière correctionnelle¹⁵⁶⁹, puis la Cour d'appel¹⁵⁷⁰, les magistrats ont eu à connaître d'un certificat médical remis à un sieur L., qui concernait son épouse et était ainsi rédigé : "Je soussigné, Docteur H., certifie avoir reçu le 11 février

¹⁵⁶⁷ C.A. Grenoble, 22 mai 1957, J.C.P. 1957, 10246 obs. R. Savatier : "L'héritier ne peut, dans son seul intérêt et sans faire état d'une autorisation expresse ou tacite du de cujus, utiliser une attestation par laquelle le médecin du défunt a caractérisé, d'après les observations faites sur lui, les données de son affection".

¹⁵⁶⁸ C.A. Caen, 3 juin 1999, Juris-Data n° 1999-109210 (production d'un certificat attestant du caractère dépressif de l'épouse au profit du mari dans une procédure de divorce ; C.A. Dijon, 18 novembre 1999, Juris-Data n° 1999-110424 (violation du secret médical au profit de la famille) ; C.A. Toulouse, 25 octobre 1999, Juris-Data n° 1999-045443 (violation du secret médical au profit de l'épouse) ; C.A. Paris, 25 novembre 1996, Juris-Data n° 1996-023550 (remise à la famille d'une attestation relevant l'I.V.G. subi par une patiente).

¹⁵⁶⁹ TPI Nouméa, 17 septembre 1999 (inédit).

¹⁵⁷⁰ C.A., ch. corr., Nouméa, 4 avril 2000, Docteur H. (inédit).

1999, madame L. Celle-ci présentait un état dépressif sévère qui a nécessité son hospitalisation au C.H.S. C'est M. L., l'époux, qui a lui-même insisté pour qu'elle vienne me consulter étant conscient du mauvais état de santé de sa femme. Il n'a également pas fait d'opposition lorsque le lui ai signifié qu'il fallait hospitaliser cette dernière au plus vite. Certificat rédigé à la demande de M. L. et remis en main propre à l'intéressé". La Cour d'appel y a vu une violation du secret et rappelé "qu'un médecin doit sans faillir, observer le secret médical à l'égard des tiers et ce, quelque soit le degré d'intimité entre les tiers et les patients du praticien"¹⁵⁷¹.

La loi indique seulement que, sauf opposition du patient, le médecin *peut* informer la famille, les proches ou une "personne de confiance"¹⁵⁷², "en cas de diagnostic ou de pronostic grave"¹⁵⁷³.

Il en va de même des ayants droit (successoral) en cas de décès "dans la mesure où des informations leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits", dès lors que le défunt n'a pas exprimé de volonté contraire¹⁵⁷⁴.

B - L'étendue du secret à l'égard des représentants légaux du patient mineur ou majeur incapable

Le droit français, tout comme le droit romain dont il est issu, distingue deux types d'êtres humains : les capables et les incapables, suivant que leur est reconnue ou niée l'aptitude à agir juridiquement par eux-mêmes. En droit civil, toutes les personnes sont capables et agissent par elles-mêmes, réserve faite des mineurs et des majeurs incapables qui ne peuvent intervenir sur la scène juridique qu'à travers leurs représentants légaux (parents, tuteurs ou curateurs). La bioéthique a obscurci cette distinction, en distinguant la capacité de droit (juridique) et la capacité de fait (mentale) ou "compétence"¹⁵⁷⁵ et en développant l'idée que les mineurs avaient une certaine maturité et les personnes souffrant de troubles mentaux un certain discernement les rendant "compétents" pour prendre un certain nombre de décisions les concernant. Des décisions ont été rendues souvent contestables et contestées, car la science n'offre pas de certitudes en la matière et certainement pas la possibilité de formuler une règle générale relative

¹⁵⁷¹ *Ibid.* (le médecin a été cependant dispensé de peine).

¹⁵⁷² C.S.P. art. L. 1111-6/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 11. Cf A. Gabriel, "La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades", P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2004.

¹⁵⁷³ C.S.P., art. L. 1110-4/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 3.

¹⁵⁷⁴ C.S.P., art. L. 1110-4, alinéa 7/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 3.

¹⁵⁷⁵ Avis n° 58 du 12 juin 1998 du C.C.N.E. "consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche", LC, n° 17, octobre 1998, pp. 3 ss.

à la "compétence". Tant qu'à aller dans cette voie, sous la pression sociale, il eut été préférable de créer (sur le modèle de la majorité sexuelle anticipée) une majorité médicale différente de la majorité civile, plutôt que de dénaturer des catégories juridiques claires. En effet, les mineurs sont aujourd'hui demandeurs d'une plus grande autonomie (sinon d'une plus grande responsabilité, comme en témoigne les réticences que soulèvent les projets d'abaissement de la majorité pénale).

Classiquement, dans le cadre d'une société à l'organisation familiale structurée, le mineur ne pouvait pas revendiquer le secret médical à l'égard de ses père et mère. Aujourd'hui dans une société où la cellule familiale est souvent relâchée, voire atomisée, le mineur a des droits à opposer à ses père et mère, parmi lesquels le respect de sa vie privée. En principe, le médecin ne viole pas le secret en les informant¹⁵⁷⁶. Cependant il est désormais des cas dans lesquels "l'incapable doué de discernement, avançant vers ce qu'on appelle une majorité médicale anticipée, est admis à revendiquer son silence"¹⁵⁷⁷. Tout d'abord depuis un quart de siècle, on considère qu'en matière de contraception¹⁵⁷⁸, de contraception d'urgence¹⁵⁷⁹ et d'I.V.G.¹⁵⁸⁰, la jeune fille pubère mais mineure a le droit au secret et celui de l'imposer au médecin. Par ailleurs la loi sur les droits des malades du 4 mars 2002 a consacré une extension considérable de cette prérogative. Désormais le mineur jouit de la possibilité générale de s'opposer "à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé"¹⁵⁸¹. S'il choisit un tel refus, parce qu'il ne veut pas que ses parents soient informés de sa santé (de sa grossesse, de sa séropositivité), le médecin doit s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation, mais s'il n'y parvient pas, il peut mettre en œuvre le traitement ou l'opération qui s'impose pour la sauvegarde de la santé. Mais "dans ce

¹⁵⁷⁶ S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 22.

¹⁵⁷⁷ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", *op.cit.*, D.Thouvenin, "Le secret médical. Déontologie", fasc.10 (7, 1998), p. 15.

C.S.P., art. L. 1111-4 al. 5, rendu applicable à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003 : "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".

¹⁵⁷⁸ L. n°74-1026, 4 décembre 1974, art. 2 (J.O.R.F., 5 décembre 1974).

¹⁵⁷⁹ C.S.P., art. L. 5134-1.

¹⁵⁸⁰ C.S.P., art. L. 2212-7.

¹⁵⁸¹ C.S.P., art. L. 1111-5 al. 1 rendu applicable à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003.

cas le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix"¹⁵⁸². Par ailleurs, le nouveau texte retient l'information de l'incapable majeur d'une manière adaptée à sa faculté de discernement¹⁵⁸³.

2 - L'étendue du secret à l'égard de l'assureur

L'assureur est-il un tiers avec des intérêts légitimes¹⁵⁸⁴ ? Assurément il peut exiger des informations médicales et si l'assuré s'est par avance contractuellement engagé à les lui fournir, il renonce alors au secret médical¹⁵⁸⁵. Un arrêt récent a confirmé cette situation : l'assureur peut subordonner sa garantie éventuelle à la production par l'assuré d'un certificat médical, indiquant "si possible" la nature de la maladie ayant entraîné le décès¹⁵⁸⁶. C'est d'ailleurs la solution la plus fréquente, car les assureurs insèrent le plus souvent une clause à cet effet dans leurs contrats¹⁵⁸⁷. Il faut ajouter que "le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre"¹⁵⁸⁸. Il en résulte que le professionnel des assurances peut faire vérifier l'exactitude des prétentions de l'assuré en recourant à une expertise médicale par un médecin-conseil¹⁵⁸⁹. Mais sa marge de

¹⁵⁸² C.S.P., art. L. 1111- 5 al. 1 rendu applicable à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003.

¹⁵⁸³ C.S.P., art. L. 1111-2 al. 5 rendu applicable à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003 : "Les intéressés 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".

¹⁵⁸⁴ Cf D. Thouvenin, "*Le secret médical. Droit pénal*" dans "*Droit médical et hospitalier*", op. cit., fasc. 11 (7, 1998) et S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 24 (avec sa bibliographie).

¹⁵⁸⁵ Cass. 1° civ., 3 janvier 1991, Lexilaser cassation ; J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", op.cit., D. Thouvenin, "*Le secret médical. Droit pénal*", fasc.11 (7, 1998), p. 36.

¹⁵⁸⁶ Cass. 1° civ., 29 octobre 2002, Gaz. Pal. Rec. 2003-4, pp. 2138-2143.

¹⁵⁸⁷ N'importe quelle clause n'est pas acceptable. L'assureur ne peut pas subordonner le remboursement des frais d'annulation d'un voyage en exigeant la production d'un certificat médical mentionnant **la nature et la gravité de la maladie** (Cass. 1° civ., 18 mars 1986 ; Bull. civ. I, n° 68).

¹⁵⁸⁸ C. des Assurances, art. L. 113-8.

¹⁵⁸⁹ Cass. 1° civ., 18 mars 1986, J.C.P. 1986, 20629, concl. Gulphe, Juris-data 00202. Voir aussi Cass. 1° civ., 7 décembre 2004, n° 02-12539 dans lequel la haute-instance relève que la Cour d'appel a estimé que "l'article L. 113-8 du Code des assurances (autorisait) l'assureur à demander une expertise médicale afin d'apporter la preuve de

manoeuvre est limitée, car, selon la judicieuse formule d'un auteur, le médecin-conseil, "avant d'être conseil de l'assureur est, avant tout, médecin"¹⁵⁹⁰. Et en effet, il commettrait une faute en violant le secret médical à la demande de la compagnie qui l'emploie, du fait de l'opposition de l'assuré ou de ses ayants droit¹⁵⁹¹. Tout au plus peut-il donner un avis à celle-ci quant à l'opportunité de couvrir la personne par lui examinée¹⁵⁹². Et un médecin traitant a fortiori ne doit pas divulguer des informations concernant son patient à un assureur. Le secret est un "empêchement légitime" qui peut même le conduire à refuser au juge civil la production que celui-ci viendrait à réclamer sans l'accord de la personne concernée ou de ses ayants droits¹⁵⁹³.

la mauvaise foi de l'assuré", sans se prononcer ensuite sur la valeur de l'argument (l'arrêt ayant été annulé sur d'autres bases)

¹⁵⁹⁰ B. Beignier, D. 1999, chr. p. 469.

¹⁵⁹¹ C'est le cas tranché par la Cour de cassation, dans son arrêt (précité) du 7 décembre 2004, n° 02-12539.

¹⁵⁹² Rapport annuel de la Cour de cassation pour 1999, La Documentation française, Paris, 2000, p. 405.

¹⁵⁹³ Voir Cass. 1° civ., 7 décembre 2004, n° 02-12539.

Dans un premier temps, la haute-instance commence par récapituler les arguments des juges du fonds en relevant que ceux-ci n'ont pas analysé le secret comme un "empêchement légitime" leur permettant de ne pas communiquer le dossier de l'assuré défunt : "l'arrêt attaqué énonce que l'article 10 du Code civil confère une base législative aux textes réglementaires du nouveau Code de procédure civile relatifs à la production forcée des pièces détenues par une partie ou un tiers, sauf empêchement légitime, que le secret médical ne constitue pas un empêchement légitime lorsqu'il tend à faire échec l'exécution de bonne foi d'un contrat, que les dispositions de l'article L. 113-8 du Code des assurances autorisent l'assureur à demander une expertise médicale afin d'apporter la preuve de la mauvaise foi de l'assuré, preuve qui ne peut résulter par hypothèse que de la levée indispensable du secret médical, s'agissant de la révélation d'un état de santé de l'assuré antérieur à la souscription du contrat, dont peut dépendre la solution du litige engagé au fond, que la résolution d'un conflit entre deux intérêts également protégés par la loi, impliquait soit la prévalence de la manifestation de la vérité sur le secret, soit la renonciation du demandeur à revendiquer le bénéfice d'un contrat dont la validité est nécessairement subordonnée à la manifestation de cette vérité, sauf à priver les dispositions des articles 1134 du Code civil et L. 113-8 du Code des assurances de tout effet, que la protection du secret est au demeurant assurée dans le cas d'espèce, tant par la désignation d'un expert judiciaire, astreint à la même déontologie professionnelle que le médecin traitant que par l'article 247 du nouveau Code de procédure civile prévoyant que l'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de l'instance sauf avec l'autorisation du juge ou le consentement de la partie intéressée, que l'accord des ayants droits n'est pas nécessaire à la levée du secret médical lorsque la production est ordonnée pour les besoins de l'expertise judiciaire et que l'AP-HP n'est pas fondée à invoquer un empêchement légitime pour refuser de déférer à l'injonction".

Mais la Cour de cassation, qui a finalement cassé et annulé l'arrêt litigieux dans toutes ses dispositions, a jugé "que si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa

Étant précisé que, du point de vue théorique il faut rappeler que "l'invocation par une partie du secret médical attaché à une attestation produite en justice n'est pas recevable lorsqu'il s'agit, non de protéger un intérêt légitime, mais de faire écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions"¹⁵⁹⁴ et que, de manière pratique, le juge peut tirer *toutes* les conclusions d'un refus obstiné du défendeur¹⁵⁹⁵.

Deux situations délicates pour l'assureur sont susceptibles de se produire après un accident.

Tantôt l'assureur ne parvient pas à accéder à l'information. En effet, l'assuré ou l'ayant-droit de l'assuré peut avoir un intérêt moral légitime à ne pas divulguer l'information couverte par le secret. Au début des années 90, l'assureur ne pouvait y faire obstacle, sauf s'il apparaissait que le silence de l'assuré ou de son ayant-droit a pour but de faire écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions¹⁵⁹⁶. Aujourd'hui, il doit respecter l'exigence de secret, quitte à faire comprendre au tribunal que son souci de transparence et la volonté contraire de l'assuré doivent conduire celui-ci à en tirer les conclusions qui s'imposent, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation.

Tantôt l'assureur détient l'information, il sait ainsi que l'assuré lui a sciemment dissimulé la réalité de son état de santé. Au début des années 90 encore, la jurisprudence a admis que l'assureur obtienne du médecin traitant d'un assuré précédé la preuve de la mauvaise foi de celui-ci, car il suivait un traitement médical dont il n'avait pas informé son assureur et l'attitude du médecin n'avait pas été regardée comme violant son obligation de secret¹⁵⁹⁷. Mais ce n'est plus vrai aujourd'hui. Deux exemples de la fin des années 90, l'illustrent. Le premier est celui d'une compagnie qui avait produit en justice des informations médicales obtenues par son médecin-conseil, lequel les

mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un établissement de santé à lui transmettre des informations couvertes par le secret sans l'accord de la personne concernée ou de ses ayants droits, le secret médical constituant un empêchement légitime que l'établissement de santé a la faculté d'invoquer ; qu'il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier, en présence de désaccord de la personne concernée ou de ses ayants droit, si celui-ci tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance".

¹⁵⁹⁴ Cass. 1^o civ., 19 novembre 2002, n^o de pourvoi : 01-00030.

¹⁵⁹⁵ Cass. 1^o civ., 15 juin 2004, n^o de pourvoi : 01-02338 et Cass. 1^o civ., 7 décembre 2004, n^o de pourvoi : 02-12539 : "il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier, en présence de désaccord de la personne concernée ou de ses ayants droit, si celui-ci tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance".

¹⁵⁹⁶ Cass. 1^o civ., 3 janvier 1991, Resp. civ. et assur., 1991, comm.116, Cass. 1^o civ. 9 juin 1993, Bull. civ. I, n^o214 ; Resp. civ. et assur. 1993, comm. 348.

¹⁵⁹⁷ Cass. 1^o civ. 9 juin 1993, n^o 91-16.067, Queroy-Troalen, Bull. civ. I, n^o214 ; Resp. civ. et assur. 1993, comm. 348.

avait acquises du médecin traitant de l'assuré. Les juges du fond ont écarté des débats ces informations réunies à l'insu de l'assuré et sans son accord¹⁵⁹⁸. Dans une seconde affaire, c'est la veuve d'un assuré qui s'était laissé convaincre d'envoyer une lettre confidentielle au médecin-conseil de la compagnie, lequel l'avait transmise aux services administratifs de sa société ; là encore, le document a été retiré du dossier¹⁵⁹⁹. C'est là l'état des solutions actuelles, qui s'appliquent sauf bien si l'assuré ou son ayant-droit s'abstenait de contester la production d'une information aussi irrégulièrement obtenue¹⁶⁰⁰. En d'autres termes, l'assureur peut détenir des informations sur l'état de santé de l'assuré dont il ne peut pas user librement en justice. En effet, même valablement informé sur l'état de santé de son assuré, le professionnel des assurances n'a plus tous les droits sur cette information. En effet, la compagnie d'assurance ne peut produire les pièces médicales couvertes par le secret (à la différence de l'assuré qui peut prendre une telle initiative). Une possibilité s'offre à elle : réclamer au tribunal la nomination d'un médecin expert, qui peut consulter tous les dossiers médicaux et entendre les praticiens consultés¹⁶⁰¹, à la condition que ceux-ci ne se considèrent pas comme liés par le secret médical¹⁶⁰². L'expert n'est pas tenu au secret vis-à-vis

¹⁵⁹⁸ Cass. 1^o civ. 6 janvier 1998, n^o 96-19.902 et 96-16.721, Bull. civ. I, n^o 312 (approuvant les juges du fond).

¹⁵⁹⁹ Cass. 1^o civ. 12 janvier 1999, n^o 96-20.580, J.C.P. éd. G 1999, II, n^o 10025, rapp. P. Sargos, D. 1999, somm. p. 381, obs. J. Penneau. Voir également : Cass. crim., 8 avril 1998, n^o 97-83.656, D. 1999, somm. P. 381, obs. J. Penneau.

¹⁶⁰⁰ Cass. 1^o civ., 27 janvier 2004, n^o de pourvoi : 00-19402 : "attendu que M. Y... n'a pas invoqué la violation du secret médical, ne peut se plaindre de ce que la cour d'appel se soit prononcée au vu d'un certificat médical dont l'irrégularité n'était pas invoquée devant elle..."

¹⁶⁰¹ V. par ex. C.A. Poitiers, 9 février 1993, Rev. jur. Centre-Ouest, 12, 1993, 226, obs. G. Mémeteau et Cass. 1^o civ., 14 mars 2000, n^o 97-21.581, Bull. civ. n^o 87 où pourtant l'intéressé soutenait que l'accès du médecin expert au dossier médical était subordonné au consentement du patient concerné.

¹⁶⁰² En particulier parce que le patient n'a pas autorisé son médecin traitant à divulguer de telles informations. Il faut imaginer que c'est là un des "empêchements légitimes" qu'évoque le code de procédure civile (art. 11). Mais la possibilité d'opposer un refus à un médecin expert n'est pas une faculté admissible sans restriction, car elle se heurte au droit à la preuve. D'où trois limitations :

En matière civile, la Cour de cassation a jugé que le médecin traitant devait informer le médecin expert lorsque le patient concerné n'était pas partie à la procédure, à charge pour le juge de "prescrire les mesures efficaces pour éviter la divulgation de l'identité des malades" (Cass. 1^o civ., 18 mars 1997, J.C.P. G 1997, II, 22829, rapp. P. Sargos, D. 1997, somm. p. 315).

Par ailleurs, en matière pénale, si le secret médical est opposé à l'expert mandaté par le tribunal, celui-ci peut prescrire une mesure de saisie des documents médicaux et notamment du dossier médical de l'intéressé, à de strictes conditions (C.P.P., art. 56-3).

Enfin, dans le cadre de l'indemnisation amiable des accidents médicaux mise en place par la loi Kouchner, le nouvel article L. 1142-12 al. 5 C.S.P. dispose que le

du magistrat qui l'a mandaté. Il ne peut être condamné pour violation du secret professionnel, parce qu'il n'est pas dans la position de depositaire mais dans celle d'un professionnel "mandaté par un tribunal"¹⁶⁰³, ou, si l'on préfère, "investi d'une mission de justice"¹⁶⁰⁴. Mais si son expertise dépasse le champ qui lui a été assigné¹⁶⁰⁵, il engage inévitablement sa responsabilité. Ce cas particulier nous invite à aborder l'examen des limites affectant l'exigence légale de secret.

§. 2 - Les exceptions et les atténuations à la règle du secret

Le droit limite l'étendue du secret par des exceptions (ne requérant pas l'assentiment de la personne soignée) et des atténuations (qui supposent la permission expresse de celle-ci).

Sous-paragraph 1 - Les exceptions à la règle du secret

Elles concernent différents domaines, principalement la santé publique, les intérêts légitimes des tiers et la protection des intérêts fiscaux de l'État. Les unes ont été instaurées dans l'intérêt prépondérant du patient, les autres dans l'intérêt de la collectivité. Toutefois, plutôt que d'adopter l'un ou l'autre de ces deux plans, pourtant éclairants sur les raisons qui ont conduit à forger ces dérogations, on choisira de reprendre ici une présentation technique, qui a l'avantage de bien distinguer les exceptions imposées au médecins et les divulgations qu'ils sont autorisés à faire sans y être tenu.

1 - Les exceptions à la règle du secret imposant au médecin de communiquer l'information

Elles font obligation au médecin de communiquer un certain nombre d'informations sans solliciter le consentement de quiconque. Leur domaine est extrêmement divers et se dérobe à toute

collège d'experts ou l'expert nommé par la commission régionale d'indemnisation "peut effectuer toute investigation et demander aux parties et aux tiers la communication de tout document sans que puisse leur être opposé le secret médical ou professionnel".

¹⁶⁰³ S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 25.

¹⁶⁰⁴ D. Thouvenin, *"Le secret médical. Droit pénal"* dans *"Droit médical et hospitalier"*, op. cit., fasc. 11 (7, 1998), p. 35.

¹⁶⁰⁵ C.D.M., art. 108, al. 1 : "Dans la rédaction de son rapport, le médecin expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées. Hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise".

généralisation théorique, dans la mesure où ces exceptions répondent à des objectifs aussi bien sanitaires qu'extra-sanitaires (bonne gestion administrative, intérêts fiscaux de l'État).

Le médecin doit **déclarer les naissances et les décès**¹⁶⁰⁶ **afin de contribuer à une bonne gestion des services de l'état civil**. D'autant que de tels faits ne peuvent jamais être couverts par le secret.

Il doit rédiger un certain nombre de certificats comportant par nature des indications de nature à violer le secret médical : tel est le cas pour les internements psychiatriques¹⁶⁰⁷ ainsi que pour les accidents du travail et les maladies professionnelles¹⁶⁰⁸.

Le secret a évidemment pour limite **les impératifs publics de santé**. Dans le cadre de la lutte contre les épidémies et les fléaux sociaux, **des déclarations obligatoires** sont imposées en médecine, avec un régime plus ou moins rigoureux.

Curieusement, la rigueur varie moins en fonction de la dangerosité sanitaire et sociale que du contexte culturel dans lequel les textes concernés ont été pris. Cette différence d'ordre historique explique le gouffre qui sépare la législation contre la syphilis dans les années 30 et 40, encore dominée par des préoccupations hygiénistes et autoritaires¹⁶⁰⁹, à celle concernant le sida¹⁶¹⁰, empreinte d'un individualisme qui après-coup ne manquera pas de frapper les historiens.

Ce clivage dépasse d'ailleurs le problème du secret et on le retrouve à propos de l'obligation de soins. Certaines maladies sont soumises à vaccination obligatoire (diphthérie, tétanos, poliomyélite, para-typhoïde) c'est-à-dire à un régime contraignant¹⁶¹¹ dont le non-respect demeure sanctionné¹⁶¹². Mais en dépit de son caractère épidémique, le "fléau social"¹⁶¹³ qu'est le sida n'impose pas à celui qui en est atteint des soins obligatoires¹⁶¹⁴. Et lorsqu'il n'y a pas de risque

¹⁶⁰⁶ C. civ. art. 56 et 78.

¹⁶⁰⁷ C.S.P., art. L. 3212.

¹⁶⁰⁸ C.S.S., art. L.461-5.

¹⁶⁰⁹ De très nombreux textes établissent à cette époque un contrôle sanitaire strict qui obligeait les médecins à des déclarations qui respectaient à peine le secret professionnel. Il suffisait de simples présomptions pour obliger toute personne à fournir un certificat médical constatant qu'elle n'avait pas pu communiquer de maladie vénérienne (Loi du 24 avril 1946, décret du 25 novembre 1947). Ce régime a été aujourd'hui légèrement assoupli (Ordonnance du 25 novembre 1960).

¹⁶¹⁰ *Infra* note n° 780.

¹⁶¹¹ C.S.P., art. L. 3111-1 à 3.

¹⁶¹² J. Moreau, D. Truchet, "*Droit de la santé publique*", Dalloz, Paris, 5^e éd. 2000, p. 225.

¹⁶¹³ C.S.P., art. L. 3121-1 et 2.

¹⁶¹⁴ La loi du 27 janvier 1993 sur les tests de dépistage repose sur des bases volontaristes : les futurs conjoints et même la femme enceinte se voient simplement "proposer" un examen sur ce virus mortel. Ce n'est qu'en cas de don de sang que le dépistage s'avère obligatoire. Par ailleurs, il a fallu de longues années pour que la

de contagion, la place laissée à l'auto-disposition s'accroît. Aujourd'hui, on estime par exemple que le patient (fut-il ignorant) est une personne responsable qui doit être mis dans la condition de pouvoir choisir personnellement et de ne pas subir les décisions et les choix des autres (fussent-ils des médecins). En clair, il peut refuser les soins¹⁶¹⁵. En revanche si ce refus se fonde sur l'obscurantisme religieux, le point de vue du patient est délégitimé, par exemple pour les "Témoins de Jéhovah" qui s'opposent à la transfusion sanguine¹⁶¹⁶.

- les déclarations des maladies contagieuses concernent des maladies justiciables de mesures exceptionnelles au niveau national ou international (par exemple le choléra, la peste, la fièvre jaune) et celles justiciables de mesures à prendre au niveau local (tuberculose, tétanos, suspicion de maladie de Creutzfeld-Jacob, sida déclaré).

- les déclarations des maladies vénériennes sont théoriquement obligatoires. Mais ce n'est que dans l'hypothèse où le malade refuse de se faire soigner¹⁶¹⁷ ou fait courir un risque grave de contagion à un ou plusieurs tiers¹⁶¹⁸ que le médecin fera une déclaration nominative. Le régime du sida est à mettre à part. Il n'existe en la matière ni obligation de dépistage, ni obligation du médecin de révéler la séropositivité d'un patient aux personnes qu'il serait susceptible de contaminer. Il y a là un conflit de norme entre l'exigence de secret et celle de l'obligation de secours. Il faut louer les magistrats qui l'ont

séropositivité VIH (virus de l'immunodéficience humaine) figure parmi la vingtaine de maladies transmissibles à notification obligatoire fixées par le décret du 10 juin 1986, puisque l'obligatorité de la déclaration de l'infection n'a été introduite que par un décret du 6 mai 1999, très contesté dans la mesure où il ne garantissait pas l'anonymat des personnes concernées. Aujourd'hui seule la maladie est déclarée, pas le nom de la personne atteinte. Avant cette date, tout au plus peut-on indiquer que la jurisprudence avait exigé que la séropositivité soit déclarée aux assureurs au moment de conclure un contrat d'assurance décès et invalidité (Cass., 7 octobre 1998). Même sous l'empire du texte de 1989, la législation en la matière reste beaucoup moins contraignante que celle qui concerne les maladies vénériennes, dominée par le système de la déclaration et du traitement médical obligatoires (Code de la santé publique, art. L. 255 à L. 311). Et pourtant, à cette époque, la France occupait la première place en Europe par le nombre absolu de cas de sida avérés, qui plus est en progression constante (M.D. Grmek, *"Histoire du sida"*, 2^oéd., Payot, 1995, pp. 371-372).

¹⁶¹⁵ Code de déontologie médicale (1995), art. 36.

¹⁶¹⁶ "L'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer...trouve...sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, c'est à dire en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu" (C.A.A. Paris, 9 juin 1998, Mme Donyoh et Mme Senanayake ; D. 1999, p. 279, note G. Pélissier ; R.F.D.A. 1998, p. 1231, concl. M. Heers ; RDP 1999, p. 235, note J.-M. Auby ; *Petites Affiches*, 23 avril 1999, n° 99, note G. Mémeteau). Le Conseil d'État a lui-même fait prévaloir le devoir de soigner (C.E. ass. 26 octobre 2001, Mme X, R.D.S.S. 2002, 41, note L. Dubouis, JCP 2002, II, 10025, note J. Moreau, Dr. Adm., 2002, comm. 40, note E. Aubin).

¹⁶¹⁷ C.S.P., anc. art. L. 259 al. 1.

¹⁶¹⁸ C.S.P., anc. art. L. 259 al. 2.

résolu en choisissant de privilégier l'obligation d'assistance à personne en péril.

- les déclarations des maladies professionnelles est également soumise à l'obligation¹⁶¹⁹. La liste en est annexée à l'article D. 461-1 du CSS et c'est à l'inspecteur du travail qu'est transmise ladite déclaration.

- s'agissant des maladies mentales, lorsque la personne est soignée dans un établissement psychiatrique¹⁶²⁰, le médecin qui constate que cette personne a besoin d'être protégée dans les actes de la vie civile par une mesure de sauvegarde de justice est tenu d'en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement, le haut-commissaire devant être informé par le procureur.

- les déclarations obligatoires dans le cadre de la surveillance des enfants en bas âge concernent "la surveillance de la croissance saturo-pondérale et du développement physique, psychomoteur et affectif de l'enfant ainsi que le dépistage précoce des anomalies ou déficiences et la pratique des vaccinations"¹⁶²¹. Les certificats sont adressés au médecin responsable du service de la protection maternelle et infantile¹⁶²².

Relativement aux données sanitaires, il faut aussi compter avec l'informatisation croissante. En Métropole, l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 a repris le thème du carnet de santé¹⁶²³, contenant "la mémoire" de la santé de chaque patient. Certes ce carnet devait être détenu par le patient¹⁶²⁴, il lui appartenait, mais il devait, sauf urgence, le présenter au praticien qui portait les constatations. La mention de celles-ci souffrait deux réserves : l'une implicite, procédant du "privilège thérapeutique"¹⁶²⁵, l'autre explicite provenant de la possible opposition du sujet qui pouvait refuser la mention sur le carnet de santé des constatations qualifiées de "pertinentes pour le suivi médical du patient"¹⁶²⁶. Ce carnet pouvait être également remis au médecin-conseil de l'organisme d'assurance maladie dont dépend l'intéressé¹⁶²⁷. Mais pas à l'employeur, aux médecins des compagnies d'assurance ni même aux médecins du travail¹⁶²⁸. Il a été diffusé par l'UNCANSS dans le courant du second semestre 1996. Mais, bien qu'il ait été présenté comme obligatoire pour chaque visite

¹⁶¹⁹ C.S.S., art. L. 461-6.

¹⁶²⁰ C.S.P., anc. art. L. 331 et L. 332.

¹⁶²¹ C.S.P., anc. art. L. 164.

¹⁶²² C.S.P., anc. art. L. 165.

¹⁶²³ C.S.S., art. L. 162-1-1 à L. 162-1-6 et R. 162-1-1

¹⁶²⁴ C.S.S., art. L. 162-1-1 à L. 162-1-5 (Ord. du 24 avril 1996).

¹⁶²⁵ C.S.S., art. L. 162-1-2.

¹⁶²⁶ C.S.S., art. L. 162-1-4.

¹⁶²⁷ C.S.S., art. L. 162-1-1 (Ord. du 24 avril 1996).

¹⁶²⁸ C.S.S., art. L. 162.1.2.

médicale¹⁶²⁹, il n'a jamais été vraiment utilisé et assez vite les caisses d'assurance-maladie n'y ont plus vu qu'une (vaine ?) recommandation¹⁶³⁰. Mais le projet dont il était porteur n'a pas été abandonné par ses concepteurs. En effet, le carnet de santé devrait être reporté sur le volet médical de la Carte de santé Vitale 2, ce qui lui permettra peut être de se développer¹⁶³¹. L'ordonnance de 1996 avait imposé l'informatisation des cabinets (pour le 31 décembre 1998) et prévu la délivrance de cartes électroniques individuelles "interrégime" aux assurés sociaux¹⁶³², destinées à remplacer les anciennes cartes d'assuré social, sur support papier. Ces cartes devaient comporter, outre les données socio-administratives du malade nécessaires à sa prise en charge par la sécurité sociale, un volet reproduisant les informations du carnet de santé, dont l'utilisation aurait été indispensable pour bénéficier du droit à prestation. Certes ces données n'ont pas été intégrées. D'autant que la mémoire de ces cartes était insuffisante. Mais carte Vitale 2 qui devrait voir le jour en 2005 en aura les capacités électroniques... Avec ce qui pourrait y figurer, le patient emmènerait avec lui son entier passé dès qu'il viendrait soigner un rhume¹⁶³³ et le laisserait, car ce dossier "santé" en ligne, ce dossier médical innommé (ce n'est pas le *dossier médical* ou *de suivi médical* régi par la loi du 18 janvier 1994), comportant "les antécédents médicaux, chirurgicaux et allergiques du patient" demeurerait informatiquement en possession des professionnels consultés. C'est l'une des raisons pour lesquelles ce projet est vivement controversé. Mais, en attendant, la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (non applicable à la Nouvelle-Calédonie) a réactivé le concept de *dossier médical personnel*¹⁶³⁴ en faisant de son utilisation une condition obligatoire pour le remboursement des frais médicaux.

¹⁶²⁹ C.S.S., art. L. 162-1-3 (Ord. du 24 avril 1996). Cet article n'a jamais été abrogé.

¹⁶³⁰ M.-L. Moquet-Anger, "*Les obligations du patient et l'assurance maladie : les exemples du carnet de santé et du médecin référent*", R.G.D.M., n° 11, 2003, p. 49.

¹⁶³¹ C.S.S., art. L. 161-1-6

¹⁶³² C.S.S., art. L. 161-31

¹⁶³³ G. Mémeteau, "*Cours de droit médical*", op. cit., éd. 2001, p. 221.

¹⁶³⁴ C.S.S., art. L. 161-36-1 (L. n° 2004-810 du 13 août 2004) : "Afin de favoriser la coordination, la qualité et la continuité des soins, gages d'un bon niveau de santé, chaque bénéficiaire de l'assurance maladie dispose, dans les conditions et sous les garanties prévues à l'article L. 1111-8 du code de la santé publique et dans le respect du secret médical, d'un dossier médical personnel constitué de l'ensemble des données mentionnées à l'article L. 1111-8 du même code, notamment des informations qui permettent le suivi des actes et prestations de soins. Le dossier médical personnel comporte également un volet spécialement destiné à la prévention. Ce dossier médical personnel est créé auprès d'un hébergeur de données de santé à caractère personnel agréé dans les conditions prévues à l'article L. 1111-8 du même code".

Dans un autre ordre d'idées, la protection de la santé des sportifs mais aussi la nécessité de lutter contre le dopage, fait obligation à tout médecin décelant "des signes évoquant une pratique de dopage" de transmettre ce qu'il a découvert¹⁶³⁵.

Enfin le secret trouve une dernière limite dans les intérêts fiscaux de l'État : "pour établir qu'un médecin exploitant une clinique s'est soustrait frauduleusement à l'établissement ou au paiement de l'impôt, les juges peuvent, sans que le secret professionnel puisse valablement leur être opposé, se fonder sur des renseignements puisés par le service de l'Inspection des impôts dans un registre contenant les noms, prénoms et adresses des personnes hospitalisées dans ladite clinique, ainsi que les dates d'entrée et de sortie"¹⁶³⁶.

2 - Les exceptions autorisées offrant une marge d'appréciation au médecin

Un certain nombre de procédures nécessitent que le médecin divulgue des informations précises sur l'état de santé d'une personne. Il lui est possible de le faire ou de ne pas donner suite à la demande qui lui est faite.

Dans son intérêt, la jurisprudence criminelle autorise un médecin à dévoiler des informations secrètes pour les besoins de leur propre défense¹⁶³⁷.

Indépendamment de tout intérêt personnel, le médecin peut écarter l'exigence de secret relativement aux conséquences que pourrait avoir son silence concernant des personnes atteintes de troubles mentaux.

Tel est le cas pour l'ouverture d'un régime de protection (tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice) et pour l'hospitalisation d'un malade mental, d'office¹⁶³⁸ ou sur demande d'un tiers¹⁶³⁹.

Par ailleurs, il a été jugé récemment que l'article 901 du Code civil imposant d'être sain d'esprit pour faire une donation entre vifs ou un testament valait autorisation, à l'égard du médecin, de révéler les

¹⁶³⁵ L. n° 99-223, 23 mars 1999 relative à la protection de la santé de sportifs et à la lutte contre le dopage, art 7 (J.O.R.F., 24 mars).

¹⁶³⁶ Cass. crim., 8 juin 1966, Bull. crim., n° 167, p. 373 ; Cass. crim., 11 février 1960, Gaz. Pal., tables 1956-1960, v° Secret professionnel, n° 37 ; Bull. crim., p. 85 ; en matière d'infraction au droit de la concurrence, cf. Cass. crim., 7 novembre 1983, Juris-data 002227.

¹⁶³⁷ Cass. crim., 20 décembre 1967, n° 66-92-779, Bull. crim. n° 338, Cass. crim., 8 avril 1998, n° 97-83.656, Bull. crim. n° 138. Mais l'autorisation ne vaut que lorsque la responsabilité du médecin est recherchée dans le cadre de son activité professionnelle et si les données concernent l'objet du litige (C.A. Bordeaux, 17 janvier 1996, Juris-Data n° 042172).

¹⁶³⁸ C.S.P., art. L. 3213-1 à 3213-10.

¹⁶³⁹ C.S.P., art. L. 3212-1 ss.

faits dont il avait eu connaissance dans l'exercice de sa profession, non seulement à son patient, mais également aux personnes ayant un intérêt légitime à faire valoir cette protection¹⁶⁴⁰.

Dans certains cas, le professionnel de santé est autorisé à révéler des faits normalement couverts par le secret médical, mais il n'en a pas l'obligation, son attitude étant "librement décidée en conscience"¹⁶⁴¹. Ce qui signifie que, quelle que soit la décision prise à cet égard, le médecin ne peut plus être en situation d'avoir commis une faute. Il s'agit là des atténuations à la règle du secret.

Sous-paragraphes 2 - Les atténuations à la règle du secret

Elles apparaissent principalement en matière processuelle. Le médecin est dispensé du devoir de témoigner prévu par les articles 109 du code de procédure pénale et 206 du code de procédure civile, si cela doit enfreindre son devoir de secret.

Bien que ceci ne figure explicitement dans aucun texte, la jurisprudence, tant judiciaire¹⁶⁴² qu'administrative¹⁶⁴³, reconnaît au médecin poursuivi en justice la possibilité d'assurer sa défense en révélant, si cela est nécessaire, des éléments normalement couverts par le secret professionnel.

Le procès dans lequel le médecin peut se trouver entraîné contre son gré peut être pénal ; en ce cas sa marge d'autonomie à l'égard de l'obligation de secret s'accroît encore un peu.

En théorie, le médecin ne devrait plus être en situation d'avoir commis une faute. Mais il n'est pas obligatoirement à l'abri d'un cas particulier. Tel est le cas si les juges considèrent qu'il aurait dû rompre le silence. Ainsi, dans l'affaire Chouraqui, un médecin a été condamné à huit mois de prison avec sursis et 15.000 francs d'amende pour avoir trop attendu avant d'alerter la justice, mais il s'agissait en l'espèce d'un psychiatre membre d'un service éducatif et le mineur concerné, âgé de sept ans, lui avait été confié par le juge des enfants, qui aurait dû être alerté du viol dont il avait été la victime, nonobstant le secret médical¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴⁰ Cass. 1^o civ., 22 mai 2002.

¹⁶⁴¹ S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 23 :

¹⁶⁴² Cass. crim., 20 décembre 1967, D. 1969, jurispr. p. 309 ; Cass. crim., 29 mai 1989, Bull. crim. n°218.

¹⁶⁴³ C.E., 13 janvier 1999, Juris-Data n° 1999-050021.

¹⁶⁴⁴ Cass. crim., 8 octobre 1997, Bull. criminel 1997 n° 329 p. 1079 : "le secret professionnel imposé aux membres d'un service éducatif sur la situation d'un mineur confié à celui-ci par le juge des enfants est inopposable à cette autorité judiciaire, à laquelle ils sont tenus de rendre compte, notamment de tous mauvais traitements, en vertu des dispositions de l'article 375 du Code civil et de l'article 1199-1 du nouveau

Il y a dans les affaires de ce genre un conflit évident entre l'exigence de secret et l'obligation d'assistance. Et aucune règle d'or pour le résoudre. Le droit s'efforce d'apporter un commencement de solution en permettant au professionnel de communiquer des informations dans certains cas très précis :

La violation du secret peut être admise par autorisation explicite de la loi sur le fondement de deux types de dispositions.

En premier lieu, il faut faire état de l'article 40 du code de procédure pénale, qui dispose que "toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs".

En second lieu, il convient de mentionner l'article 226-14 du code pénal, qui prévoit deux hypothèses :

- l'information par le professionnel des autorités judiciaires, médicales ou administratives¹⁶⁴⁵ "de **privations ou de sévices**, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles", **subis par un mineur ou une personne vulnérable** "en raison de son âge ou de son état physique ou psychique"¹⁶⁴⁶,

- l'information donnée au procureur de la République "avec l'accord de la victime" par le **médecin qui a constaté des sévices ou privations** tels qu'il est en droit de penser qu'il s'agit de **violences sexuelles**, étant précisé que "lorsque la victime est mineure, son accord n'est plus nécessaire" depuis la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004¹⁶⁴⁷.

La première hypothèse, qui peut englober les sévices sexuels, est remarquable car elle n'exige pas le consentement de la victime. Elle est peu utilisée -en Métropole : 3 % des signalements à peine- car les praticiens ne disposent pas d'une immunité pénale et disciplinaire s'ils s'engagent dans cette voie. Au printemps 2003, 150 médecins ont lancé une pétition faisant état d'une cinquantaine de poursuites

Code de procédure civile, pris pour son application, tout comme un tel secret est inopposable, selon l'article 80 du Code de la famille et de l'aide sociale, au président du conseil général pour les mineurs relevant de sa compétence" (J. Bonneau, "La clause de conscience et le droit médical", *Gaz. Pal.* 19-20 juin 2002, Rec. 2002-3, p. 1015).

¹⁶⁴⁵ Le signalement peut être opéré au service de l'aide sociale à l'enfance, au médecin responsable du service de Protection maternelle et infantile, ou au procureur de la République représenté par le substitut des mineurs au T.G.I. dans les cas d'extrême gravité ou d'urgence (N.D.L.A.)

¹⁶⁴⁶ C.P., art. 226-14, al. 1 (L. n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, art. 11 applicable à la Nouvelle-Calédonie).

¹⁶⁴⁷ C.P., art. 226-14, al. 2 (L. n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, art. 11 applicable à la Nouvelle-Calédonie).

intentées à ce sujet contre des confrères. Et effectivement, le médecin auteur du signalement peut encourir des poursuites pénales et/ou disciplinaires si sa démarche aboutit à un non-lieu. La loi précitée du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, partiellement transposée au territoire¹⁶⁴⁸, s'est efforcée d'y remédier en abrogeant l'article L. 4124-6 avant-dernier alinéa¹⁶⁴⁹. Cela ne suffira sans doute pas. En toutes hypothèses, le médecin qui souhaite signaler une maltraitance doit veiller à signaler celle-ci et être prudent quant au signalement de son auteur.

La seconde hypothèse, propre aux violences sexuelles, présuppose l'accord de la victime, sauf si celle-ci est mineure, ce qui délie alors le professionnel de l'obligation de secret. Peut-il être ensuite condamné pour dénonciation calomnieuse, notamment s'il s'avère que les accusations ou les propos du mineur étaient infondés ? Il est bien établi que le jugement de relaxe du chef d'agression sexuelle sur mineur par ascendant légitime ne suffit pas à caractériser le délit de dénonciation calomnieuse, dès lors que la mauvaise foi du dénonciateur n'est pas établie. Tel est le cas lorsque les déclarations de l'enfant sont suffisamment circonstanciées et concordantes avec les constatations des médecins¹⁶⁵⁰.

Dans les deux cas, on notera une fois encore que la dénonciation n'est pas théoriquement obligatoire, mais que l'abstention du médecin si elle est négativement perçue par les juges, peut entraîner à son encontre des poursuites pour non-assistance à personne en danger.

Lorsque le médecin a choisi d'agir, il n'a pas toute latitude pour parler. Il doit respecter les conditions fixées par la loi, laquelle exige qu'il ait l'accord de la victime. Cette possibilité de dénonciation accordée au médecin a été conçue pour accroître la protection des victimes, qui, dépendantes ou honteuses des violences subies, n'oseraient pas prendre seules l'initiative de déposer une plainte¹⁶⁵¹.

Dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure d'injonction de soins¹⁶⁵², le médecin traitant du délinquant sexuel est autorisé à

¹⁶⁴⁸ L. n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, art.16 : "les dispositions des articles 11, 14 et 15 sont applicables en Nouvelle-Calédonie...". Ces précisions nous ont été obligamment apportées par M. Jean-Michel Stolz, Conseiller à la Cour d'Appel de Nouméa, auquel nous exprimons ici notre gratitude.

¹⁶⁴⁹ L. n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, art.12 (non applicable au territoire).

¹⁶⁵⁰ C.A. Versailles (Ch. corr.), 5 mars 2003 - R.G. n° 02/02051 et *Cass. crim.*, 25 mars 2003, *Bull.*, n° 75, p. 294 et les arrêts cités.

¹⁶⁵¹ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", *op.cit.*, D. Thouvenin, "*Le secret médical. Droit pénal*", fasc. 11 (7, 1998), p. 23.

¹⁶⁵² C.P., art. 131-36-4.

informer le juge, ou le médecin coordonnateur, de l'interruption du traitement, sans que ne puisse lui être opposé le secret médical¹⁶⁵³.

Certes le code pénal incrimine "le fait pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende¹⁶⁵⁴. Mais "sont exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13". En clair, le droit pénal n'impose pas au médecin de dire ce qu'il sait. La position de la déontologie est plus floue : l'article 4 du code de déontologie peut justifier qu'il ne dénonce pas à la justice la personne coupable d'un crime si celle-ci a été son patient¹⁶⁵⁵. Mais si sa conscience lui commande de le faire, il peut se prévaloir de l'article 3 sur la nécessité de respecter en toutes circonstances les principes de moralité et de probité. Notamment si cette intervention peut permettre de prévenir un crime, mais aussi d'empêcher la condamnation d'un innocent.

Précisément, l'article 434-11, alinéa 1 du code pénal punit "le fait pour quiconque connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, de s'abstenir volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires ou administratives". Mais sont exceptées de cette règle les personnes astreintes au secret.

Certes le juge a des pouvoirs inquisitoriaux et le témoignage est un devoir, "il aurait dû être acquis qu'il justifiait une violation du secret professionnel ; mais c'est l'inverse qui a été admis, les professionnels arguant du fait qu'ils commettraient une révélation du secret"¹⁶⁵⁶.

En revanche, certains auteurs¹⁶⁵⁷ considèrent que le médecin qui, se fondant sur l'état de nécessité¹⁶⁵⁸, révélerait des faits couverts par le secret "si toutes les mesures de persuasion ont échoué" pour

¹⁶⁵³ C.S.P., art. L. 3711-3. Une prérogative identique est reconnue au profit du médecin coordonnateur (C.S.P., art. L. 3711-1 3°).

¹⁶⁵⁴ C.P., art. 434-1.

¹⁶⁵⁵ C.D.M., art. 4 : "Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est à dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris".

¹⁶⁵⁶ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", *op.cit.*, D. Thouvenin, "Le secret médical. Droit pénal", fasc. 11 (7, 1998), p. 31.

¹⁶⁵⁷ S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 24.

¹⁶⁵⁸ C.P. art. 122-7 (appréhendant l'état de nécessité comme un fait justificatif général).

éviter un grave dommage dont des tiers pourraient être victimes devrait échapper à toute condamnation. En l'état actuel du droit, cette solution, aussi juste soit-elle d'un point de vue éthique, paraît juridiquement bien fragile.

La perquisition peut s'opérer "dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets dont la découverte est utile à la manifestation de la vérité"¹⁶⁵⁹. Et donc dans un cabinet médical. Mais le secret professionnel ne s'efface pas tout à fait devant la nécessité des perquisitions¹⁶⁶⁰. En effet, la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 a prévu la "présence de la personne responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son représentant"¹⁶⁶¹.

Des règles légèrement différentes s'appliquent dans les hôpitaux publics¹⁶⁶².

C'est la loi d'airain du secret qui parvient à faire plier des intérêts qu'on aurait crûs supérieurs.

En guise de conclusion, on pourrait signaler que **les condamnations intervenues pour violation du secret professionnel sont rares**, d'autant que les chiffres du ministère de la justice englobent les médecins, les avocats, les notaires....3 condamnations en 1984, 2 en 1985, 8 en 1986 ainsi qu'en 1987, 2 en 1988, 6 en 1989, 4 en 1990, 5 en 1991, 3 en 1992, 8 en 1993, 9 en 1994 inscrites au Casier judiciaire national¹⁶⁶³. L'essentiel du contentieux concerne le juridictions civiles et porte sur les difficultés rencontrées, réelles ou injustifiées, auprès des médecins pour accéder à l'information. Une enquête réalisée entre 1843 et 1981, révèle que 86 % des décisions publiées entrent dans cette catégorie¹⁶⁶⁴. De toute évidence de tels faits sont susceptibles d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité du médecin. Au plan civil et disciplinaire.

¹⁶⁵⁹ C.P.P. art. 94.

¹⁶⁶⁰ "Dictionnaire permanent Bioéthique et Biotechnologies", Secret médical, feuillet 31 (1^o février 2003), p. 2293.

¹⁶⁶¹ C.P.P. art. 56-1, al. 2.

¹⁶⁶² C.A. Limoges, 29 mars 1994, B. inf. Cass., 1^o mai 1994, n° 519.

¹⁶⁶³ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", *op.cit.*, D. Thouvenin, "Le secret médical. Droit pénal", fasc.11 (7, 1998), p. 3.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 4.

TITRE 2

DES RESPONSABILITES PLURALES

En dépit d'un cliché contraire, hélas répandu, force est de constater que la responsabilité médicale est aussi ancienne que la médecine.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

DES RESPONSABILITES

AUSSI ANCIENNES QUE LA MEDECINE,

QUI ONT CONNU BIEN

DES VICISSITUDES

(A. Leca)

De l'expérience historique, dont il n'est pas possible de retracer ici l'évolution sinueuse, on retiendra seulement quelques observations.

En premier lieu donc, la responsabilité juridique a émergé très tôt. Elle existait déjà dans ce qu'on a l'habitude d'appeler "le Code d'Hammourabi"¹⁶⁶⁵, roi de Babylone, probablement en 1728-1686 avant notre ère, ainsi qu'en Égypte pharaonique¹⁶⁶⁶. Elle devait également figurer dans la déontologie hippocratique sous forme de pénalités¹⁶⁶⁷. À Rome, une loi de date incertaine, remontant à la République, la *lex Aquilia* (vers 287 avant J.C. ?), servit de base à la

¹⁶⁶⁵ A. Finet, *"Le Code de Hammurapi. Introduction, traduction et annotations"*, Paris, 1973 ; H. Joubrel, *"La responsabilité civile des médecins"*, Thèse Droit, Rennes 1939, p. 23 ; A. Laingui, J. Illes, *"La responsabilité pénale du médecin dans l'ancien droit"*, op. cit., p. 2, L. Demont, "4000 ans de responsabilité médicale", Bull. juridique de la santé publique, septembre 1999, n° 21, p. 13.

¹⁶⁶⁶ E.L. Manche, *"La responsabilité médicale au point de vue pénal"*, Thèse Droit, Paris, 1913, pp. 8-9.

¹⁶⁶⁷ Dans sa vie d'Alexandre, Plutarque rapporte que Glaucus, médecin d'Ephestion, qui avait négligé son malade pour aller au théâtre fut mis à mort après son décès (Plutarque, *"Vie des hommes illustres"*, Alexandre XCIV). Mais il est difficile de tirer une règle de cette anecdote.

réparation du dommage causé injustement, l'*injuria*¹⁶⁶⁸. Elle n'exigeait pas l'intention de nuire, mais supposait une atteinte directe. Bien qu'elle n'ait pas été conçue à leur attention, elle servit à rendre les médecins responsables des fautes qu'ils pouvaient commettre par ignorance et impéritie (de *peritus*, expérimenté) contre les règles de la profession¹⁶⁶⁹. Ils leur était, en outre, défendu de s'écarter, sous des peines déterminées, des prescriptions écrites dans un *codex*, qui tomba bientôt en désuétude¹⁶⁷⁰. Sous l'Empire, le thème de la responsabilité médicale est présent dans de nombreux textes de la compilation justinienne mettant en cause la responsabilité du *medicus* notamment pour faute involontaire¹⁶⁷¹.

En second lieu, le niveau de responsabilité médicale est lié à plusieurs facteurs et principalement à l'idée qu'une société se fait du médecin et aussi de la médecine.

Si le professionnel de santé est un étranger déconsidéré, comme chez les anciens Romains, la responsabilité peut être très étendue.

À Rome, la médecine n'avait pas une image de marque positive¹⁶⁷², comme par exemple le droit, qui était très considéré. En

¹⁶⁶⁸ J. Gaudemet, "*Droit privé romain*", 2^e éd., Montchrestien, Paris, 1998, pp. 282-283.

¹⁶⁶⁹ F. Dislaire, "*De la responsabilité civile des médecins*", Thèse Droit, Lille, 1901, p. 10.

¹⁶⁷⁰ A. Trébuchet, "*Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France*", Paris, J.B.Baillièrre, 1834, p. 182.

¹⁶⁷¹ Digeste de Justinien (Dig.), 1, 18, 5, 7 (affirmant que de même que l'événement ne peut point être imputé à un médecin, de même aussi les fautes qu'il a commises par ignorance doivent être punies, car celui qui trompe des personnes exposées aux dangers ne peut être regardé comme innocent sous prétexte de la faiblesse des connaissances humaines) ; Dig., 9, 2, 7, 8 (sur la responsabilité du médecin ignorant qui aurait saigné à tort un esclave) ; Dig., 9, 2, 8, pr. (qui sanctionne le médecin ayant employé un remède mal à propos et celui qui aurait abandonné son patient en cours de traitement) ; Institutes de Justinien, 4, 3, 7 (sur la responsabilité du médecin qui aurait causé la mort d'un esclave parce qu'il l'aurait mal soigné ou pour lui avoir donné un médicament inadéquat) ; Dig., 48, 8, 3 (qui réprime la vente de médicaments et de poisons nuisibles en assujettissant leurs auteurs à la *Lex Cornelia* sur les assassins et les empoisonneurs) ; Dig., 29, 5, 5, 3 qui, en paraissant rapprocher l'impéritie (*incuria*) du médecin et son dol volontaire (*medici insidiis*) est à l'origine de l'erreur répandue par Montesquieu et de J.Verdier ("*La jurisprudence de la médecine en France ou traité historique et juridique des établissements, réglemens, police, devoirs, fonctions, honneurs, droits et privilèges des trois corps de médecine ; avec les devoirs, fonctions et autorité des juges à leur égard*", t. 1, Alençon, 1762, p.732), selon lesquels, les médecins, à Rome, auraient relevé en cas de faute non intentionnelle de la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* qui les punissait de déportation ou de mort (cf A. Laingui, J. Illes, "*La responsabilité pénale du médecin dans l'ancien droit*", *op.cit.*, pp. 3-6).

¹⁶⁷² Le premier médecin grec venu à Rome est sans doute le chirurgien Arcagathos (surnommé *Carnifex*, le boucher), vers 219 A.E. Mais ce dernier fut tristement

effet, l'activité médicale et chirurgicale était initialement abandonnée aux soins des barbiers et des esclaves grecs ou orientaux. Elle ne commença à faire l'objet d'une timide reconnaissance qu'à partir de l'ère chrétienne¹⁶⁷³. La véritable organisation des études a débuté au début du III^e siècle, mais il fallut attendre l'empereur Julien pour qu'une loi impose une autorisation pour exercer.

Au Moyen Âge, en France, nous avons connu une situation curieusement analogue. Les plus anciens coutumiers médiévaux contiennent eux-mêmes quelques dispositions sur les *mièges* (=médecins) d'autant plus sévères que les praticiens de l'époque étaient des "Levantins" : le *Livre des Assises de la Cour des Bourgeois* de Jérusalem notamment condamne à la pendaison le médecin qui aurait causé la mort d'*aucun franc home ou aucune franche femme*¹⁶⁷⁴. Mais, au fur et à mesure qu'on progresse dans le temps, les quelques décisions de justice dont on dispose traduisent plus de compréhension pour les difficultés de "l'art de guérir". Le jugement le plus connu, souvent cité jusqu'au XVIII^e siècle¹⁶⁷⁵, est un arrêt de Paris du 25 avril 1427 condamnant à être admonesté "de ne plus faire ainsi" un médecin qui avait pris un risque thérapeutique énorme, puisqu'il avait appliqué à un patient un remède trop fort "qui pouvait aussi bien le guérir que le tuer en peu d'heures"¹⁶⁷⁶.

Sous l'Ancien Régime, la situation des médecins était encore fragile.

Dans certaines villes du royaume, telles Rouen, Dijon, Limoges, Lille, Clermont-Ferrand, il existait d'ailleurs des communautés professionnelles qui regroupaient à la fois des médecins, des chirurgiens...et de simples barbiers. Ailleurs la dissociation était brutale, comme à Perpignan, et elle paraît avoir été la condition pour les médecins de la reconnaissance d'une position sociale plus élevée¹⁶⁷⁷.

La perception de la médecine était volontiers négative.

Au XVII^e siècle, la médecine était très critiquée. On pourrait en donner pour exemple le théâtre de Molière, avec *Le médecin volant*

célèbre et c'est Asclépiade, arrivé en 91 A.E. qui fit accepter définitivement les médecins grecs dans l'*Urbs*.

¹⁶⁷³ Ils ont été les seuls étrangers à ne pas faire l'objet d'une mesure d'expulsion par Jules César en 46 av.J.C. Auguste les exempta d'impôts (après la guérison de ses rhumatismes...) et Hadrien les dispensa d'obligations militaires.

¹⁶⁷⁴ ch. CCXXXV, éd. Beugnot, t. 2, pp. 164-166 ; A. Laingui, J. Illes, "*La responsabilité pénale du médecin dans l'ancien droit*", *op.cit.*, p. 3.

¹⁶⁷⁵ Guyot, "*Répertoire*", v^o Médecin.

¹⁶⁷⁶ Papon, "*Recueil d'arrêt notables*", liv. 23, tit. 8 ; A. Trébuchet, "*Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France*", *op.cit.*, p. 182.

¹⁶⁷⁷ D. Baisset, "*La Faculté de médecine et le milieu médical roussillonnais au XVIII^e siècle*", p. 113.

(1659), *Le festin de Pierre* (1659), *L'amour médecin* (1665), *Le médecin malgré lui* (1666) et bien sûr *Le malade imaginaire* (1673).

Au siècle suivant, l'*Encyclopédie* dénonçait également l'incompétence des praticiens¹⁶⁷⁸.

Par voie de conséquence leur responsabilité était étendue. Un certain nombre d'arrêts en témoignent pour les Temps Modernes.

En 1596, les enfants d'un chirurgien décédé, qui avait blessé un malade en le saignant, furent condamnés par le parlement de Bordeaux à 450 livres de dommages intérêts¹⁶⁷⁹.

Il faut cependant faire la part de tendances contraires qui émergent au XVII^e siècle¹⁶⁸⁰.

Mais le 22 juin 1768, le Parlement de Paris (la juridiction de rang le plus élevé) condamna un chirurgien à payer 15.000 livres de dommages intérêts à un jeune homme à qui il fallut couper le bras pour remédier aux suites du mauvais traitement d'une fracture. Il lui fut défendu en outre de continuer l'exercice de la chirurgie¹⁶⁸¹.

À l'inverse, si le médecin est un notable en vue et la médecine, auréolée de prestige, comme en France au XIX^e siècle, au temps des "bons docteurs"¹⁶⁸², la responsabilité du praticien a tendance à se restreindre. En 1834, l'Académie de Médecine (sur le rapport du Dr Double), émit à l'unanimité l'avis que "les médecins et chirurgiens ne sont pas responsables des erreurs qu'ils pourraient commettre de bonne foi dans l'exercice de leur art. Les articles 1382¹⁶⁸³ et 1383¹⁶⁸⁴ du Code civil ne leur sont pas applicables dans ces cas"¹⁶⁸⁵. "L'Académie, écrivait le dr. Double en terminant le second rapport, en date du 29 septembre 1839, croit de son devoir de s'inscrire contre la jurisprudence des arrêts d'un petit nombre de tribunaux, contre l'interprétation forcée, l'application abusive, dans certains cas, des

¹⁶⁷⁸ Diderot et d'Alembert, *"Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers"*, 1755, t. X, pp. 261-292.

¹⁶⁷⁹ A. Trébuchet, *"Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France"*, op. cit., p. 184.

¹⁶⁸⁰ J.F. Lemaire, J. Imbert, *"La responsabilité médicale"*, P.U.F., Paris, 1985, p. 17 ; J.C. Careghi, *"Une responsabilité médicale de type civil a-t-elle existé en ancien droit français"*, op. cit.

¹⁶⁸¹ A. Trébuchet, *"Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France"*, op. cit., p. 184.

¹⁶⁸² J. Ferniot, *"C'était ma France"*, Grasset, Paris, 2004, 37 : "un médecin est toujours "bon", comme un malade est toujours "le pauvre"".

¹⁶⁸³ C.civ., art. 1382 : "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

¹⁶⁸⁴ C.civ., art. 1383 : "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

¹⁶⁸⁵ A. Trébuchet, *"Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France"*, op. cit., p. 194-195 ; Étienne-Martin, *"Précis de déontologie et de médecine professionnelle"*, Masson, Paris, 1923, chap.VIII : Responsabilité médicale, p.84.

articles 1382 et 1383 du Code civil. Nul doute que les médecins ne demeurent légalement responsables des dommages qu'ils causent à autrui, par la coupable application des moyens de l'art, faite sciemment avec préméditation et dans de perfides desseins ou de criminelles intentions. Mais la responsabilité des médecins, dans l'exercice consciencieux de leur profession, ne saurait être justiciable de la loi. Les erreurs involontaires, les fautes hors de prévoyance, les résultats fâcheux hors de calcul, ne doivent relever que de l'opinion publique. Si l'on veut qu'il en soit autrement, c'en est fait de la médecine. C'est un mandat illimité qu'il faut auprès des malades : l'art de guérir ne peut réellement devenir profitable qu'à cette condition. En fait donc de médecine pratique, de même qu'en matière de justice distributive, les médecins, non plus que les juges, ne sauraient devenir légalement passibles des erreurs qu'ils peuvent commettre, de bonne foi, dans l'exercice de leurs fonctions. Là, comme ici, la responsabilité est toute morale, toute de conscience, nulle action juridique ne doit être légitimement intentée, si ce n'est en cas de captation, de vol, de fraude ou de prévarication. Ainsi le veut la juste intelligence des intérêts sociaux"¹⁶⁸⁶.

Ce raisonnement, fut balayé par un jugement du tribunal de Domfront de 1830 dans l'affaire Foucault c./dr. Hélie¹⁶⁸⁷ et surtout dans un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1835 dans l'affaire Thouret-Noroy qui a décidé d'appliquer aux médecins les règles ordinaires de la responsabilité civile¹⁶⁸⁸.

Pendant un siècle cette responsabilité a généré une jurisprudence qui n'est pas négligeable¹⁶⁸⁹. Mais à cette époque, on n'imaginait pas qu'il y ait eu juridiquement un contrat médical, bien que l'idée ait peu à peu progressée¹⁶⁹⁰. D'autant que jusque dans le premier tiers du XX^e siècle une présomption de responsabilité pesait

¹⁶⁸⁶ A. Trébuchet, *op.cit.*, pp. 194-195

¹⁶⁸⁷ A. Trébuchet, "*Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie*", *op. cit.*, pp.193 ss. (avec le texte de la décision reproduit pp.195-201). Appelé au chevet de la femme Foucault, le dr.Hélie coupa les deux bras de cet enfant qui survécut à l'opération. Le père de l'enfant assigna le médecin qui dut se défendre devant le tribunal civil de Domfront, le 6 décembre 1825. L'Académie de Médecine, consultée, nomma une première commission qui jugea qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur la responsabilité du praticien (rapport du 21 février 1829), puis une seconde qui se prononça en faveur de l'irresponsabilité suivant la détermination de son rapporteur, le dr.Double, très hostile à l'idée d'appliquer les règles ordinaires de la responsabilité civile à l'art médical. Le tribunal ne suivit pas cette argumentation et condamna le défendeur à payer à l'enfant Foucault, à partir du jour de la demande, une rente viagère et alimentaire de 100 f par an, jusqu'à l'âge de dix ans, puis 200 f au-delà et pendant tout le restant de sa vie.

¹⁶⁸⁸ Cass. civ., 18 juin 1835, S. 1835, 1, 401.

¹⁶⁸⁹ Étienne-Martin, "*Précis de déontologie et de médecine professionnelle*", *op.cit.*, pp. 87-88.

¹⁶⁹⁰ C.A. Nîmes, 26 février 1884, D. 1884, 2, 176.

sur le débiteur d'une obligation contractuelle n'ayant pas rempli son engagement. En d'autres termes, l'adoption de la responsabilité contractuelle aurait permis d'obtenir la condamnation de tout médecin incapable de guérir son malade. À partir de 1928, la doctrine adopta l'ingénieuse distinction de R. Demogue¹⁶⁹¹ entre obligation de moyens et obligations de résultat. Il devenait possible d'analyser la relation entre le médecin et son client comme un contrat faisant peser sur le premier une obligation de moyen, une obligation restreinte. Restreinte, parce qu'on s'en dégage en l'absence de faute prouvée par le requérant¹⁶⁹².

C'est en 1936 que le célèbre arrêt Mercier de la Cour de cassation a décidé qu'en principe la responsabilité du médecin était de nature contractuelle, au motif que la relation de soin entre un médecin et un patient était un contrat¹⁶⁹³ : *"Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat...et la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle"*¹⁶⁹⁴.

Cet arrêt, vieux de près de soixante-dix ans, est toujours à la base du droit actuel. Aujourd'hui, dans la jurisprudence judiciaire¹⁶⁹⁵ et dans la doctrine française¹⁶⁹⁶, on tient encore très largement ses positions pour fondées. En effet, le médecin libéral, du fait de son installation, est en état de pollicitation (du latin *pollicitare*= offrir), et lorsque le patient répond à cette offre et l'accepte, le contrat est formé¹⁶⁹⁷. Toutefois la codification opérée par la loi du 4 mars 2002 a incité un nombre croissant d'auteurs à considérer que "la responsabilité médicale est désormais fondée sur des textes

¹⁶⁹¹ R. Demogue, *"Traité des obligations"*, t. 5, 1928, n° 1237.

¹⁶⁹² La preuve de l'information incombe au médecin (N.D.L.A.)

¹⁶⁹³ Indépendamment du contrat de soin, il y a également le contrat de recherche médicale qui sort de l'épave de ce livre (C. Blaizot-Hazard, *"Droit de la recherche scientifique"*, op. cit., p. 181).

¹⁶⁹⁴ Cass. civ., Dr. Nicolas c/ époux Mercier, 20 mai 1936 (rejetant un pourvoi contre une décision d'Aix du 16 juillet 1931), S. 1937.1.321, DP, 1936.1.88.

¹⁶⁹⁵ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 18 (5, 2001), *"La responsabilité médicale. Principes généraux"* par Michèle Harichaux, pp. 4-5.

¹⁶⁹⁶ Contra : J. Belissent, *"Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat"*, Thèse Droit, L.G.D.J., Paris, 2001, n°891 et 919 : "Peut-on véritablement faire de la relation médicale un simple échange de contreparties comme le suggère la loi du contrat ? La reconnaissance du caractère contractuel de la relation médicale nous est apparue en grande partie dictée par les difficultés ponctuelles liées à l'évolution de la responsabilité délictuelle(...) Peut-être le juriste a-t-il toujours considéré, sans oser se l'avouer, que l'activité médicale ne s'accommodait que très mal du régime du contrat et que c'était uniquement par commodité que l'on avait décidé, un jour, de renvoyer dans le domaine contractuel une activité qui n'était en rien prédestinée à subir un tel transfert ?"

¹⁶⁹⁷ J. Penneau, *"La responsabilité du médecin"*, Dalloz, 2° éd., Paris, 1996.

spécifiques, détachés de la nature juridique des relations existant entre le praticien et son patient¹⁶⁹⁸. On aura l'occasion d'en reparler.

Toujours est-il que, depuis l'arrêt Mercier, la responsabilité civile médicale est fondée sur la faute, le manquement du médecin à ses obligations. Il n'empêche que les obligations que le droit faisait peser sur les médecins sont longtemps restées légères. Elles se réduisirent longtemps à quelques interdictions légales : dans le Code civil, l'obligation concernant d'une part la déclaration de naissance et le constat de décès conditionnant le permis d'inhumation¹⁶⁹⁹, d'autre part l'interdiction de recevoir des legs de malades (articles 56 et 209), dans le Code pénal de 1810, le secret professionnel et l'interdiction de l'avortement (articles 317 et 318), pour s'en tenir à l'essentiel.

Elles sont aujourd'hui plus amples, car la place du médecin et de la médecine dans notre société ont changé. La médecine d'abord a accompli tant de progrès que le public ne comprend pas toujours que le savoir médical reste limité et relatif. Cette illusion, jointe à l'idée que l'individu a des droits à..., poussant à une surenchère permanente, génère un état d'esprit procédurier, enclin à engager la responsabilité des médecins devant les tribunaux. D'autant que le professionnel de santé a perdu l'aura qui était la sienne -il n'est pas le seul, si l'on songe au prêtre ou à l'instituteur, pour s'en tenir à deux exemples historiquement antithétiques- Le paternalisme médical a vécu. Désormais, le médecin doit rendre des comptes devant les malades qui sont ses égaux. Un temps le mot "malade" avait paru disparaître au profit de celui de "patient". Mais le "patient" étant étymologiquement celui qui endure, qui subit, la loi du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades* a préféré l'abandonner. Il faut regretter cette maladresse sémantique, car une femme enceinte n'est pas une "malade". L'expression de personne soignée aurait été plus opportune.

Avant d'aborder l'étude des règles en vigueur, on prendra soin de noter que s'il existe indiscutablement un droit commun médical, tous les médecins ne sont pas soumis aux mêmes obligations. On peut le déplorer. Et faire remarquer qu'il suffirait d'une réforme techniquement simple pour unifier les règles applicables¹⁷⁰⁰. À l'heure

¹⁶⁹⁸ "Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies", f. 31 (1^o février 2003), p. 2155.

¹⁶⁹⁹ Toutefois, l'édition de règles juridiques relatives au constat de décès est assez récente, puisque le premier texte a été le décret du 31 mars 1978 (aujourd'hui remplacé par celui du 2 décembre 1996) pris dans le sillage de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, reprise dans la loi du 29 juillet 1994 (G. Mémeteau, "Cours de droit médical", op. cit., éd. 2001, p. 187).

¹⁷⁰⁰ Il suffirait de confier tout le contentieux médical et hospitalier au juge judiciaire. On dispose d'ailleurs d'un précédent : le législateur soucieux de mettre fin à des niveaux de réparation différents suivant que l'on était victime d'un accident de la circulation parce que le véhicule était administratif ou privé avait pris la décision le 31 décembre 1957 de confier le contentieux des accidents de la circulation aux seuls

actuelle on ne peut que prendre en compte cette donnée. Les praticiens hospitaliers sont soumis au code de la santé publique et au décret relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers pris pour l'application de la loi hospitalière, excepté lorsqu'ils exercent dans le cadre du secteur privé de l'hôpital. Auquel cas, leur situation se confond exceptionnellement avec celle des médecins libéraux, soumis au droit commun.

Par ailleurs on observera qu'il n'existe pas en Nouvelle-Calédonie de système de réparation administratif des accidents médicaux, analogue à ce qui existe en France métropolitaine (ou en Nouvelle-Zélande), qui permet d'éviter la mise en cause du médecin ou de l'établissement de santé devant un tribunal¹⁷⁰¹.

Positivement, on va commencer par étudier la responsabilité civile ou responsabilité de droit commun (chap. 1), avant d'examiner les responsabilités spéciales (pénale et disciplinaire), mises en œuvre lorsque le manquement du professionnel à l'une de ses obligations revêt les caractères d'une faute pénale et/ou disciplinaire (chap. 2).

tribunaux de l'ordre judiciaire. Après tout, la compétence administrative en matière hospitalière n'est pas si ancienne, elle remonte d'ailleurs à 1957 (2 déc. Trib. Confl., Chailloux et Isaac Slimane, 25 mars 1957) et la Cour de Cassation ne l'a admise qu'en 1963.

¹⁷⁰¹ A. Leca, "La réparation des dommages médicaux en Nouvelle-Zélande et en France : étude comparative des lois françaises des 4 mars/ 30 décembre 2002 et de l'*Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act 2005*", Revue Juridique Economique et Politique de Nouvelle-Calédonie, n° 6 (A paraître : octobre 2005).

CHAPITRE 1

LES OBLIGATIONS

ET LA RESPONSABILITE

DE DROIT COMMUN

(A. Leca)

La responsabilité civile médicale peut peser soit sur un médecin seul du fait de son activité professionnelle individuellement exercée (Section 1), soit sur un médecin au sein d'une équipe ou d'un groupe médical, ce qui pose le problème du partage de ladite responsabilité (Section 2).

SOUS-CHAPITRE 1

LA RESPONSABILITE PERSONNELLE

POUR LES PREJUDICES SUBIS PAR LES PATIENTS

(A. Leca)

Il y a beaucoup de choses que les médecins doivent faire. Et d'abord au plan médical. Mais tous leurs devoirs ne relèvent pas du droit. Ceux qui s'y rattachent correspondent à leurs obligations juridiques.

Les règles de la responsabilité sont celles qui sont mises en œuvre en cas de manquement par les praticiens de leurs obligations juridiques.

Elle est régie par les règles du droit commun, figurant dans le Code civil et précisées au fil du temps par la jurisprudence du juge judiciaire.

Près de deux siècles après l'édiction du Code civil, aucune loi n'était intervenue pour introduire des règles spécifiques en matière de responsabilité médicale. Ce n'est plus vrai depuis les lois du 4 mars 2002 (partiellement applicable à la Nouvelle-Calédonie) et du 30 décembre 2002 (non applicable au Territoire)¹⁷⁰² qui ont introduit certaines règles dérogatoires.

¹⁷⁰² La loi du 30 décembre 2002 (dite loi About) a eu pour objet de reconsidérer la charge de la réparation des accidents médicaux, notamment nosocomiaux, par rapport à la loi du 4 mars (dite loi Kouchner). Mais les dispositions de celle-ci concernant les infections nosocomiales et l'institution des *Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux* et d'un *Office national d'indemnisation*

Il en a résulté une altération de la nature juridique de la responsabilité médicale en droit civil français.

SECTION 1
LA NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE
MEDICALE EN DROIT CIVIL FRANÇAIS :
UNE RESPONSABILITE POUR FAUTE COMPORTANT
DEUX VOLETS

Depuis l'arrêt Mercier de 1936, on dit couramment que la responsabilité médicale est de type contractuel.

Il s'agit évidemment de la responsabilité des médecins libéraux. Certes le principe a été étendu assez rapidement aux établissements de santé privés¹⁷⁰³. Mais, autre est le fondement traditionnel de la responsabilité hospitalière qui, ignorant la notion de contrat médical, se fonde sur le dysfonctionnement du service public.

Ceci étant, le système libéral et le système hospitalier ont pour point commun d'exiger une faute, afin de mettre en œuvre leurs deux systèmes de responsabilité.

Dans le cadre libéral, l'arrêt Mercier fondait la responsabilité civile des médecins sur l'inexécution des obligations résultant du contrat les liant à leur patient, et les décisions en la matière étaient donc rendues au visa de l'article 1147 du Code civil, en vertu de la règle de non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle¹⁷⁰⁴. S'agissant d'une obligation de moyens, la preuve d'une faute était nécessaire pour engager la responsabilité du médecin, et la doctrine dominante assimilait faute contractuelle et inexécution de l'obligation de moyens.

Dans le secteur public, la responsabilité administrative des établissements de soins concernant les actes accomplis par les personnels médicaux, est fondée sur la faute simple, depuis que le Conseil d'État a renoncé à la faute lourde¹⁷⁰⁵.

Ce rapprochement se retrouve en outre au niveau d'une uniformisation des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État, dans des domaines tels que l'obligation d'information du patient sur les risques, ou encore les infections nosocomiales.

C'est une approximation, car tout un pan de la responsabilité civile médicale est demeuré d'ordre délictuel : les règles de la responsabilité délictuelle ont vocation à s'appliquer en l'absence de

n'avaient pas été rendues applicables au Territoire. Dès lors, la transposition du correctif en Nouvelle-Calédonie aurait été sans objet.

¹⁷⁰³ Cass. 1^o civ., 6 mars 1945, Clinique sainte Croix, D.1945, p. 217.

¹⁷⁰⁴ Cass. 1^o civ., 14 novembre 1992, Bull. civ. I, n^o 276.

¹⁷⁰⁵ C.E., 10 avril 1992 : Rec. CE, p. 171, concl. Legal ; Dr. Adm.1992, comm.265 ; A.J.D.A. 1992, p.355 ; JCP G 1992, II, 21881, note J. Moreau.

contrat ou lorsque le préjudice se situe dans une phase pré-contractuelle ou post-contractuelle (par exemple en cas de chute dans un couloir).

La responsabilité médicale est également de nature délictuelle, lorsque l'action est exercée par un ayant droit, tiers au contrat médical (par exemple l'héritier du patient prédécédé).

La responsabilité médicale est encore de nature délictuelle si le médecin est salarié d'un établissement privé, ce dernier étant alors le seul lié par un contrat avec le malade.

Cette distinction peut sembler byzantine. Mais, à la suite de péripéties historiques qu'il n'y a pas lieu de rappeler ici¹⁷⁰⁶, le droit civil français, comme le droit romain dont il est issu, connaît deux types distincts de responsabilité (contractuelle et extracontractuelle).

La responsabilité contractuelle est mise en œuvre chaque fois qu'il y a un manquement à une obligation résultant de la convention. Elle résulte des termes de l'article 1147 du Code civil.

La responsabilité délictuelle procède d'un manquement à une obligation légale. Elle se fonde sur les articles 1382¹⁷⁰⁷ et 1383¹⁷⁰⁸ et 1384 alinéa 1¹⁷⁰⁹ du Code civil.

L'une et l'autre obéissent à des régimes différents. Dans le temps, par exemple, la responsabilité contractuelle est trentenaire¹⁷¹⁰, alors que la responsabilité délictuelle est décennale¹⁷¹¹.

Mais en pratique la distinction, qui manque parfois de clarté¹⁷¹², a tendance à régresser¹⁷¹³. C'est ainsi qu'en Métropole, l'article 98 de

¹⁷⁰⁶ La distinction paraissait avoir été enterrée par...J. Domat au XVIII^e siècle (*"Les lois civiles dans leur ordre naturel"*, éd. Paris, 1723, liv. II, tit. 8, sec. 4, 1 et 2 qui soumet la responsabilité contractuelle aux règles délictuelles). Elle a d'ailleurs disparu dans le code civil autrichien de 1811 (ABGB §.1295). Mais en France elle s'est maintenue dans le code de 1804, même si la pertinence de la notion de responsabilité contractuelle a été mise en doute (Ph. Rémy, *"La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept"*, R.T.D.C. 1997, p. 323. Voir à ce sujet la réponse d'E. Savaux, *"La fin de la responsabilité contractuelle"*, R.T.D.C. 1999.1). Elle a disparu dans l'article 42 de l'avant-projet suisse de loi fédérale sur la révision et l'unification de la responsabilité civile (2000).

¹⁷⁰⁷ C. civ., art. 1382 : "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

¹⁷⁰⁸ C. civ., art. 1383 : "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

¹⁷⁰⁹ C. civ., art. 1384, al.1 : "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde".

¹⁷¹⁰ C. civ., art. 2262. Exception faite des recherches biomédicales (J. Penneau, *"La responsabilité du médecin"*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 1996, p. 15).

¹⁷¹¹ Elle est de dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation (C. civ., art. 2270-1).

¹⁷¹² C'était déjà le cas à Rome, notamment à propos des dommages consécutifs à la prise d'un médicament remis par un médecin (B. Winiger, *"La responsabilité*

la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a introduit un délai de prescription spécifique pour la responsabilité médicale, contractuelle ou non contractuelle, dix ans à compter de la consolidation du dommage¹⁷¹⁴. Mais cette disposition spéciale n'a pas été étendue au Territoire, qui demeure régit par le système *civil* antérieur de type dualiste¹⁷¹⁵.

Bien qu'ils se soient beaucoup rapprochés, l'un et l'autre de ces deux régimes conservent un certain particularisme. Dans l'espace, il n'existe pas de responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (exception faite lorsque le débiteur d'une obligation est invité à répondre des agissements dommageables de la personne qu'il s'est substitué), à la différence de la voie ouverte en matière délictuelle par l'article 1384 alinéa du Code civil.

Certes la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 est muette quant au fondement juridique de la responsabilité médicale. Mais l'on peut se demander si le double fondement traditionnel, contrat médical en droit privé, dysfonctionnement du service public en droit hospitalier, demeure, ou si l'on se trouve désormais en présence d'une responsabilité médicale unique.

De notre point de vue l'avènement de celle-ci n'est pas encore une réalité incontestable en Métropole et plus encore sur le Territoire. Mais cette thèse n'en est pas moins intéressante, car elle exprime bien une évolution en cours. Car, au modèle contractuel antérieur, est en train de se substituer un modèle statutaire, engendrant une responsabilité médicale qui nous paraît se placer dans une dynamique d'autonomisation croissante.

Celle-ci est en marche, mais le processus n'est pas achevé. La preuve en est que la distinction de la responsabilité contractuelle et délictuelle conserve encore un certain intérêt : au niveau des délais de prescription, mais aussi lorsque le dommage implique une équipe, puisque, dans le cadre de la responsabilité contractuelle chacun répond de ses fautes, alors que dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle, toute l'équipe se voit collectivement engagée.

aquillienne en droit commun", Helbing & Lichtenhahn, Genève-Bâle-Münich, 2002, p. 158, note 11).

¹⁷¹³ La responsabilité d'un certain nombre de professionnels est aujourd'hui soumise à un régime uniforme indépendant du clivage entre responsabilité contractuelle et délictuelle. On en connaît des exemples déjà anciens, avec les transporteurs aériens et maritimes (A. Sériaux, "*Droit des obligations*", P.U.F. Droit fondamental, 1992, p. 308). De notre point de vue, c'est ce qui est en train de se passer pour les médecins, comme on va s'efforcer de le montrer dans les pages qui suivent.

¹⁷¹⁴ C.S.P. art. L. 1142-28 / L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 98 (non applicable à la Nouvelle-Calédonie).

¹⁷¹⁵ La non-application de l'article 98 de la loi Kouchner sur le Territoire a également pour conséquence que la prescription quadriennale de droit *hospitalier*, abolie en Métropole, subsiste en Nouvelle-Calédonie.

Dans ces conditions, on va examiner successivement la responsabilité civile contractuelle (dominante) et la responsabilité civile extracontractuelle (résiduelle).

§. 1 - La nature essentiellement contractuelle de la responsabilité médicale

En règle générale, conformément aux principes de l'arrêt Mercier, la responsabilité civile médicale procède d'un manquement à l'obligation de moyen qu'induit le contrat médical (c'est-à-dire le contrat qui lie le médecin à son patient). Exceptionnellement, dans certains domaines restreints, elle peut aujourd'hui procéder du manquement à une obligation plus lourde et celle-ci est parfois susceptible de s'analyser comme une obligation de résultat.

Sous-paragraphe 1 - L'obligation de soin qu'induit le contrat médical est en principe une obligation de moyens

Une jurisprudence qui, sur ce point n'a jamais varié¹⁷¹⁶, considère que le ministère médical suppose "l'engagement, sinon évidemment de guérir le malade, du moins lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science"¹⁷¹⁷. On retrouve ici le critère même des obligations de moyens : l'aléa affectant le résultat ne permet au débiteur de l'obligation (= celui sur lequel elle pèse) de ne s'engager qu'à mettre en œuvre les moyens qui sont normalement de nature à faire aboutir au résultat souhaité, et non à procurer directement ce résultat, ce qui est à l'évidence la situation du médecin caractérisée par l'aléa thérapeutique, par nature inhérent à la pratique médicale et chirurgicale¹⁷¹⁸. En effet l'acte le plus consciencieux, le mieux conduit peut toujours échouer, blesser ou tuer¹⁷¹⁹.

La jurisprudence a adopté la même solution pour les pharmaciens, chirurgiens-dentistes¹⁷²⁰ et les vétérinaires¹⁷²¹. Par

¹⁷¹⁶ Cass. 15 juin 1937, J.C.P. 1937, 413...1° civ., 31 mai 1960, J.C.P. 1961, éd.G, II, 11914...etc....

¹⁷¹⁷ Cass. civ., Dr. Nicolas c. époux Mercier, 20 mai 1936, D. 1936, p. 96 ; A. Sériaux, "*Droit des obligations*", P.U.F., Paris, 1992, p. 164.

¹⁷¹⁸ Cass. 1° civ., 26 janvier 1970, Bull. civ. I, n° 34 : "il existe une part d'aléa inhérente à tout acte chirurgical".

¹⁷¹⁹ P. Sargos, "*L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire*", J.C.P. 2000.I.202, n° 1.

¹⁷²⁰ Cass. civ., 29 octobre 1985, D. 1986.417.

¹⁷²¹ Cass. civ., 31 janvier 1989, Bull. civ., I, n° 56, p. 36 ; J.C.P. 89, IV, 120.

ailleurs, la pratique moderne confortée par le législateur¹⁷²² a fait apparaître un contrat de recherche médicale avec ou sans bénéficiaire individuel direct pour le co-contractant suivant qu'il est ou non un sujet sain), dans lequel le professionnel est également astreint à une obligation de moyen.

À côté de ces solutions devenues classiques, dans le courant de la seconde moitié du XX^e siècle, il est apparu peu à peu que l'application pure et simple des règles gouvernant la responsabilité médicale était devenue insuffisante pour réparer tous les préjudices. C'est ainsi que sont apparues des techniques nouvelles qui ont permis aux magistrats de l'ordre judiciaire de toujours mieux indemniser les victimes...en condamnant des médecins à réparer les dommages consécutifs aux actes de soins les plus divers. Au point de donner à la notion de responsabilité pour faute une élasticité inquiétante pour les praticiens les plus consciencieux.

L'une des techniques jurisprudentielles les plus astucieuses a été le recours à la notion de perte de chance de guérison (ou de survie), introduite en 1965¹⁷²³ et étendue en 1990¹⁷²⁴ qui a permis d'offrir une certaine réparation, bien que le requérant n'ait pas pu prouver formellement le lien de causalité entre le dommage et le fait incriminé par lui comme générateur du dommage¹⁷²⁵ : le préjudice indemnisé par le juge judiciaire n'est pas le préjudice subi dans sa totalité, car rien ne prouve que la victime aurait pu guérir ; il va être calculé "par l'application du pourcentage de chance perdue à la valeur totale des préjudices subis"¹⁷²⁶. A condition que l'opération n'ait pas

¹⁷²² L. 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biologiques (C.S.P., anc. art. L. 269-1 à L. 209-22). Ce texte a légalisé la recherche sans bénéficiaire individuel direct pour la personne qui s'y prête.

¹⁷²³ J. Penneau, *"La responsabilité du médecin"*, op. cit., p. 31.

¹⁷²⁴ Cass. 1^o civ., 7 février 1990, Bull. I, n^o 39 : le défaut d'information par le médecin de la personne soignée prive celle-ci d'une chance. Désormais le médecin qui n'aurait pas recueilli valablement le consentement de la personne qu'il a soigné s'expose à réparer -non l'entier dommage corporel subi par ce dernier- mais "la perte de chance de refuser l'acte médical" (S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 17). Mais si le malade aurait accepté l'intervention même s'il avait été complètement informé, ce raisonnement devient inapplicable (Cass. 1^o civ., 20 juin 2000, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p. 584, note F. Chabas).

¹⁷²⁵ Voir dernièrement : Cass. 1^o civ., 4 novembre 2003, n^o01-13204, R.G.D.M., n^o12 (2004), p. 308 : "seule la perte de chance de guérison peut, en effet, être indemnisée lorsqu'il n'est pas établi que des soins administrés à temps eussent guéri le patient".

¹⁷²⁶ S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 17). Cf Cass. 1^o civ., 7 octobre 1998, 2^o esp., Juris-Data n^o1998-003693 ; C.A. Angers, 11 septembre 1998, D. 1999, jurispr. p. 46, note M. Penneau ; Cass. 1^o civ., 15 décembre

été nécessaire, car, en ce cas, le patient l'aurait acceptée, même s'il avait été convenablement informé¹⁷²⁷. Par la suite, la théorie de la perte de chance et ce mode de calcul ont été appliquée également par le juge administratif¹⁷²⁸, étant précisé que, depuis 1998, la Cour administrative d'appel de Paris, dont la jurisprudence reste à confirmer par le Conseil d'État, n'indemnise que le préjudice imputable à la seule perte de chance de se soustraire à un risque thérapeutique ou de conserver son intégrité physique¹⁷²⁹.

Cette tendance à élargir le droit à indemnisation en recourant à la technique dite "du forçage de contrat" et en manipulant le fondement de l'obligation médicale s'est dangereusement accentuée dans les années 1990.

Cette époque est également celle durant laquelle, la juridiction administrative, avec les arrêts Gomez¹⁷³⁰ et Bianchi¹⁷³¹, a abandonné l'exigence d'une faute lourde en droit hospitalier et paru s'orienter vers l'indemnisation systématique de l'aléa thérapeutique. Même si on sait aujourd'hui qu'il faut mettre un bémol à cette affirmation : près de dix ans plus tard, la jurisprudence Bianchi "n'a été appliquée par les Cours d'appel administratives qu'à quatre reprises et pour des dommages extrêmement graves"¹⁷³².

Pour en revenir à la jurisprudence civile, c'est à cette période, qu'elle a recouru à la notion d'obligation de sécurité, voire de résultat née en droit des transports¹⁷³³ et transposée ensuite au droit médical.

1999, Resp. civ. et assur. 2000, comm.91 ; 20 juin 2000, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p. 584).

¹⁷²⁷ Cass. 1^o civ., 7 octobre 1998, Castagnet c./ clinique du Parc, J.C.P., 1998, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos. Voir dans le même sens : C.E., 27 septembre 2002, Mme Sainty, n^o 223429, R.G.D.M., n^o 9, 2003, p. 242 et C.A.A. Douai, 17 juin 2003, Yvonne X., n^o 01DA00015, R.G.D.M., n^o 12 (2004), p. 307.

¹⁷²⁸ M. Heers, "L'indemnisation de la perte d'une chance", Gaz. Pal., mars-avril 2000, p. 525.

¹⁷²⁹ C.A.A. Paris, 9 juin 1998 (2 arrêts) M. Guilbot, Mme Berkoun, R.F.D.A. 1999, p. 232.

¹⁷³⁰ C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, Gomez, sur la responsabilité sans faute de l'hôpital au titre de l'utilisation d'une "thérapeutique nouvelle" aux conséquences encore mal connues ayant entraîné chez le patient, âgé de quinze ans, une paraplégie définitive alors que l'intervention n'était pas indispensable.

¹⁷³¹ C.E., Ass., 9 avril 1993, Bianchi, Rec., p. 127 sur la responsabilité sans faute de l'hôpital dès lors que les (deux) conditions d'extrême gravité du préjudice et de caractère exceptionnel du risque se trouvent réunies

¹⁷³² J. Guigue, "Aléa thérapeutique : le droit privé peut-il s'aligner sur la jurisprudence du Conseil d'État ?", Gaz. Pal. 22-23 mars 2000, p. 523.

¹⁷³³ C'est la technique dite du "forçage du contrat". L'obligation de sécurité a été découverte dans le contrat de transport, par la Cour de cassation dans un arrêt de 1911 qui a assigné au transporteur l'obligation de conduire le passager à destination "sain et sauf" (Cass. civ. 19 novembre 1911, Zbidi Hamida ben Mahmoud c. Cie Gale Transatlantique, D.P. 1913, I, 429 ; S. 1912, I, 73). Quelques années plus tard, la

L'obligation de sécurité peut être une obligation de moyen. Mais ce peut être aussi une obligation de résultat et on parle alors d'obligation de sécurité de résultat.

Sous-paragraphe 2 - L'obligation de soin que le contrat médical met à la charge du médecin peut parfois s'analyser comme une obligation *sui generis* (obligation de moyen renforcée, obligation de sécurité dite parfois "de sécurité résultat"¹⁷³⁴ ou "de sécurité de résultat"¹⁷³⁵

Dans certains cas, le médecin est tenu d'une obligation complexe, qui va au-delà de l'obligation de moyen, tout en restant en deçà de l'obligation de résultat. Cette obligation *sui generis*¹⁷³⁶ a reçu des dénominations variables suivant les auteurs : "obligation de moyen renforcée" (J. Penneau), obligation "de sécurité-résultat" (M. Harichaux), etc. On s'efforcera ici d'en cerner les contours matériels, au fil des décisions de justice. En effet cette catégorie nouvelle est une création de la jurisprudence, en partie reprise, voire complétée par un certain nombre de lois.

On parle d'"obligation de moyen renforcée" pour l'I.V.G. En effet il existe à la charge du praticien une obligation de mettre en œuvre un contrôle efficace en vue du résultat attendu. Ce n'est pas une obligation de résultat car l'opération comportera toujours un aléa¹⁷³⁷. Mais ce n'est pas une simple obligation de moyen. S'agissant d'I.V.G., en règle générale, cette intervention n'est susceptible d'engager la responsabilité du médecin qu'en cas de faute prouvée de celui-ci (généralement une négligence) et cette faute offre la possibilité d'une réparation¹⁷³⁸.

Cour de cassation y a vu une obligation de sécurité de résultat (Cass. civ., 25 juillet 1922, D.P. 1923, I, 210).

¹⁷³⁴ C. Clément, "1990-2002 : une période jurisprudentielle faste pour les droits du patient", R.G.D.M. n° 7, Ed. hospitalières, Bordeaux, 2002, p. 34.

¹⁷³⁵ Cass. 1° civ., 9 novembre 1999, Mme Morisot, Bull. civ. I, n° 300 ; J.C.P. G 2000, II, 10251, note Ph. Brun.

¹⁷³⁶ L'expression signifie que cette obligation est à elle seule un type particulier d'obligation. Les juristes utilisent cette notion lorsqu'ils sont confrontés à un concept inclassable.

¹⁷³⁷ T.G.I. Bobigny, 15 décembre 1976, DS 1977, p.245 ; T.G.I. Evreux, 21 décembre 1979, DS 1981, p. 185, note J. Penneau ; Cass. crim., 5 avril 1978, Gaz. Pal. 1978, 2, p. 441 ; note P.J. Doll.

¹⁷³⁸ Dans un premier temps, en cas d'échec de l'I.V.G. la jurisprudence judiciaire a refusé toute réparation au motif que la naissance d'un enfant ne pouvait s'analyser comme un préjudice (T.G.I. Bobigny, 5 décembre 1976, DS 1977, p. 245, note Ph. Le Tourneau ; Cass. 25 juin 1991, Bull. civ. I, n° 213, D. 1991, p. 566, note Ph. Le Tourneau). La jurisprudence administrative s'est originellement prononcée dans le

S'agissant des obligations de résultat, il faut commencer par observer que nulle part dans les arrêts de la Cour de cassation ne figure (sans restriction stylistique) le terme "obligation de résultat". Mais c'est bien à un résultat précis qu'est tenu le médecin dans certaines situations bien précises.

Tel est le cas s'il s'est engagé à exécuter un acte à un moment déterminé ou promet de l'exécuter personnellement (par exemple lorsqu'un obstétricien promet de procéder en personne à un accouchement)¹⁷³⁹. Il en est de même si un chirurgien esthétique indique à son patient qu'il va pratiquer une incision d'une longueur déterminée et que celle-ci est plus importante que prévue. Il en va encore de même chaque fois que la nature de la prestation exclut tout aléa -ce qui est rare, comme nous le rappelle opportunément un arrêt récent sur le dépistage du sida¹⁷⁴⁰. Dans de telles hypothèses, le praticien est tenu à une obligation de résultat et expose sa responsabilité s'il n'a pas honoré son engagement, en dehors de toute cause étrangère et qu'il en a résulté un dommage pour le patient.

Lorsque le juge impose une obligation de sécurité à un professionnel de santé, c'est bien à un résultat précis qu'il l'astreint : le plus haut niveau de sûreté.

L'exemple-type est celui des appareils et instruments utilisés pour l'exécution des actes médicaux d'investigation et de soins : depuis 1999 la jurisprudence fait explicitement peser sur le médecin une obligation de sécurité¹⁷⁴¹. Tel était déjà le cas dans certaines

même sens (C.E., 2 juillet 1982, Gaz. Pal. 1983, I, p. 193, note F. Moderne avec concl. Pinault, R.D.S.S., 1983, p. 95).

Pourtant à cette époque, les tribunaux avaient admis qu'un échec de la stérilisation ayant permis la naissance d'un enfant pouvait donner lieu à des difficultés matérielles et psychologiques qui devaient être réparées (C.A. Nîmes, 15 octobre 1981, Juris-Data n° 025785 ; Cass. 1° civ., 9 mai 1983, Bull. civ. I, n° 140, J.C.P. G 1983.1.226). Il y avait là les germes d'un revirement jurisprudentiel donnant droit à indemnité en cas d'échec de l'I.V.G.

¹⁷³⁹ C.A. Paris, 21 novembre 1986, D. 1987. Somm. 421, obs. J. Penneau.

¹⁷⁴⁰ C.A. Paris (1° ch., sect. B), 19 décembre 2002, R.G. n° 2000/15368 : en 1987, les résultats d'analyses effectuées en vue de la recherche du VIH n'étant pas exempts d'un certain aléa, le contrat qui unissait un médecin et son patient, ayant pour objet la réalisation d'un test de dépistage VIH, ne comportait pas une obligation de résultat. Dès lors la responsabilité de plein droit du médecin ayant effectué l'analyse ne saurait donc être retenue, en raison de l'inexactitude du résultat qu'il avait donné à son patient. En revanche, en s'abstenant du moindre commentaire sur l'aléa des données acquises de la science et donc du résultat communiqué des analyses, le médecin a méconnu le devoir d'information sur lequel tout patient, même en dehors de toute interrogation spécifique de sa part, peut légitimement compter. Ce manquement est constitutif d'une faute, engageant la responsabilité contractuelle du médecin à l'égard de son patient.

¹⁷⁴¹ "S'il est exact que le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte

situations aussi graves qu'inadmissibles, par exemple, lorsqu'un médecin avait remis à un patient une boîte d'ampoules qu'il détenait depuis douze ans et qui avaient causé un dommage en explosant¹⁷⁴².

On peut observer au passage qu'en matière hospitalière, le juge administratif développe une jurisprudence analogue, puisqu'il admet que la responsabilité d'un établissement de santé est présumée lorsqu'un dommage est imputable à un appareil défectueux¹⁷⁴³ ; en effet, lorsque la faute est présumée, on peut considérer que pèse sur le débiteur une obligation de résultat¹⁷⁴⁴.

Si un chirurgien-dentiste est tenu d'une simple obligation de moyens quant aux soins à donner à son patient, y compris *la pose* d'une prothèse¹⁷⁴⁵, il est en revanche astreint à une obligation de sécurité de résultat quant à *la délivrance* d'une prothèse dentaire¹⁷⁴⁶ ou l'utilisation de ses instruments de travail¹⁷⁴⁷, qui doivent être sans défauts.

médical d'investigation et de soins, encore faut-il que le patient démontre qu'ils sont à l'origine de son dommage" (Cass., 1^o civ., 9 novembre 1999, Mme Morisot, dit "arrêt de la table", Bull. civ. I, n^o 300 ; J.C.P. G 2000, II, 20251, note Ph. Brun, D. 2000, p. 117, note P. Jourdain ; "Droit et patrimoine" 2000, n^o 2496, obs. F. Chabas) concernant la chute d'une patiente d'une table d'examen dont elle était descendue sans y avoir été invitée. Le médecin a échappé à la condamnation car la table n'était pas à l'origine du dommage, causé par la décision de la patiente d'en descendre.

¹⁷⁴² Cass., civ. 2^o, 15 juin 1972, Bull. civ. II, n^o 186, R.T.D.C. 1973, p. 136, obs. G. Durry.

¹⁷⁴³ C. Clément, "1990-2002 : une période jurisprudentielle faste pour les droits du patient", R.G.D.M. n^o 7, 2002, p. 35.

¹⁷⁴⁴ J. Carbonnier, "Droit civil", t. 4, Thémis, 1990, n^o 156.

¹⁷⁴⁵ Cass. civ., 1^o, 29 juin 1977, Bull. civ. I, n^o 303 ; J.C.P. G 1979, II, 1, 9222, note F. Chabas ; Cass. 1^o civ., 3 avril 1979, Bull. civ., I, n^o 107, DS 1980, inf. rap., p. 170, ons ; J. Penneau.

¹⁷⁴⁶ Cass. 1^o civ., 15 novembre 1972, Bull. civ. I, n^o 241, DS 1973, p. 243, R.T.D.C. 1974, p. 160, obs. G. Durry ; C.A. Paris, 17 janvier 1982, Gaz. pal. 1983, somm. p. 286). Les juges estiment que la prothèse fabriquée doit être "sans défaut" (Cass. 1^o civ., 29 octobre 1985, Bismuth, D.1986.417 ; 12 juin 1990, Bull. civ., I, n^o 162). C'était la première fois que la cour de cassation introduisait une obligation de résultat dans le domaine médical. Cette jurisprudence a été ensuite confirmée : (Cass. 1^o civ., 15 novembre 1988, Bull. civ. I, n^o 319 ; 12 juin 1990, Bull. civ. I, n^o 162) et même renforcée (Cass. 1^o civ., 22 novembre 1994, Bull. civ. I, n^o 340) puisque "un chirurgien dentiste orthodontiste est tenu d'une obligation de résultat concernant la sécurité tenant tant à la conception de l'appareil qu'à ses conditions d'utilisation et qu'il a l'obligation de donner des informations sur le caractère dangereux de l'appareil, même si celui-ci est sans défaut et si le caractère dangereux ne peut résulter d'un usage normal".

Si la défectuosité de la prothèse est avérée, ceci engage en outre la responsabilité du fabricant, sur qui pèse aussi une obligation de résultat (C.A. Dijon, 12 avril 1994 : D. 1995, somm. p. 101, obs. J. Penneau, à propos d'un implant oculaire dont la rupture ne pouvait pas être clairement imputée au fabricant où à l'ophtalmologiste).

¹⁷⁴⁷ T.G.I. Pontoise, 28 novembre 1986.

Il en va de même, en matière d'infection nosocomiale contractée dans un établissement de santé ou un centre de transfusion sanguine. Les infections nosocomiales sont des infections (qui par définition supposent la pénétration de micro-organismes) contractées à l'occasion d'un soin médical ou d'un séjour à l'hôpital¹⁷⁴⁸, qui n'ont pas nécessairement de lien direct avec la thérapie¹⁷⁴⁹. Par exemple constitue une infection nosocomiale non iatrogène une légionellose contractée dans une douche au cours d'un séjour hospitalier. Ces pathologies sont très diverses : les unes apparaissent comme une fatalité compte-tenu de la résistance aux antibiotiques de certaines bactéries (précisément dénommées BMR : bactéries multirésistantes), comme les staphylocoques dorés¹⁷⁵⁰, les autres procèdent du non-respect des règles d'hygiène de base par une bonne partie du personnel soignant. En France, les infections nosocomiales représentent une des premières causes de mortalité durant l'hospitalisation. On considère dans les C.H.U. que 6 à 8 % des malades admis à l'hôpital contracteront une infection pendant leur séjour¹⁷⁵¹ et l'infection sera elle-même mortelle dans 5 à 10 % des

¹⁷⁴⁸ Voir la définition juridique fournie par la circulaire n° 263 du 13 octobre 1988 (lexbase.fr, n°lxb : L5502AIM), abrogée par la circulaire du 29 décembre 2000, qui énonce simplement que "les infections nosocomiales sont des infections contractées dans un établissement de santé". C'est le seul texte dont on dispose dans la mesure où l'expression, pourtant utilisée dans certaines décisions de justice (Cass., 1° civ., 16 juin 1998, Bull. civ. 1, n°210, D. 1999.653), n'a jamais été définie par le juge ou par la loi (D. Mainguy, "*Le traitement juridique des infections nosocomiales*", dans A.Leca, Fr. Vialla dir., "*Le risque épidémique*", P.U.A.M., 2003, pp. 343 ss). Elles peuvent se déclarer dans un laps de temps très variable, dans les 48 H de l'admission en établissement de santé ou dans l'année de l'installation d'un implant. Ainsi le délai pour la reconnaissance d'une telle infection peut être lui-même variable. Par exemple pour les infections de plaies opératoires, on accepte comme nosocomiales les infections survenues dans les trente jours suivant l'intervention, ou (s'il y a mise en place d'une prothèse ou d'un implant) dans l'année qui suit l'intervention (E. Marsaudon, "*Les infections hospitalières*", P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1998, p. 8).

¹⁷⁴⁹ Inversement les *affections iatrogènes* sont toujours en relation avec l'acte de soins.

¹⁷⁵⁰ Ils résistent à la pénicilline dans 53% des cas (E. Marsaudon, "*Les infections hospitalières*", op. cit., p. 14).

¹⁷⁵¹ Fr. Chast, "*Histoire contemporaine des médicaments*", op. cit., p. 214 ; E. Marsaudon, "*Les infections hospitalières*", op. cit., p. 12 : 7,6% ; M. Loriol, "*Alerte aux risques infectieux !*", dans "*Le Moniteur des Pharmacies et des Laboratoires*", n° 2446, 25 mai 2002, p.16 : "près de 7% des patients hospitalisés". Ce pourcentage est celui qu'a livré une enquête réalisée en 2001 par l'Institut de Veille Sanitaire auprès de 1.500 établissements de santé, publics et privés, regroupant 78% des lits d'hospitalisation en France (*Gaz. Pal.*, 10-11 janvier 2003, p. 5).

En fait le pourcentage varie suivant les services : réanimation (taux d'infections nosocomiales en moyenne de 28,1%), chirurgie (7,4%), médecine générale (7,2%), gynécologie-obstétrique (2,7%), pédiatrie (1,4%) cf E. Marsaudon, "*Les infections hospitalières*", op. cit., p. 13.

cas¹⁷⁵². Ce qui représente environ 800.000 infections contractées¹⁷⁵³ et peut-être 10.000¹⁷⁵⁴, voire 18.000¹⁷⁵⁵ décès l'an, soit beaucoup plus que les accidents de la route. Les statistiques manquent hélas de fiabilité¹⁷⁵⁶. En tous cas, "l'état du système de santé" génère une sinistralité forte et stable dans les établissements de santé : leur fréquence est de 323 % en 2000¹⁷⁵⁷. C'est dire qu'il existe là un grave problème de santé publique et une faille dans la protection juridique. Inspirée des plus louables intentions, la Cour de cassation a voulu y répondre¹⁷⁵⁸ en reconnaissant finalement une obligation de sécurité de résultat pesant en la matière sur les établissements et les professionnels de santé¹⁷⁵⁹, cette solution valant aussi bien dans le cabinet d'un médecin libéral qui, par exemple, pratiquerait une

¹⁷⁵² Fr. Chast, *"Histoire contemporaine des médicaments"*, op. cit., p. 214.

¹⁷⁵³ Ph. Houdart et alii, *"Le défi des infections nosocomiales"*, *Le Point*, 6 juin 2003, pp. 79-80 relèvent que d'après le rapport du CLIN local (Comité de lutte contre les infections nosocomiales, chargé au sein de chaque établissement de traquer les infections), à l'hôpital Bichat à Paris le chiffre moyen d'observance de lavage des mains à la sortie de la chambre des patients est "de l'ordre de 65%, chiffre trop bas pour empêcher la transmission des bactéries".

¹⁷⁵⁴ E. Marsaudon, *"Les infections hospitalières"*, op. cit., p. 11 ; Y. Lambert-Faivre, *"La loi n°2000-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé"*, III - L'indemnisation des accidents médicaux, Dalloz, 25 avril 2002, n° 17, Chr., p. 1369.

¹⁷⁵⁵ B. Kouchner, *"Le premier qui dit la vérité..."*, op. cit., p. 208.

¹⁷⁵⁶ A partir d'une projection réalisée sur la base d'une enquête récente du CLIN Paris-Nord, on obtiendrait entre 4000 et 4500 décès l'an en CHG et en CHU (Ph. Houdart et alii, *"Le défi des infections nosocomiales"*, *Le Point*, 6 juin 2003, p. 81).

¹⁷⁵⁷ *"L'Argus de l'Assurance"*, n° 6795, 19 juillet 2002, p. 9.

¹⁷⁵⁸ A l'origine l'infection nosocomiale relevait de l'obligation de moyens (Cass. 1° civ., 9 octobre 1985, Gaz. Pal. Rec. 1986, panor. Cass., p. 44, Bull. civ. I, 250). Puis, comme la preuve de la faute d'asepsie qui pesait sur la victime constituait un obstacle à son indemnisation, la cour de cassation a jugé que la faute devait être présumée (Cass. civ. 21 mai 1996, Gaz. Pal. 1997, jur. p. 565, Bull. civ. n° 219, p. 152). Enfin les trois arrêts de 1999 ont transposé le système de l'obligation de sécurité de résultat (*infra* note 21).

¹⁷⁵⁹ "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 et de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère, et attendu qu'un médecin est tenu, vis à vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité et de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère..." (Cass. 1° civ., 29 juin 1999, 3 arrêts dits "des staphylocoques dorés", D.1999, p.559, note D. Thouvenin, J.C.P., 1999.II.10138, rapp. P. Sargos et du même auteur *"La doctrine de la cour de cassation en matière d'affection nosocomiale. De l'exigence d'une asepsie parfaite à la présomption de responsabilité"*, Médecine et droit, 1999, n°35, p.4 ; S. Hocquet-Berg, *"Commentaire des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 29 juin 1999 en matière d'infection nosocomiale"*, Gaz. Pal., 5-6 avril 2000, p. 624).

arthrographie, comme la haute instance l'a précisé en 2001¹⁷⁶⁰. Sans se demander si elle n'imaginait pas là un remède pire que le mal, en rendant impossible certains types d'activités médicales à risques incompressibles.

En ce qui concerne spécialement la transfusion sanguine, le *donneur* qui s'adresse à un établissement est en droit d'attendre la sécurité la plus totale. D'ailleurs la jurisprudence a toujours considéré que les centres de transfusion sanguine (CTS) devaient assumer à leur égard une obligation de résultat et la loi du 4 janvier 1993 a confirmé cette responsabilité sans faute vis à vis des donneurs¹⁷⁶¹. En revanche, autre est la situation du *receveur* et les centres ne sont tenus que d'une obligation de moyens¹⁷⁶². Il en résulte que leur responsabilité ne peut être retenue qu'en cas de faute.

Ce schéma simple ne suffit pas à rendre compte de l'état du droit. Il ne faut pas seulement distinguer la responsabilité sans faute vis à vis du donneur et la responsabilité pour faute à l'égard du receveur. Lorsqu'on a traité des droits de celui-ci, encore faut-il distinguer entre les CTS et les cliniques privées.

Un établissement de transfusion sanguine -qui a les moyens techniques d'opérer des vérifications- est par dérogation responsable de plein droit du dommage causé par la contamination dont était affecté le sang fourni. De manière générale, la qualité des produits qu'il délivre relève de l'obligation de résultat¹⁷⁶³. Il s'agit également ici d'une application particulière de la garantie des vices de la chose fournie. Ce point a été tranché assez tôt relativement à une contamination par l'agent de la syphilis¹⁷⁶⁴. En ce qui concerne la contamination transfusionnelle par le VIH, il a été précisé que les centres de transfusion sanguine sont tenus d'une obligation de résultat en ce qui concerne le vice interne, même indétectable du sang¹⁷⁶⁵. La

¹⁷⁶⁰ Cass. 1^o civ., 13 février 2001, Bertrand M. et autres c. le Sou Médical, Gaz. Pal., Rec. janv. fév. 2002, p. 227, note J. Bonneau (comportant un court historique de la jurisprudence civile en matière d'infection nosocomiale depuis 1985) : "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".

¹⁷⁶¹ C.S.P., anc. art. L. 668-10.

¹⁷⁶² C.A. Paris, 28 novembre 1991, J.C.P. G 1991, II, 21797, note M. Harichaux (censurant la décision du TGI de Paris du 1^o juillet 1991 qui avait fait peser une obligation de résultat en ce qui concerne le sang contaminé par le VIH pour des faits remontant à 1984).

¹⁷⁶³ Cass. 1^o civ., 17 décembre 1954 : J.C.P. G 1955, II, 8940, note R. Savatier ; D. 1955, 269 note Rodière ; Gaz. Pal. 1955, I, 54, R.T.D.C. 1955, p.300, obs. H. et L. Mazeaud (vérifier qu'il concerne la syphilis).

¹⁷⁶⁴ supra note précédente.

¹⁷⁶⁵ Cass. 1^o civ., 12 avril 1995 (2 arrêts), D. 1995, inf.rap., p.131, J.C.P. G 1995.II.22467, note P. Jourdain, Bull.civ.I, n^o379-380. Le premier arrêt (Martial) dispose que : "les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs

juridiction administrative a statué dans le même sens en consacrant la responsabilité sans faute des CTS¹⁷⁶⁶.

À l'inverse les cliniques (ou les médecins prestataires de service) -en l'absence de la possibilité de contrôler la qualité du sang transfusé- ne restent tenus que d'une obligation de moyen dans la fourniture de produits sanguins livrés par les centres de transfusion¹⁷⁶⁷, ce qui confirme la règle posée plus haut.

Les examens de laboratoire simples et courants ont été considérés comme des actes médicaux dépourvus d'aléas¹⁷⁶⁸, par exemple un test de dépistage du sida qui doit communiquer un "résultat fiable"¹⁷⁶⁹. En cas d'erreur ou de dommage, le professionnel ne peut s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère. Mais les examens de laboratoires plus délicats et complexes demeurent soumis au régime de l'obligation de moyen¹⁷⁷⁰.

En matière de surveillance des hospitalisés, psychiatriques en particulier, il existe à la charge des établissements privés une obligation de moyen renforcée.

Parallèlement aux efforts du juge, il est arrivé que le législateur impose de plein droit une obligation de résultat pour faciliter la réparation des dommages causés par l'activité médicale.

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". Le second que "le vice interne du sang, même indécélable, ne constitue pas pour l'organisme fournisseur une cause qui lui est étrangère". Un arrêt du 9 juin 1996 a confirmé cette jurisprudence en ajoutant que des fautes imputées aux pouvoirs publics à raison d'une information insuffisante ne constituaient pas une cause exonératoire de la responsabilité des organismes de transfusion sanguine (Cass. 1^o civ., 9 juillet 1996, Bull. iv., I, n^o 303).

¹⁷⁶⁶ C.A.A. Lyon, 2 octobre 1997, *Petites Affiches*, 8 mai 1998, p. 9, J.A. Bas.

¹⁷⁶⁷ Cass. 1^o civ., 12 avril 1995 (2 arrêts), D. 1995, inf.rap., p.131, J.C.P. G 1995.II.22467, note P.Jourdain, Bull. civ. I, n^o 379-380. Le premier arrêt (Martial) dispose 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". Le second que "le vice interne du sang, même indécélable, ne constitue pas pour l'organisme fournisseur une cause qui lui est étrangère". Un arrêt du 9 juin 1996 a confirmé cette jurisprudence en ajoutant que des fautes imputées aux pouvoirs publics à raison d'une information insuffisante ne constituaient pas une cause exonératoire de la responsabilité des organismes de transfusion sanguine (Cass. 1^o civ., 9 juillet 1996, Bull. civ., I, n^o303).

¹⁷⁶⁸ C.A. Toulouse, 14 décembre 1959, J.C.P. G 1960, II, 11402, note R. Savatier ; D.1960, 180, R.T.D.C. 1960, p. 298, obs. H.et L. Mazeaud.

¹⁷⁶⁹ T.G.I. Colmar, 25 octobre 1989, R.D.S.S. 1991, p.29, obs. L. Dubouis.

¹⁷⁷⁰ Cass. civ.1^o, 4 janvier 1974, Bull. civ. I, 4, D. 1974, somm.p. 79 ; T.G.I. Montpellier, 15 décembre 1999, J.C.P. G 1990, II, 21556 note J.P. Gridel, R.D.S.S. 1991, p. 31, obs. L. Dubouis. Tel est le cas lorsque les conditions de réalisation d'un test sont encore aléatoires (T.G.I. Auxerre, 8 novembre 1999, Dict. permanent 88, p. 7818).

Le domaine actuellement le plus notable est celui des recherches biomédicales, sans bénéfice individuel direct pour celui qui s'y prête (car il est en bonne santé). Pour de telles recherches, le promoteur assure, même sans faute, l'indemnisation des conséquences dommageables subies par la personne qui s'y prête ; et ceci sans pouvoir opposer le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de cette personne¹⁷⁷¹.

Est également soumis à un régime de responsabilité sans faute (c'est à dire sans faute à prouver) le dommage subi par un donneur de sang¹⁷⁷² et un transfusé contaminé par le V.I.H.¹⁷⁷³.

La Cour de justice des communautés européennes a jugé que la directive européenne de 1985 sur la responsabilité de plein droit concernant les produits défectueux, dont le contenu a été incorporé en droit français par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998, s'appliquait à l'utilisation par des médecins de produits défectueux à des fins thérapeutiques¹⁷⁷⁴.

Par ailleurs, toujours dans le domaine des produits défectueux, il existe à la charge des fabricants de vaccins et des vaccinateurs une obligation légale de résultat destinée à garantir la sécurité à laquelle l'utilisateur du produit peut légitimement s'attendre¹⁷⁷⁵. Ceci résulte de différents textes, notamment la loi du 1^o juillet 1964 (modifiée le 26 mai 1975)¹⁷⁷⁶ et la loi de 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux qui pose le principe d'une responsabilité sans faute du producteur, responsable de tout dommage causé par un défaut de son produit¹⁷⁷⁷.

Toutefois, cette responsabilité n'est pas illimitée dans le temps. La responsabilité du producteur est éteinte de plein droit au bout de dix ans ou trois ans à partir de la connaissance du dommage par la victime¹⁷⁷⁸.

En outre il existe une exonération de responsabilité pour le producteur dans l'hypothèse d'un risque de développement. Le risque de développement, que les Anglais appellent sous une terminologie plus parlante *phantom risk*, met en scène des dommages causés par un produit après sa mise en circulation, du fait d'un défaut qui lui est inhérent et qui, au moment de son introduction sur le marché, était imprévisible, insoupçonné, qu'on ne pouvait pas découvrir, voire

¹⁷⁷¹ L. Huriot-Serusclat du 20 décembre 1988, C.S.P. art. L.1121-7 (modifié en Métropole par la loi du 6 août 2004).

¹⁷⁷² L. 2 août 1961 modifiée, C.S.P. art. L. 1229--9.

¹⁷⁷³ L. du 31 décembre 1991, C.S.P. art. L. 3122-1.

¹⁷⁷⁴ C.J.C.E., 10 mai 2000, D. 2001, p. 3065, note P. Kayser.

¹⁷⁷⁵ C. de la consommation, art. L. 221-1.

¹⁷⁷⁶ C.S.P., art. L. 3111-9.

¹⁷⁷⁷ C. civil, art. 1386-1 issu de la loi du 19 mai 1998.

¹⁷⁷⁸ C. civil, art. 1386-16 issu de la loi du 19 mai 1998.

inévitables, car l'état le plus avancé des connaissances scientifiques et techniques d'alors ne permettait pas de l'identifier.

On notera que si la responsabilité de l'État est engagée, en l'absence de faute, du seul fait du dommage résultant d'une vaccination obligatoire¹⁷⁷⁹, la puissance publique se réserve une action récursoire contre le praticien vaccinateur en cas de faute de ce dernier¹⁷⁸⁰.

Encore une fois, comme il est de règle en matière d'obligation de résultat, le professionnel débiteur de l'obligation pourra s'exonérer de la responsabilité, soit par la preuve d'une cause étrangère dans la production du dommage, soit par le fait du créancier, lorsque celui-ci a été la cause génératrice et exclusive de l'inexécution.

Si on met bout à bout ces solutions, peut-on dire que le médecin est tenu d'une obligation de sécurité lui imposant d'amener la personne soignée "au terme de son séjour sain et sauf de tout dommage autre que celui pouvant résulter des aléas propres à l'intervention" ? En d'autres termes, peut-on assimiler la situation du médecin à celle du transporteur ou du restaurateur qui a l'obligation de rendre sain et sauf son client à l'issue de sa prestation de service ? Bien que certains arrêts aient pu le suggérer¹⁷⁸¹, à ce jour la réponse est négative, car les médecins ne sont pas contractuellement tenus d'indemniser les conséquences de l'aléa thérapeutique¹⁷⁸².

¹⁷⁷⁹ Il s'agit de la vaccination contre la diphtérie, le tétanos, la polyomyélite et la para-typhoïde. Le Conseil d'État a admis dans le milieu du XX^e siècle une présomption de faute de la part des centres de vaccination (C.E., Ass., 7 mars 1958, Secrétariat d'État à la Santé publique c/ Dejous, Rec., p. 153). Puis le régime de la responsabilité sans faute de l'État a été consacré par la loi n°64-643 du 1^o juillet 1964 "sur le fondement de la théorie des risques de tous les dommages anormaux imputables à une vaccination obligatoire". La procédure en justice (toujours devant les juridictions administratives) a été ensuite simplifiée par la loi du 26 mai 1975. Il en résulte que c'est à la puissance publique de fournir la preuve "qu'aucune faute qui lui serait imputable n'est à l'origine du dommage (ce qui est pratiquement impossible, s'agissant d'une preuve négative)" (R. Chapus, *"Droit administratif général"*, t. 1, Montchrestien, Domat, 11^eéd., 1997, pp. 1166-1167). On notera enfin que la jurisprudence admet les pertes de chance lorsque le dommage n'est pas exclusivement dû à une vaccination (C.E., 23 février 1972, *Ministre de la Santé c/ Boghossian*, R.D.S.S., 1972, p. 354).

¹⁷⁸⁰ L'article L. 3111-9 alinéa 2 du C.S.P. dispose que "jusqu'à concurrence de l'indemnité qu'il a payée, l'État est, s'il y a lieu, subrogé dans les droits et actions de la victime contre les responsables du dommage.

¹⁷⁸¹ C.A. Bordeaux, 14 décembre 1998 admettant la responsabilité d'un médecin malgré l'absence de faute au motif que "le médecin est investi à l'égard du patient, qui a droit au respect de son intégrité corporelle, d'une obligation contractuelle de sécurité" (*Petites Affiches*, 9 décembre 1999, p.12, note S. Prieur) censuré par Cass. 1^o civ., 8 novembre 2000, *Destandau c/ Tourneur et MSA*, R.D.S.S. 2001-1, note L. Dubouis, p. 55.

¹⁷⁸² Cass. Civ.1^o, 8 novembre 2000, *Destandau c/ Tourneur et MSA*, R.D.S.S. 2001-1, note L. Dubouis, p.55 ; S. Prieur, *"L'indemnisation de l'aléa thérapeutique devant la Cour de cassation : quel débiteur ?"*, *Petites affiches*, 4 décembre 2000, n° 241, p.14 ;

Il n'en demeure pas moins que le nombre des exceptions introduites par le juge a modifié l'équilibre général entre les droits et obligations des médecins et de leurs patients.

Peut-on imaginer qu'il puisse aller jusqu'à la responsabilité sans faute ?

Sous-paragraphe 3 - L'obligation que le contrat médical met à la charge du médecin ne peut engendrer un mécanisme de responsabilité sans faute

Depuis les années 90, à côté des régimes législatifs excluant le fait fautif (vaccinations obligatoires¹⁷⁸³, recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct, dons du sang), les deux ordres de juridiction ont admis de nouvelles hypothèses de responsabilité sans faute médicale¹⁷⁸⁴.

Cette responsabilité n'existe pas pour le médecin de ville. La Cour de cassation a fermé la voie qui aurait pu y conduire, lorsqu'elle a cassé un arrêt de la Cour d'Aix¹⁷⁸⁵, qui avait affirmé (à propos des infections nosocomiales) que le médecin n'est tenu que d'une simple obligation de moyens dans sa pratique "à moins qu'il ne soit établi que le dommage dont se plaint le patient résulte des suites inadéquates de l'acte médical effectué" fut-il "non fautif"¹⁷⁸⁶.

La responsabilité sans faute du médecin de ville serait un instrument d'indemnisation efficace pour le patient victime d'un aléa thérapeutique, mais une solution inique pour le praticien, comme l'explique un arrêt de la Cour de Toulouse : "Admettre la responsabilité sans faute dans le domaine médical aboutirait à considérer qu'un médecin pourrait être tenu non de son propre fait, mais du fait de l'évolution néfaste de l'état de santé du patient"¹⁷⁸⁷. Et sans doute dangereuse pour l'avenir de la médecine.

Fr. Thiriez, *"Aléa thérapeutique : la Cour de cassation referme la porte"*, Conc. méd., 2 décembre 2000 ; C.A. Paris (1^och. B), 5 avril 2001, Soc. Le Sou Médical & autres c. Nicole Fajardie & autres, Gaz. Pal. Rec. janv. fév. 2002, p. 226.

¹⁷⁸³ La loi du 1^o juillet 1964 a introduit le principe d'une responsabilité automatique de l'État en matière de préjudices post-vaccinaux (C.S.P., anc. art. L. 10-1.) Ce texte a été la première consécration légale du droit à indemnisation face à la réalisation du risque sanitaire, qui s'est étendu ensuite dans la sphère du droit civil, pour toucher notamment le fabricant du vaccin, responsable de tout dommage causé par un défaut de son produit (C. civil, art. 1386-1 issu de la loi du 19 mai 1998).

¹⁷⁸⁴ C. Clément, *"La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé"*, Thèse Droit, Les Etudes Hospitalières, Bordeaux, 2001.

¹⁷⁸⁵ C.A. Aix, 18 octobre 2000 : Juris-data n^o 128542.

¹⁷⁸⁶ Cass. Civ.1^o, 8 novembre 2000, Destandau c/ Tourneur et MSA, R.D.S.S. 2001-1, note L. Dubouis, p. 55.

¹⁷⁸⁷ C.A. Toulouse, 8 mars 1999 : Juris-Data n^o124231 ; *Petites Affiches*, 2000, n^o102, p.17 ; Gaz. Pal. 18 octobre 2000, p. 39 ; J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit*

Comme il était injuste de ne pas le réparer en l'absence de faute médicale, d'autant que, dans ce cas, la réparation était possible pour un accident survenu en milieu hospitalier, sous réserve que la gravité du dommage soit retenue, la loi du 4 mars 2002 a mis sur pied les bases d'un système d'indemnisation, préconisé par certains auteurs¹⁷⁸⁸. L'aléa thérapeutique concerne les accidents médicaux, les affections iatrogènes (directement liées aux soins) et les infections nosocomiales (contractées à l'occasion d'un soin médical ou d'un séjour à l'hôpital) au-delà d'un certain seuil de gravité. Il n'y a pas lieu de l'examiner ici, car cette partie de la loi Kouchner n'est pas applicable à la Nouvelle-Calédonie.

Toutefois, la mentalité des "nouveaux médecins" qui entendent réduire la dépendance du médecin est "au service de l'individu"¹⁷⁸⁹ au nom de l'idée que le professionnel de santé est un professionnel comme les autres porte en germe l'idée que le praticien n'est plus qu'un prestataire de service, susceptible de se voir imposer une responsabilité sans faute dans l'intérêt du "consommateur".

§. 2 - Les cas résiduels dans lesquels la responsabilité médicale ne peut avoir qu'une nature extracontractuelle

Ils peuvent concerner deux types de personnes, d'une part des patients, d'autre part des tiers à l'acte médical.

médical et hospitalier", fasc. 18 (5, 2001), "La responsabilité médicale. Principes généraux" par Michèle Harichaux, pp. 17-18.

¹⁷⁸⁸ C. Clément, "1990-2002 : une période jurisprudentielle faste pour les droits des patients", *op.cit.*, p. 37 : "Dans le domaine des infections nosocomiales, le droit de la responsabilité n'est pas adéquat. Il faut trouver un autre système de réparation sans passer par le jeu de la responsabilité, sauf si une faute dans l'hygiène a été commise. Pourquoi, dès lors, ne pas prévoir une technique d'assurance pour les patients ou bien créer un fonds de solidarité ?"

¹⁷⁸⁹ C.D.M., art. 2.

Sous-paragraphe 1 - Les cas de responsabilité médicale extracontractuelle concernant des patients

Ces cas sont au nombre de deux. En effet, la responsabilité médicale peut être mise en jeu en dehors du cadre contractuel soit parce qu'il n'y a pas (ou plus) de contrat, soit parce que ce contrat ne peut pas être le support de l'action civile.

1 - La mise en jeu de la responsabilité médicale en dehors du cadre contractuel malgré l'existence d'un contrat

Deux hypothèses méritent d'être envisagées ici.

Tout d'abord, quand le dommage a été causé en dehors du cadre contractuel. Tel est, en premier lieu, le cas du patient qui ferait une chute accidentelle dans un cabinet ou un laboratoire, **une fois l'examen achevé.**

Négativement, si l'accident a lieu **pendant l'examen**¹⁷⁹⁰, par exemple en descendant de la table d'examen radiographique, il relève de la responsabilité contractuelle.

Tel est aussi le cas, en second lieu, lorsque le dommage survient dans un établissement de santé privé auprès d'un médecin salarié, le contrat, dit "d'hospitalisation et de soin" lie le patient à l'établissement et pas le patient au médecin. Il en résulte que celui-là ne pourra mettre en jeu la responsabilité civile de celui-ci que sur le plan délictuel.

Par ailleurs, **lorsque le dommage subi par le patient présente pour le médecin le caractère d'une faute pénale**, la cause de la responsabilité résultera de la constatation de celle-ci et c'est sur ce fondement là que le patient se portera partie civile devant la juridiction répressive. D'ailleurs toute autre voie lui serait fermée dans la mesure où l'action civile n'est recevable devant les tribunaux criminels que si elle résulte directement d'une infraction.

2 - La mise en jeu de la responsabilité médicale en dehors du cadre contractuel du fait de l'absence de contrat

Il faut également mentionner le dommage qui survient en l'absence de contrat. Soit parce que le contrat n'est plus, soit parce qu'il n'a jamais été.

Ce dernier cas survient lorsque le contrat est nul quand, par exemple le patient n'a pas consenti aux soins.

¹⁷⁹⁰ Cass. 1^o civ., 9 novembre 1999, Mme Morisot, J.C.P. 2000.II.117.

Il n'y a pas non plus de contrat lorsque le patient n'a jamais été en relation avec le médecin (cas typique de l'anesthésiste). Il en est de même lorsque la démarche du patient vers le médecin a été imposée par une réglementation unilatérale (dont le domaine d'élection -non exclusif¹⁷⁹¹- est la médecine du travail et la "médecine de caisse"). D'ailleurs, dans une telle hypothèse, le patient n'a pas le choix du praticien. Enfin, il n'y a pas de contrat entre les médecins hospitaliers du service public et les patients qui sont soumis au statut légal et réglementaire du service (alors même que leur démarche aurait été volontaire et qu'ils auraient fait le choix de leur praticien). Le Conseil d'État l'a réaffirmé encore en 1991¹⁷⁹² bien qu'il existe aujourd'hui une tendance très nette à la contractualisation des rapports hospitaliers¹⁷⁹³.

Sous-paragraphes 2 - Les cas de responsabilité médicale extracontractuelle concernant des tiers

On trouve des tiers auxquels l'acte médical a causé un préjudice.

Hors l'hypothèse d'un décès du patient, les tiers peuvent être, par exemple, la victime d'un faux-certificat médical ou bien l'aide opératoire blessé malencontreusement par le chirurgien en cours d'intervention - ce qui peut être dramatique en milieu septique¹⁷⁹⁴.

En l'hypothèse d'un décès, les tiers sont les héritiers du défunt lorsqu'ils réclament réparation de leur préjudice personnel.

Que la responsabilité médicale soit ou non de nature contractuelle, elle reste subordonnée à l'exigence de conditions communes.

SECTION 2

LES CONDITIONS COMMUNES A TOUTES LES FORMES DE RESPONSABILITE MEDICALE

La responsabilité médicale est toujours subordonnée à l'existence de deux éléments : un fait dommageable et un préjudice qui naturellement doivent être liés par une relation de causalité (si l'on met de côté le domaine marginal de l'obligation de résultat où la responsabilité du médecin est engagée du seul fait de la survenance du

¹⁷⁹¹ Certains actes médicaux imposés par la loi ne relèvent pas de l'ordre de relations contractuelles. Par exemple un certificat d'internement (C.A. Caen, 19 octobre 1989, Juris-Data n° 052578 ; C.A. Paris, 18 janvier 1990, Juris-Data n° 021536).

¹⁷⁹² C.E., 11 janvier 1991, Mme Biancale, Rec., p.12, R.D.S.S. 1991, p. 262, concl. P. Hubert ; D. 1992, somm. p. 147, obs. P. Bon et Ph. Terneyre, A.J.D.A. 1991, p. 479, note S. Prétot.

¹⁷⁹³ B. Pitcho, "Le statut juridique du patient", op. cit., pp. 138 sq.

¹⁷⁹⁴ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", Dalloz, 2^eéd., Paris, 1996, p. 14.

dommage ou de la non réalisation du résultat promis, sauf preuve apportée par lui de l'existence d'une cause étrangère)

§. 1 - Les deux éléments constitutifs de la mise en jeu de la responsabilité médicale : le dommage et le préjudice

Dommage et préjudice sont souvent utilisés de manière synonyme, bien que certains auteurs aient opportunément cherché à les distinguer¹⁷⁹⁵. On entendra ici par dommage une donnée de fait, l'atteinte négative (corporelle ou non), subie par une personne du fait d'un tiers, et par préjudice, une notion juridique, le tort en ce qu'il donne lieu à réparation. En clair, le dommage est un fait, plus ou moins objectif, le préjudice, ses conséquences juridiques, éminemment subjectives. Tout dommage (par exemple la naissance d'un enfant non désiré) n'engendre pas nécessairement un préjudice (susceptible de réparation).

Sous-paragraphe 1 - Le fait dommageable

Le fait dommageable peut être l'acte du médecin ou le fait d'une chose ou d'un préposé dont il est responsable.

I - Le dommage résultant du fait du médecin

La faute médicale est un manquement à une obligation préexistante¹⁷⁹⁶. Le terme lui-même vient du verbe latin *fallere*, manquer. C'est une notion qu'il n'est pas possible de définir avec précision. Au surplus une telle entreprise serait inutile, car, comme l'expliquait déjà un auteur du XVI^e siècle¹⁷⁹⁷, tous les jours peuvent se produire des cas limites suscitant de nouveaux doutes.

On peut tout au plus proposer une définition théorique, en disant que c'est "l'anomalie de conduite que n'aurait pas présentée...le professionnel normalement diligent et compétent dans les mêmes circonstances que l'agent du dommage"¹⁷⁹⁸. Quelle que soit sa gravité¹⁷⁹⁹, qu'elle soit intentionnelle ou née de l'imprudence, elle est de nature à engager la responsabilité du médecin.

¹⁷⁹⁵ D. Alland, S. Rials dir., "Dictionnaire de la culture juridique", P.U.F.-Lamy, Quadriga 2003, v^o Dommage (par S. Porchy-Simon, p. 413.

¹⁷⁹⁶ M. Planiol, "*Traité élémentaire de droit civil*", t. 2, 11^e éd., n^o 863.

¹⁷⁹⁷ Donellus (= H. Doneau), *Opera* IV, Lib. XV, cap. XXVII, III, 224.

¹⁷⁹⁸ J. Penneau, "*La responsabilité du médecin*", *op.cit.*, p.16. Voir par ex. C.A. Paris, 1^o décembre 1995.

¹⁷⁹⁹ Il n'y a plus lieu ici à chercher à distinguer la faute lourde et la faute légère. "Toute faute du médecin engage sa responsabilité en vertu de l'article 1147 du Code civil" (Cass. 1^o civ., 30 octobre 1963, D. 1964, 81, note R. Savatier ; Gaz. Pal., 1964, 1, p. 8 ; R.T.D.C. 1964, p. 309, obs. Tunc). C'est un principe constant depuis le droit

La faute peut n'avoir aucune spécificité médicale, car les médecins, comme chaque individu, sont soumis aux règles du droit civil¹⁸⁰⁰. Tel est le cas de la négligence, que toute personne peut commettre, par exemple la confusion de champ opératoire : le médecin intervient sur le membre droit alors que c'est le gauche qui est malade¹⁸⁰¹, le chirurgien-dentiste ôte une dent saine au lieu de la dent malade¹⁸⁰².

La faute revêt plus généralement une coloration médicale. Elle peut s'analyser comme une faute contre la conscience médicale ou une faute contre la science médicale¹⁸⁰³. Ou, si l'on préfère, elle peut résulter de la violation d'une obligation éthique ou déontologique ou procéder d'une faute technique.

1 - La faute médicale à caractère éthique ou déontologique

C'est la violation "d'un devoir d'humanisme médical"¹⁸⁰⁴, "d'un devoir de conscience"¹⁸⁰⁵, d'une règle déontologique ou d'un usage professionnel¹⁸⁰⁶. Ceci appelle deux remarques. Tout d'abord, le juge civil peut évidemment s'appuyer sur le code de déontologie¹⁸⁰⁷. Par ailleurs la faute par lui constatée peut naturellement avoir des conséquences disciplinaires et pénales indépendamment de ses suites civiles :

romain, qui connaissait l'adage *Culpa levissima venit* (Dig. 9, 2, 44), "la faute la plus légère suffit".

¹⁸⁰⁰ Cass. civ., 29 novembre 1920, D.P. 1924, 1, 103 : "Les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil s'appliquent à toute faute quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui et il n'existe aucune exception en faveur du médecin".

¹⁸⁰¹ T. civ. Seine, 25 janvier 1949, Gaz. Pal. 1949, I, p. 217.

¹⁸⁰² T.A. Nouméa, 2 décembre 1999, C. Taupenas, Rec. du T.A. de Nouvelle-Calédonie, pp. 1177 ss.

¹⁸⁰³ P. Sargos, "La responsabilité pour faute en matière médicale", Matinée/ Débat du 17 juin 2002, La Lettre des Juristes d'Affaires, Lamy, Paris, 2002, p. 1.

¹⁸⁰⁴ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", *op.cit.*, p. 17.

¹⁸⁰⁵ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", fasc.18 (5, 2001), "La responsabilité médicale. Principes généraux" par Michèle Harichaux, p. 15 ; P. Sargos, "Évolution et mise en perspective de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des médecins", dans "Mélanges Lambert. Droit et économie de l'assurance et de la santé", Dalloz, 2002, p. 377.

¹⁸⁰⁶ On pourrait mentionner à ce titre le fait pour le médecin (généraliste) traitant de ne pas appliquer le traitement proposé par le spécialiste qu'il a lui-même appelé, alors que suivant les usages professionnels, en cas de désaccord avec le consultant, le médecin traitant doit aviser la famille et provoquer une autre consultation ou se retirer (J. Penneau, "La responsabilité du médecin", *op.cit.*, p.17).

¹⁸⁰⁷ Cass. 1^o civ., 4 novembre 1992, Gaz. Pal., 2-3 février 1994, note A. Dorsner-Dolivet.

- le refus de soins opposé par le médecin au malade dans une situation d'urgence, une situation de péril¹⁸⁰⁸ ou une situation dans laquelle les devoirs d'humanité imposent des soins¹⁸⁰⁹.

Mais "hors le cas d'urgence ou celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles"¹⁸¹⁰. Corollaire du caractère libéral de la médecine, ce droit s'est trouvé très tôt consacré par la jurisprudence¹⁸¹¹. On pourrait en donner comme exemple le refus de pratiquer une I.V.G.¹⁸¹².

- le refus de continuer des soins commencés¹⁸¹³,
- la violation du secret professionnel, mûe par le désir de bien faire (révéler à une personne la séropositivité de son conjoint)
- la substitution d'un chirurgien sans l'accord du patient et en dehors de toute urgence
 - la substitution d'une intervention à une autre sans l'accord du patient et en dehors de toute urgence¹⁸¹⁴.
 - le fait d'entreprendre un acte ou un traitement, auquel le patient a certes consenti, mais qui est dépourvu de finalité thérapeutique¹⁸¹⁵.
 - le fait d'entreprendre une intervention inutile ou dont les risques sont hors de proportion avec le bénéfice que l'on peut en escompter¹⁸¹⁶ et ici les actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique sont fréquemment en cause,

¹⁸⁰⁸ C.D.M., art. 9 : "tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires".

¹⁸⁰⁹ C.D.M., art. 47. Cette disposition a permis de sanctionner des médecins qui refusaient de prodiguer les soins nécessaires à un malade du sida (C.A.Paris, 20 février 1992, jurisdata n° 021279).

¹⁸¹⁰ C.D.M., art. 47.

¹⁸¹¹ Tb. Civ. de la Seine, 19 décembre 1910, G.P. 1911, 1, p. 100 ; Tb. Civ. de Grasse, 27 mai 1935, G.P. 1935, 2, p. 340.

¹⁸¹² C.S.P., art. L. 162-8 : "un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une I.V.G. mais il doit informer au plus tard dès la première visite, l'intéressée de son refus".

¹⁸¹³ C.D.M., art. 47-48

¹⁸¹⁴ Un chirurgien ayant pratiqué une intervention différente de celle prévue engage dont sa responsabilité, étant précisé que dans les cas dont on dispose n'existait aucune "nécessité évidente" qui aurait pu légitimer son choix a posteriori (Voir C.A. Dijon, 19 décembre 1990, JurisData n° 051660 ; C.A. Pau, 24 juin 1993, JurisData n° 045706 et 12 février 1997, JurisData, n° 040245).

¹⁸¹⁵ C'est une règle théorique. Mais en pratique, depuis que le syndrome de transexualisme a été admis et qu'encadrées par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 (non applicable à la Nouvelle-Calédonie), les stérilisations de convenance peuvent être pratiquées, il est rare que les juges s'y réfèrent. Ils utilisent plutôt l'insuffisance de l'information préalable.

¹⁸¹⁶ C.D.M., art. 40 : "Le médecin doit s'interdire, dans les investigations et soins qu'il pratique comme dans la thérapeutique qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié".

- la mise en danger de la vie d'autrui (tel le comportement d'un chirurgien ivre qui entreprendrait une intervention chirurgicale),
- l'euthanasie¹⁸¹⁷, qui, malgré certains errements du législateur¹⁸¹⁸, désigne la mort donnée à une personne souffrante atteinte d'une maladie incurable avec le consentement de celle-ci¹⁸¹⁹, que récusait déjà le serment d'Hippocrate¹⁸²⁰,
- l'acharnement thérapeutique¹⁸²¹, l'"obstination déraisonnable"¹⁸²²,
- les expérimentations hors du cadre légal, par exemple des expériences pour rechercher d'éventuelles réactions d'allergie à des produits cosmétiques opérées sur des orphelins avec leur accord, l'autorisation du directeur de l'établissement, mais pas celle de leurs représentants légaux¹⁸²³.

Cette règle a désormais valeur légale : un praticien ne doit pas prendre des "risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté" (C.S.P., art. L. 1110-5 / L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 3).

¹⁸¹⁷ En 1998, le CROM de Midi-Pyrénées entendit un généraliste qui avait injecté une substance mortelle (une dose de chlorure de potassium) à l'une de ses patients âgée de 92 ans. Aucune sanction disciplinaire ne fut retenue, au motif que "le docteur avait agi en humanité dans des circonstances exceptionnelles". Mais le CNOM revint sur cette décision et condamna le médecin à une peine d'interdiction de la médecine d'une durée d'un an, condamnation approuvée par le Conseil d'État, 29 décembre 2000, 4° et 6° sous-sections réunies, Duffau, R.D.S.S. 2001, p.282 (C. Girault, *"Le droit à l'épreuve des pratiques euthanasiques"*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2002, p. 39 n. 69).

¹⁸¹⁸ La loi va jusqu'à prescrire "d'euthanasier" les animaux dangereux (L. n° 99-5 du 6 janvier 1999, J.O.R.F. 6 janvier, p. 327).

¹⁸¹⁹ C'est son sens actuel, mais pas son acception initiale, qui renvoyait à l'idée de "bonne mort, mort douce et sans souffrance" (Litré). Voir sur ce thème : C. Girault, *"Le droit à l'épreuve des pratiques euthanasiques"*, op. cit., p. 24).

¹⁸²⁰ "Je ne remettrai à personne du poison si on m'en demande, ni ne prendrai l'initiative d'une pareille suggestion" (cité par B. Hoerni, *"Éthique et déontologie médicale"*, Masson, 2° éd. 2000, p. 7).

¹⁸²¹ L'arrêt de soins déraisonnables et le soulagement de la souffrance sont des devoirs médicaux "en toutes circonstances" (C.D.M., art. 37).

¹⁸²² La loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (J.O. 22 avril), art. 1° prohibe l'obstination déraisonnable : "Après le premier alinéa de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10. » " Ces questions sont très débattues aujourd'hui sur le Territoire (*"Les Nouvelles Calédoniennes"*, 22 avril 2005 avec les points de vues respectifs de Paul Peltrault, pour l'*Association pour le droit à mourir dans la dignité* et d'Antoine Leca, hostile à la légalisation de l'euthanasie et à la définition, par l'État, des vies qui ne vaudraient pas la peine d'être vécues).

¹⁸²³ C.E., février 1976, Rec. p. 1093 ; J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 42 : J.P. Alméras et H. Péquignot, *Déontologie médicale. Devoirs généraux des médecins* (7, 1998),

- les stérilisations sans intérêt thérapeutique¹⁸²⁴.

Deux fautes sont très souvent mises en exergue : le défaut d'information, qui constitue à lui seul la principale cause dans plus de la moitié des cas des procédures engagées contre un médecin, et le défaut de consentement du patient.

Ce sont des fautes civiles, en principe insusceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur, sauf texte spécial - qui existe notamment pour les recherches biomédicales¹⁸²⁵.

En droit administratif on discute certes sur le point de savoir si le défaut d'information à l'hôpital est vraiment une faute¹⁸²⁶. Mais force est de constater qu'un tel comportement engage la responsabilité de l'établissement, ce qui le rend pratiquement assimilable à une faute du point de vue du patient¹⁸²⁷.

A) le défaut d'information du patient

Le médecin, comme tous les professionnels libéraux ou autres¹⁸²⁸, est tenu à une obligation générale d'information et de conseil, qui, est susceptible de revêtir certaines spécificités pour telle

¹⁸²⁴ La loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 -applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte, mais pas en Nouvelle-Calédonie pour le moment (J.O.R.F., 7 juillet 2001)- est revenue sur cette règle en disposant : "La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. Elle ne peut être pratiquée que si la personne majeure intéressée a exprimé une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences. Cet acte chirurgical ne peut être pratiqué que dans un établissement de santé et après une consultation auprès d'un médecin. Ce médecin doit au cours de la première consultation : - informer la personne des risques médicaux qu'elle encourt et des conséquences de l'intervention ; - lui remettre un dossier d'information écrit. Il ne peut être procédé à l'intervention qu'à l'issue d'un délai de réflexion de quatre mois après la première consultation médicale et après une confirmation écrite par la personne concernée de sa volonté de subir une intervention. Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer cet acte à visée contraceptive mais il doit informer l'intéressée de son refus dès la première consultation "

¹⁸²⁵ C.S.P., art. L. 1126-1.

¹⁸²⁶ P. Grosieux, "*Principe de précaution et sécurité sanitaire*", Thèse Droit, Paris I, 2001, p. 300 : "Le défaut d'information du patient...ne peut être assimilé ni à une faute médicale *stricto sensu*, ni à une faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement du service".

¹⁸²⁷ J. Moreau, "*Responsabilité hospitalière pour défaut d'information du patient*", J.C.P. 1997, G, n°17, 13 avril 1997, p. 192.

¹⁸²⁸ Voir par ex. Cass. 1° civ., 29 avril 1997, Gaz. Pal., Rec. 1997, panor. Cass. p. 180, J.C.P. éd. G. 1997, n° 22948, note R. Martin, Cass. 1° civ., 19 mai 1999, Gaz. Pal., Rec. 1999, panor. Cass. p. 178 (993216), D. 2000, somm. comm., p. 153 (pour l'avocat) ; C.A. Paris, 17° ch. A, 10 septembre 2001, Gaz. Pal. Rec. janv. fév. 2002, p. 263 (pour l'agent immobilier), Cass. civ. 1), 30 janvier 2001, Bull. n° 14, 9 mai 2001, Bull. n° 118, 17 juillet 2001, Bull. n° 229 (pour l'assureur), etc...

ou telle spécialité médicale¹⁸²⁹. Avec le développement du consumérisme et l'influence croissante du droit de la consommation¹⁸³⁰ sur la relation médicale¹⁸³¹, cette obligation connaît aujourd'hui un vif développement¹⁸³². D'autant que l'émergence de la notion de droit de la personne soignée à la fin du XX^e siècle a conféré une importance majeure au droit à l'information du malade¹⁸³³, regardé parfois comme "le plus important des droits de la personne aux soins"¹⁸³⁴.

- a) L'information : un droit du patient qui s'analyse comme une obligation pour le professionnel de santé

L'information est d'abord un droit du patient.

C'est une obligation dont la personne soignée est normalement le premier créancier. De façon générale, existe, depuis la loi du 4 mars 2002 un droit pour toute personne d'être renseignée sur son état de santé et d'avoir accès gratuitement¹⁸³⁵ "à l'ensemble des informations...détenues par des professionnels et établissements de santé"¹⁸³⁶. Les règles élaborées en droit hospitalier relativement à

¹⁸²⁹ Voir par ex. F. Chabas, "*L'information en matière de pédiatrie*", Gaz. Pal. Rec., 2004-3, pp. 1478-1284.

¹⁸³⁰ L'information est une obligation qui pèse sur tout professionnel en droit de la consommation (L. n°92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, art.2, C. Consom., art. L. 111-1 : "tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service".

¹⁸³¹ Ce mouvement remonte à la seconde moitié du XX^e siècle. On pourrait en trouver les prémices dans C.E., 23 février 1949, Faveret, Rec., p. 88 assimilant le malade à un consommateur de soins.

¹⁸³² B. Hoerni, M. Nénézech, "*L'information en médecine. Evolution sociale, juridique, éthique*", Masson, Paris, 1994, p. 19 (où les auteurs placent le droit à l'information parmi les "cinq droits fondamentaux" des patients.

¹⁸³³ L. n°2002-303 du 4 mars 2002, modifiant C.S.P. art. L.1111-2, al. 1° : "Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé".

¹⁸³⁴ C. Evin, "*Les droits de la personne malade*", Rapport au Conseil économique et social, 1996, p. 83.

¹⁸³⁵ C.S.P., art. L. 1111-7 (étendu à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit.1°, chap.IV, art. 10, à l'exclusion du 7° alinéa autorisant à ce que le demandeur assume les coûts de reproduction et d'envoi).

¹⁸³⁶ C.S.P., art. L. 1111-2 (étendu à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit.1°, chap.IV, art. 10, à l'exclusion du 6° alinéa relatif aux bonnes pratiques sur la délivrance de l'information établies en Métropole par l'ANAES). Le législateur a prévu la possibilité de désigner une personne de confiance (un parent, un proche ou le médecin traitant) pour recevoir l'information (art. L. 1111-6 étendu à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit.1°, chap.IV, art. 10) et précisé le contenu des informations : ce sont celles "qui sont formalisées et ont contribué à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou d'une action de prévention, ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé, notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention,

l'accès au dossier médical ont de toute évidence inspiré le législateur, qui toutefois a renoncé à utiliser cette expression floue¹⁸³⁷ et controversée¹⁸³⁸.

Ce n'est pas là l'uniquement point où il se soit abstenu. En effet, par une regrettable lacune de la loi, aucune sanction pénale n'existe en cas de refus de communication d'informations.

L'information est normalement dûe à la personne soignée.

Mais la règle doit être nuancée :

- pour les incapables
- pour les héritiers du patient décédé.

En premier lieu, pour ce qui a trait aux incapables, certes ce sont normalement leurs ayants droit qui doivent être informés (et en principe consentir pour eux aux soins).

Mais, s'agissant des mineurs dans des situations familiales difficiles, c'est-à-dire ceux qui se présentent comme tels devant un professionnel, il peuvent exiger de recevoir eux-mêmes l'information et de filtrer celle-ci à destination de leurs parents : l'accès de leurs parents aux informations les concernant pourra être réalisé par l'intermédiaire d'un médecin ou même couvertes par le secret professionnel¹⁸³⁹.

d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en œuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé, à l'exception des informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant un tel tiers" (art. L. 1111-7 étendu à la Nouvelle-Calédonie). Bien que cette énumération ne soit pas limitative, il semble que les notes personnelles du médecin demeurent sa propriété. Mais ce n'est pas clair, d'autant qu'elles ont pu servir "à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement" (N. Vignal, "*L'accès au dossier médical*", *Petites Affiches*, 19 juin 2002, n° 122, p. 20).

¹⁸³⁷ Concrètement, on ne sait pas avec certitude ce qu'est le dossier médical, théoriquement défini comme "la mémoire de la santé de chacun" (Ph. Roger, "*Le dossier médical dans les établissements de santé*", *Médecine et Droit*, 2000, n°40, p. 10. Une bonne définition en est donnée *a posteriori* par l'article L. 1111-7 étendu à la Nouvelle-Calédonie : l'ensemble des informations formalisées concernant la santé de la personne soignée détenues par les professionnels et établissements de santé, "notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en œuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé, à l'exception des informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant un tel tiers"

¹⁸³⁸ P. Jacquin, "*Le dossier médical est un fantasme*", *Les cahiers de la médecine utopique*, 12/2000- 01/ 2001, p. 10.

¹⁸³⁹ C.S.P., art. L. 1111- 5 al. 1 étendu à la Nouvelle-Calédonie et art. L. 1111- 7, al. 5 également applicable à la Nouvelle-Calédonie.

L'opposition du mineur à ce que l'information relative à son état de santé soit divulguée à ses parents doit faire l'objet d'une mention écrite dans son dossier médical¹⁸⁴⁰.

En second lieu, en cas de décès de la personne soignée, ses ayants droit doivent avoir accès à l'information concernant le traitement qui lui a été dispensé, dans les limites du secret professionnel¹⁸⁴¹.

Dans la mesure où la loi Kouchner de 2002 ici applicable¹⁸⁴² prévoit au bénéfice des héritiers une dérogation au secret dans trois hypothèses, la demande de communication du dossier ne peut aboutir que si elle est motivée sur l'une ou l'autre des ces trois causes légales :

- connaissance des causes de la mort,
- défense de la mémoire du défunt,
- exercice de leurs droits par les héritiers, sauf volonté contraire de la personne décédée¹⁸⁴³.

Civilement, le premier débiteur de l'obligation d'informer est normalement le médecin, mais l'observation mérite d'être précisée.

Le médecin doit informer, il ne peut pas déléguer cette obligation¹⁸⁴⁴ ; en cas de chaîne d'intervenants, chacun est individuellement tenu de vérifier que l'information du patient a été assurée¹⁸⁴⁵ et dispose d'un droit de contrôle de ce qui a été effectué en amont¹⁸⁴⁶. L'obligation d'informer pèse sur tout médecin, quel que soit son statut. Mais il n'est pas inutile de rappeler que l'information de la personne requérant des soins ne pèse pas seulement sur lui.

¹⁸⁴⁰ D. n° 2002-637 du 29 avril 2002, art. 6 non applicable à la Nouvelle-Calédonie.

¹⁸⁴¹ C.S.P., art. L. 1111-7, al. 6 étendu à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit.1°, chap.IV, art. 10). Sur cette question, cf F. Chabas, *"L'information en matière de pédiatrie"*, Gaz. Pal., 5-6 mai 2004, pp. 20-26.

¹⁸⁴² C.S.P., art. L. 1110-4, dernier alinéa, étendu à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003 (cf C.S.P., art.L. 1541-2).

¹⁸⁴³ D. n° 2002-637 du 29 avril 2002, art. 7 non applicable à la Nouvelle-Calédonie.

¹⁸⁴⁴ C.D.M. art. 64 : "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".

¹⁸⁴⁵ Julie Moreau, *"L'urgence médicale"*, Thèse Droit, Aix, 2004 (dactyl.), p. 313, note n° 1355 (ouvrage publié en mars 2005 aux P.U. d'Aix-Marseille).

¹⁸⁴⁶ Rapp. Annuel de la Cour de cassation de 1984, Doc. fr., pp. 107-108 à propos de l'affaire Toty et Savart du 29 mai 1984, Bull. civ. I, n°177-178 :... "le radiologiste soutenait qu'il s'était borné à procéder à l'aorthographie ordonnée par le premier médecin et qu'il n'était tenu à aucune obligation particulière de renseignement. La Cour de cassation a écarté cette thèse en retenant que le médecin qui procède à un acte médical prescrit par un autre médecin dispose...d'un droit de contrôle sur la prescription de son confrère".

Formellement elle vise "tout professionnel de santé"¹⁸⁴⁷. La jurisprudence en a déduit que cette disposition visait aussi l'établissement de santé dans lequel exerce le médecin, étant précisé que s'opère alors une répartition et surtout une hiérarchisation, qui conduit le médecin à être le débiteur principal de l'information pour ce qui est d'ordre directement médical, tandis que l'établissement de santé doit l'information à titre accessoire dans le domaine qui est le sien, par exemple l'information sur le personnel en fonction chez lui¹⁸⁴⁸.

Le fondement intellectuel du devoir d'information du médecin vis à vis de son patient est de permettre à celui-ci d'exprimer sa volonté en toute connaissance de cause et, comme le dit très concrètement un arrêt, "de prendre sa décision après avoir comparé les avantages et les risques encourus"¹⁸⁴⁹. Ce qui évoque le droit de la consommation. D'ailleurs le Conseil d'État lui-même est allé jusqu'à admettre que "l'obligation d'information du consommateur instituée au premier alinéa de l'article L. 113-3 du Code de la consommation est mise à la charge de tous les prestataires de services, sans considération du caractère commercial ou libéral de leur activité et concerne notamment les prestations à caractère médical"¹⁸⁵⁰.

Du point de vue du droit, la valeur juridique de cette obligation dépasse aujourd'hui la déontologie professionnelle¹⁸⁵¹ et la loi¹⁸⁵², puisqu'elle se rattache à l'exigence du respect du "principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine"¹⁸⁵³ dégagé par le Conseil constitutionnel¹⁸⁵⁴. Dans ce domaine, moins qu'ailleurs, "nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée"¹⁸⁵⁵. C'est là d'ailleurs l'expression textuelle

¹⁸⁴⁷ C.S.P. art. L.1111-2, al. 2 (applicable en Nouvelle-Calédonie).

¹⁸⁴⁸ Cass. civ., 1^o, 14 octobre 1997, D. 1999, somm. p. 391.

¹⁸⁴⁹ Cass. civ., 19 avril 1988, Baud, Bull. civ. I, n^o 107.

¹⁸⁵⁰ C.E., 27 avril 1998, Cornette de Saint-Cyr, req. n^o184473 et 184557, Rec. CE, p. 178.

¹⁸⁵¹ C.D.M., art. 35, al. 1 : "le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose".

En Métropole, les Recommandations destinées aux médecins diffusées en mars 2000 par l'A.N.A.E.S. précisent également le contenu de l'obligation de conseil (J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", fasc. 9 (11, 2001), P. Sargos, "*L'information du patient et le consentement aux soins*", p. 10).

¹⁸⁵² C.S.P. art. L. 1111- 2, al. 1^o (applicable en Nouvelle-Calédonie) : "Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé".

¹⁸⁵³ Cass. 1^o civ., 9 octobre 2001, n^o 0014564, Bull. civ. I, n^o 249 ; D. 2001.3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; R.T.D.C. 2002.176, obs. R. Libchaber.

¹⁸⁵⁴ Déc. n^o 94-943 et 94-944 du 27 juillet 1994, J.O.R.F., 29 juillet, p. 11024.

¹⁸⁵⁵ Cass. 1^o civ., 9 octobre 2001, n^o 0014564, Bull. civ. I, n^o 249 ; D. 2001.3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; R.T.D.C. 2002.176, obs. R. Libchaber ; D. 2001.3470, Gaz. Pal., Rec. 2001-5, sept. - oct. 2001, p. 1703.

dont use un arrêt récent¹⁸⁵⁶ et, de notre point de vue très contestable¹⁸⁵⁷, malgré les justifications avancées par M. le haut Conseiller Sargos¹⁸⁵⁸ et la Cour de Cassation elle-même dans son rapport 2001¹⁸⁵⁹, qui est allée jusqu'à donner *de facto* un caractère rétroactif, au devoir d'information des médecins auprès de leurs patients, en fondant celui-ci sur "l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine". En l'espèce, la haute instance a admis la condamnation d'un praticien qui, sans avoir commis de faute médicale, suivant la jurisprudence de l'époque, n'avait pas donné en 1975 à une femme enceinte les conseils que l'on exigerait de lui aujourd'hui -sur les dangers exceptionnels que comporte l'accouchement par voie basse¹⁸⁶⁰- et donné naissance à un enfant avec un handicap au bras, lequel, devenu adulte, a actionné le praticien en responsabilité.

b) La forme, le contenu et les limites de l'information

Quant à la **forme de l'information**, celle-ci **doit être intelligible** et, dans ce but, elle peut valablement être simple et approximative, à condition d'être **loyale**. Parler par exemple de sinusite pour un mucocele frontal¹⁸⁶¹. Pour s'assurer que la personne a compris, le Comité consultatif national d'éthique recommande de

¹⁸⁵⁶ Cass. 1^o civ., 9 octobre 2001, n^o 0014564, D. 2001.3470, rapp. P. Sargos et note D. Thouvenin, Gaz. Pal., Rec. 2001-5, sept. - oct. 2001, p. 1703.

¹⁸⁵⁷ Même si le raisonnement est théoriquement imparable, quoique le souci d'indemniser soit louable, il y a là un excès, car la reconnaissance rétroactive d'obligations aux dépens d'une catégorie de justiciables est contraire à notre civilisation juridique. Et on ne peut admettre que tout soit possible devant un juge selon que l'on sera soignant ou soigné.

¹⁸⁵⁸ P. Sargos, "*L'information du patient et le consentement aux soins*", dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", fasc. 9 (11, 2001), p. 24.

¹⁸⁵⁹ "Cette décision repose d'abord sur l'idée que l'essence de la décision juridictionnelle est d'être interprétative, ce qui signifie qu'elle est réputée remonter à la date du texte normatif -ou du principe constitutionnel ou général du droit - qu'elle interprète. Elle repose aussi sur l'article 5 du Code civil (prohibant les arrêts de règlement). Or si la Cour de cassation décidait que l'interprétation qu'elle donne d'une norme n'a d'effet que pour l'avenir, il s'agirait d'un arrêt de règlement usurpant la mission du législateur ou du pouvoir réglementaire. Par ailleurs il est difficilement concevable qu'un même texte ou un même principe soient interprétés différemment à un moment donné selon que le même fait reproché s'est produit avant ou après telle date..." (R.G.D.A., 2-2002, p. 582).

¹⁸⁶⁰ Se dit de l'accouchement "naturel" plutôt que par césarienne (N.D.L.A.).

¹⁸⁶¹ J. Penneau, "*La responsabilité du médecin*", *op.cit.*, p.18.

vérifier qu'il peut réexpliquer¹⁸⁶². L'information écrite a été jugée insuffisante¹⁸⁶³.

Quant au fond, l'information doit être très large. En effet "la loyauté appelle la plénitude de l'information disponible"¹⁸⁶⁴. Elle doit être **complète**, sans cependant noyer le patient dans une énumération fastidieuse¹⁸⁶⁵. Ceci nous amène à parler de son contenu.

Le contenu de l'information médicale a été défini par la jurisprudence depuis un demi-siècle, entre l'arrêt Teyssier¹⁸⁶⁶ et le deuxième arrêt Hédreul¹⁸⁶⁷, puis codifiée, de manière plus ou moins satisfaisante, par la loi du 4 mars 2002¹⁸⁶⁸.

Ce contenu a été doctrinalement décomposée en trois éléments¹⁸⁶⁹ :

Il porte en premier lieu sur l'ensemble des informations concernant l'état de santé du patient et son évolution prévisible.

Le diagnostic doit être fait par le professionnel qui ne peut s'en remettre à un procédé technique offrant au patient l'apparence illusoire d'une auto-surveillance, comme dans l'affaire des bandelettes *Discan* censées informer le diabétique et lui garantir une auto-surveillance de sa glycémie, lui permettant d'adapter immédiatement son traitement d'insuline¹⁸⁷⁰.

L'information du professionnel sur l'état de santé n'est pas une fin en soi, elle sous-tend l'existence d'alternatives thérapeutiques entre lesquelles le malade pourrait avoir un choix, par exemple la pose d'une prothèse ou une ablation¹⁸⁷¹.

¹⁸⁶² Avis n° 58 du 12 juin 1998, "Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche", L.C. n° 17, octobre 1998, pp. 3 ss.

¹⁸⁶³ Cass. 1° civ., 18 mars 2003, n° 01-15711, R.G.D.M. (2003), n° 10, p. 323 et n° 12 (2004), p. 309.

¹⁸⁶⁴ V. la note sous Cass. civ., 1°, 7 octobre 1998, de F.J. Pansier et J.P. Bladier, *Gaz. Pal.*, 1998, journal du 17 juin, pp. 908-910.

¹⁸⁶⁵ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", fasc. 9 (11, 2001), P. Sargos, "*L'information du patient et le consentement aux soins*", p. 11 : "La tradition médicale et juridique française a toujours cherché à éviter que l'information ne se transforme en une sorte de catalogue plus ou moins compréhensible dont l'ampleur même aurait pour conséquence une forme de désinformation en ce sens que l'essentiel serait noyé sous l'accessoire, ou le moins important".

¹⁸⁶⁶ Cass., 28 janvier 1942, Teyssier, D.C. 1942, p. 63.

¹⁸⁶⁷ Cass., 1° civ., 20 juin 2000, précité.

¹⁸⁶⁸ C.S.P., art. L. 1111-2 (applicable en Nouvelle-Calédonie à l'exclusion de son 6° alinéa).

¹⁸⁶⁹ cf. P. Sargos, rapport, Cass. 1° civ., 14 octobre 1997, Guyomar, J.C.P. 1997, II, n° 22942.

¹⁸⁷⁰ C.A. Riom, 3 mai 1990, *Gaz. Pal.*, 5-6 août 1992, p. 506 : le diabétique qui adapterait son traitement suivant un procédé de ce type "agit sur les indications et sous le contrôle d'un médecin".

¹⁸⁷¹ Cass. 1° civ., 3 mars 1998, Chuine c./ Teissier, pourvoi n° 96 110 54, *Juris-Data* n° 1998-001097.

En second lieu en effet, le contenu englobe la nature exacte et les conséquences de la thérapie et des soins proposés, ce qui suppose un conseil du praticien¹⁸⁷², qui doit s'engager positivement, en quelque sorte, prendre parti. En d'autres termes, il doit dire si la thérapie qu'il préconise est nécessaire, souhaitable ou simplement utile.

En troisième lieu, au vu de la jurisprudence, le contenu de l'information intègre enfin les risques inhérents à la thérapie recommandée, les risques normalement prévisibles. Ainsi, l'un des risques connus de la coeloscopie est l'embolie gazeuse -et peu importe que son mécanisme détaillé ne soit pas encore réellement expliqué¹⁸⁷³-. Une jurisprudence (contestée) de 1998 est allée jusqu'à intégrer les risques exceptionnels¹⁸⁷⁴. Par exemple une coloscopie comporte un risque de perforation du côlon, lequel peut entraîner une septicémie et elle-même est susceptible d'entraîner la mort. Avec plus de réalisme, une jurisprudence de 2003 a substitué au caractère exceptionnel du risque, celui du caractère normalement prévisible¹⁸⁷⁵. Mais en cas de chirurgie esthétique, l'information, qui porte légalement sur "les risques et éventuelles conséquences et complications" attachées à l'intervention¹⁸⁷⁶, va toujours jusqu'aux risques non normalement prévisibles d'après la jurisprudence la plus récente¹⁸⁷⁷.

En tous cas, l'obligation d'information couvre toutes les données acquises de la science, alors même que les règles juridiques alors en vigueur n'auraient pas imposé de les communiquer.

Mais ce contenu n'est pas illimité.

Tout d'abord il n'inclut pas les risques totalement imprévisibles¹⁸⁷⁸, les risques inconnus au moments des faits¹⁸⁷⁹.

¹⁸⁷² C'est le devoir de conseil (G. Mémeteau, *"La responsabilité médicale"*, op. cit., n°149-150).

¹⁸⁷³ Cass. 1° civ., 14 octobre 1997, JCP éd. G., n°45-46 dans une affaire où la patiente est décédée des suites de cette exploration destinée à combattre sa stérilité.

¹⁸⁷⁴ "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 obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement" (Cass. 1° civ., 7 octobre 1998, Bull. civ., I, n° 291, J.C.P. 1998 n°43, act., p.1843 ; D.1999, jur. p. 145). Cet élargissement a été transposé à la pratique hospitalière par le juge administratif, qui définit le risque exceptionnel grave : le décès ou l'invalidité (C.E., Sect., 5 janvier 2000, 2 arrêts, req. n° 198530, Assistance publique - Hôpitaux de Paris et req. n°181899, Cts Telle, J.C.P. 2000.I.243, note Viney, D. 2000, I.R. p. 28).

¹⁸⁷⁵ Cass. 1° civ., 21 janvier 2003, n° 00-18229.

¹⁸⁷⁶ C.S.P., art. L. 6322-2.

¹⁸⁷⁷ C.A. Paris, 1° ch. B, 9 juin 2000, Juris-data 120100 ; 28 février 2001, Juris-data 139149 ; C.A. Bordeaux, 17 octobre 2002, Jurisdata, n° 193181 et Cass. 1° civ., 18 mars 2003, pourvoi 01-15.196.

¹⁸⁷⁸ En effet, un médecin ne peut se voir imputer à faute l'absence d'information donnée au patient victime de complications multiples dont l'enchaînement a rendu la

Par ailleurs, il ne contient pas les risques incontestablement assumés par le patient. Car le médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical¹⁸⁸⁰.

La loi du 4 mars 2002 a passablement obscurci la donne sur cette question, car, de prime abord, elle se situe en deçà de la jurisprudence dégagée en 1998-2000, lorsqu'elle dispose seulement que l'obligation d'information doit porter sur "les risques fréquents ou graves normalement prévisibles"¹⁸⁸¹. Le problème, au moins pour l'instant, ne réside pas dans la notion de gravité. Suivant sur ce point l'analyse de M. le haut-conseiller P. Sargos, les risques graves sont "ceux qui sont de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes ou même esthétiques graves, compte tenu de leurs répercussions psychologiques ou sociales"¹⁸⁸². La difficulté tient au fait que la loi laisse de côté les risques graves mais exceptionnels¹⁸⁸³. Dans un premier temps, on a imaginé que les juges judiciaire et administratif¹⁸⁸⁴ continueraient toutefois à intégrer les risques exceptionnels¹⁸⁸⁵. C'est ce que laissent supposer des arrêts de 2002 du Conseil d'État et de certaines cours d'appels¹⁸⁸⁶. Mais cela n'a pas été

survenance du risque totalement imprévisible (Cass. 1° civ., 18 décembre 2002, Gaz. Pal. Rec. 2003, somm. p. 1247, J.n° 77).

¹⁸⁷⁹ Cass. 1° civ., 7 juillet 1998, Juris-Data n° 1998-003296 : les risques dont le patient doit être averti sont ceux qui étaient connus à la date des soins ou des investigations.

¹⁸⁸⁰ Cass. 1° civ., 18 janvier 2001, D. 2001, p. 3559, note M.L. Mathieu-Izorche.

¹⁸⁸¹ C.S.P., art. L. 1111-2 (applicable en Nouvelle-Calédonie à l'exclusion de son 6° alinéa).

¹⁸⁸² P. Sargos sous Cass. 1° civ., 14 octobre 1997, JCP éd. G., 1997, II, n°22492.

¹⁸⁸³ C.E., 5 janvier 2000, D. 2000, IR 28, JCP éd. G. 2000.II.10271, note J. Moreau ; I. 243, n° 21, obs. G. Viney, D. 2000 somm. P. 171, note P. Jourdain ; s'alignant sur la position de la Cass. 1° civ., 7 octobre 1998 (Bull. civ. n°291, J.C.P. 1998 n°43, act., p.1843 ; D. 1999, jur. p. 145), décision confirmée par Cass. 1° civ., 9 octobre 2001, Droit et Patrimoine, 2002, n° 103, p. 92, obs. Chabas, RTDC, 1999, p. 111, obs. Jourdain, Resp. civ. et assur., 2001, comm. p. 374.

¹⁸⁸⁴ L'extension de l'obligation d'informer opérée par le juge judiciaire a en effet été transposée à la pratique hospitalière par le juge administratif (C.E., Sect., 5 janvier 2000, 2 arrêts, req. n°198530, Assistance publique - Hôpitaux de Paris et req. n°181899, Cts Telle, J.C.P. 2000.I.243, note Viney, D.2000, I.R. p. 28).

¹⁸⁸⁵ C. Radé, "La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé", op. cit., p. 8 ; P. Sargos, "La responsabilité pour faute en matière médicale", Matinée/ débat du 17 juin 2002, La Lettre des Juristes d'Affaires, Lamy, Paris, 2002, p. 6. T.A. Toulouse, 2 juillet 2002, Gaz. Pal., 14-15 février 2003, n°45-46, pp. 17-19. On a déjà fait valoir dans ce sens un jugement du tribunal administratif de Toulouse du 2 juillet 2002 (T.A. Toulouse, 2 juillet 2002, Gaz. Pal., 14-15 février 2003, n°45-46, pp. 17-19).

¹⁸⁸⁶ C.E., 27 septembre 2002, A.J.D.A. 2003, p. 72, R.F.D.A., 2002, p. 181. Et, en matière civile, C.Poitiers, 4 juin 2002 et 8 octobre 2002, Jurisdata n° 184841 et n° 187437.

le choix retenu par la haute instance civile en 2003¹⁸⁸⁷, ce qui a influencé certains avis de Crci¹⁸⁸⁸.

Lacunaire dans certains domaines, bavarde dans d'autres, dans l'une de ses dispositions non applicable à la Nouvelle-Calédonie, la loi du 4 mars 2002 a ajouté une précision d'ordre extra-médical, quoique connexe : "avant l'exécution d'un acte" les professionnels de santé d'exercice libéral doivent informer le patient de son coût et des conditions de son remboursement par les régimes obligatoires d'assurance-maladie¹⁸⁸⁹.

Dans une autre disposition non-étendue au Territoire, le texte parle des "investigations, traitements ou actions de prévention...proposées"¹⁸⁹⁰ par le professionnel, mais occulte les soins *demandés* par la personne soignée¹⁸⁹¹.

En Nouvelle-Calédonie, il ne fait aucun doute que l'information doit englober les soins *demandés* par le malade. Et, même en Métropole, il est légitime d'imaginer que la jurisprudence antérieure sera maintenue car, fussent-ils demandés par le patient, les soins sont dispensés par le médecin qui accepte de les prodiguer. Et ces soins s'effectuent sous son contrôle.

Il en résulte qu'on peut résumer l'essentiel de tout ceci en une seule phrase : le médecin a l'obligation d'informer préalablement le patient sur **l'utilité, les conséquences prévisibles et les risques de l'intervention ou du traitement projeté, ainsi que sur son coût financier**. C'est la condition indispensable pour que celui-ci lui donne son "consentement éclairé". On ne peut pas présupposer celui-ci au motif que l'intervention serait inévitable. En effet ce caractère ne dispense pas de le professionnel de l'obligation d'informer et de solliciter le consentement¹⁸⁹². Car un malade a le droit de refuser une intervention médicalement nécessaire.

¹⁸⁸⁷ La Cour de cassation a d'abord semblé maintenir sa jurisprudence antérieure (Cass. civ., 1^o, 13 novembre 2002, Gaz. Pal. Du 16 décembre 2003, p. 13, note Zerouki, Droit et Patrimoine, septembre 2003, n^o 3334, obs. F. Chabas). Mais il n'en a rien été (Cass. 1^o civ., 21 janvier 2003, n^o 00-18229).

¹⁸⁸⁸ Notamment PACA, 27 mai 2004, Consorts V. c./ Dr. J., dossier n^o03-13c-0 160-01 (inédit)

¹⁸⁸⁹ C.S.P., art. L.1111-3 (non étendu à la Nouvelle-Calédonie).

¹⁸⁹⁰ C.S.P., art. L.1111-3 (non étendu à la Nouvelle-Calédonie).

¹⁸⁹¹ Cass. 1^o civ., 18 janvier 2000, Bull. civ. I n^o 13, Rapp. C. Cass. 2000, p. 377 ; D. 2001, p.3559, note M.L. Mathieu-Izorche, JCP éd. G 2001.II.10473, note A. Dorsner-Dolivet et 2000.I.243, n^o25, obs. G. Viney ; "Conférence des A.R.A.P.L. Responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé", Bulletin n^o 54, septembre 2001, p. 14 ; J.-M. Auby (éd. princeps par), "Droit médical et hospitalier", fasc. 9 (11, 2001), P. Sargos, "L'information du patient et le consentement aux soins", p. 11 ; P. Sargos, "La responsabilité pour faute en matière médicale", Matinée/Débat du 17 juin 2002, La Lettre des Juristes d'Affaires, Lamy, Paris, 2002, p. 4.

¹⁸⁹² Le médecin "n'est pas dispensé de cette information sur la gravité du risque par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire" (Cass. 1^o civ., 18 juillet

S'agissant de l'information concernant les "actes médicaux ou chirurgicaux à visée esthétique"¹⁸⁹³, entendue traditionnellement de façon plus rigoureuse¹⁸⁹⁴, car ils ne présentent pas souvent un caractère de nécessité impérieuse, il faut ajouter qu'en Métropole, depuis 2002 celle-ci doit de surcroît porter sur les tarifs pratiqués, sous forme de "devis détaillé" pour toutes les prestations et un délai impératif de réflexion est établi en faveur du patient¹⁸⁹⁵.

En revanche, on peut présumer le consentement à un acte nécessaire, répondant à une situation grave, urgente¹⁸⁹⁶ et imprévisible, si celle-ci survient au cours d'une intervention chirurgicale à laquelle le patient avait préalablement consenti¹⁸⁹⁷.

Il faut noter aussi que l'obligation d'information du médecin ne s'arrête pas, une fois l'acte accompli.

En premier lieu, on exige du praticien qu'il informe la personne soignée de la façon dont le traitement ou l'intervention s'est réalisée¹⁸⁹⁸, afin de lui permettre de prendre des précautions¹⁸⁹⁹, notamment en cas de risque nouveau, post-opératoire. Cette exigence, qui trouve son origine dans les affaires du sang contaminé et de l'hépatite C, a été posée par les juges, puis reprise par la loi du 4 mars 2002¹⁹⁰⁰. En Métropole, dans l'hypothèse particulière d'une exécution dommageable de l'acte médical, celle-ci fait en outre peser sur le praticien une obligation spéciale d'information sur les circonstances et les causes de cet accident¹⁹⁰¹.

En second lieu, il existe un certain nombre de règles régissent la vieille pratique du dossier médical. Aujourd'hui, tout médecin doit

2000, D. 2000, I.R., p. 217 qui dissipe l'interprétation qu'on avait pu tirer le mois précédent de Cass. 1^o civ., 20 juin 2000, Gaz. Pal. 2000, 2, jur., p.10, note J. Guigue pour qui le devoir d'information n'aurait plus aucun sens lorsqu'une opération était inévitable).

¹⁸⁹³ Arrêté du 17 octobre 1996, J.O.R.F. 29 octobre.

¹⁸⁹⁴ Cass. 1^o civ., 17 novembre 1969, Bull. n^o 347 ; Cass. civ., 22 septembre 1981, Bull. civ. I, n^o268, DS 1982, inf. rap. p. 274, obs. J. Penneau.

¹⁸⁹⁵ C.S.P., art. L. 6322-2 (non étendu à la Nouvelle-Calédonie).

¹⁸⁹⁶ De manière générale, l'urgence justifie l'absence d'information (C.D.M., art. 41), comme le confirme la jurisprudence judiciaire (Cass. 1^o civ., 7 octobre 1998, Bull. civ. n^o 291, J.C.P. 1998 n^o43, act., p. 1843 ; D. 1999, jur. p. 145) et administrative (C.E., Sect., 5 janvier 2000, 2 arrêts, req. n^o198530, Assistance publique - Hôpitaux de Paris et req. n^o 181899, Cts Telle, J.C.P. 2000.I.243, note Viney, D. 2000, I.R. p. 28).

¹⁸⁹⁷ Cass. 1^o civ., 27 octobre 1962, Bull. civ. I, n^o 307.

¹⁸⁹⁸ Cass. 1^o civ., 25 mai 1971, JCP G 1971.II.16859. Voir aussi : C.E., 31 juillet 1964, A.J.D.A. 1964, p. 576 (en matière hospitalière)

¹⁸⁹⁹ Cass. 1^o civ., 9 mai 1983, Juris-Data n^o 1983.701105 ; D. 1983, jurispr. p. 121.

¹⁹⁰⁰ C.S.P., art. L. 1111-2, al. 1 sur "les risques nouveaux identifiés" (applicable à la Nouvelle-Calédonie). On ignore si cette formulation inclut les risques graves et exceptionnels.

¹⁹⁰¹ C.S.P., art. L. 1142-4 (non-applicable à la Nouvelle-Calédonie).

constituer un dossier individuel pour chacun de ses clients et la loi du 4 mars 2002 pose les principes de l'accès au dossier médical¹⁹⁰².

Le législateur exige qu'y figurent les informations "formalisées et qui ont contribué à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou d'une action de prévention, ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé"¹⁹⁰³. Il s'agit donc "de faire figurer au dossier tout ce qui présente une certaine formalisation et une utilité certaine au traitement"¹⁹⁰⁴. Négativement, ceci exclut les notes personnelles. Positivement, ceci implique que les professionnels apprennent à rédiger différemment leurs dossiers médicaux (avec des dates, des compte-rendus, les traitements prescrits et les éventuels échanges de courrier avec les confrères).

Le droit d'accès est en principe personnel. Mais il existe en la matière une atténuation qui réside dans la possibilité offerte au médecin de demander la présence d'un tiers, notamment lorsqu'il s'agit d'informer un sujet à dépression ou de faire état d'un pronostic mortel, mais le malade peut toujours refuser, sans pour autant faire obstacle à la communication des informations qu'il a le droit d'obtenir.

Ceci revient à aborder les limites du droit à l'information.

A ce titre, le législateur a prévu deux exceptions dans la loi du 4 mars 2002. Mais, hors du champ légal, toute limite apportée à l'information n'est pas obligatoirement répréhensible.

La première exception légale, qui puise son origine dans la jurisprudence judiciaire¹⁹⁰⁵ et administrative¹⁹⁰⁶, concerne l'urgence ou l'impossibilité d'informer, qui dispense le professionnel de donner l'information et de recueillir le consentement de la personne concernée¹⁹⁰⁷.

L'urgence, que ni la loi ni la jurisprudence n'ont cherché à caractériser, c'est une situation résultant de la réalisation d'un évènement pathologique ou traumatique soudain, qui fait naître un péril imminent sur l'individu qui en est victime¹⁹⁰⁸. Elle engendre le plus souvent l'impossibilité d'informer. On pourrait parfois, mais on n'a pas le temps, car le praticien doit agir immédiatement.

¹⁹⁰² C.S.P., art. L.1111-7 (applicable à la Nouvelle-Calédonie).

¹⁹⁰³ C.S.P., art. L.1111-7 (applicable à la Nouvelle-Calédonie)..

¹⁹⁰⁴ C. Charbonneau, F.J. Pansier, *"Présentation du titre II relatif à la démocratie sanitaire"*, Gaz. Pal., 1^o-4 mai 2002, Rec. 2002-3, p. 689.

¹⁹⁰⁵ Cass. 1^o civ., 7 octobre 1998., 2^o esp., Juris-Data n^o1998-003693, JCP G 1998, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos ; D. 1999, jurispr. p.1455, note S. Porchy.

¹⁹⁰⁶ C.E., Ass., 5 janvier 2000

¹⁹⁰⁷ C.S.P., art. L. 1111-2, al. 2 : "...Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser" (le professionnel de santé).

¹⁹⁰⁸ Julie Moreau, *"L'urgence médicale"*, éd. dactyl., p. 7.

Inversement, l'impossibilité d'informer n'implique pas obligatoirement l'urgence. Elle concerne le malade inconscient ou en état de confusion mentale qui doit être immédiatement soigné pour éviter une aggravation considérable de son état ou celui dont les soins ne sont pas urgents mais qui ne paraît plus en état de recevoir l'information.

La seconde exception légale concerne la volonté même du malade de ne pas être informé : en effet, la volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée¹⁹⁰⁹, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission¹⁹¹⁰.

Enfin hors du champ légal, toute limite apportée à l'information n'est pas répréhensible.

En premier lieu l'obligation d'informer trouve sa limite dans la notion de "limitation thérapeutique de l'information"¹⁹¹¹, que les juristes fondent volontiers sur l'impossibilité d'informer¹⁹¹², mais on devrait plutôt dire sur le risque grave qu'il peut y avoir à informer eu égard à la vulnérabilité particulière du malade¹⁹¹³ : une révélation inopportune peut inquiéter inutilement le malade et l'inciter à refuser des soins¹⁹¹⁴. Le médecin peut donc se taire, (il) "apprécie en

¹⁹⁰⁹ Cass. 7 octobre 1998, Bull. civ. I, n° 291 ; C.E., 5 janvier 2000, Consorts Telle, Rec. p. 5, concl. M. Chauvaux, Juris-Data n°2000-117157.

¹⁹¹⁰ C.S.P., art. L. 1111-2, al. 4 (applicable à la Nouvelle-Calédonie) : "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".

¹⁹¹¹ C.D.M., art. 35. Cass. 1° civ., 23 mai 2000, Bull. civ. I, n° 159 ; Rap. ann. C. Cass 2000, p. 377. Cet arrêt énonce que les dispositions du code de déontologie médicale autorisent le médecin à limiter l'information de son patient sur un diagnostic ou un pronostic grave et que cette limitation "doit être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade". Le fait qu'une intervention soit nécessaire ne saurait suffire à justifier une limitation de l'information (Cass. 1° civ., 18 juillet 2000, Bull. civ. I, n°227 ; P. Sargos, "*La responsabilité pour faute en matière médicale*", *Matinée/ Débat* du 17 juin 2002, *La Lettre des Juristes d'Affaires*, Lamy, Paris, 2002, p. 4 ; P. Sargos, "*Évolution et mise en perspective de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des médecins*", dans "*Mélanges Lambert. Droit et économie de l'assurance et de la santé*", Dalloz, 2002, p. 378). Il faut un diagnostic ou un pronostic grave ou fatal (S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 8).

¹⁹¹² Voir en ce sens : P. Sargos, note sous Cass. 1° civ., 7 octobre 1998, Bull. civ. I, n° 291 ; D. Chauvaux, concl. sur C.E., 5 janvier 2000, Consorts Telle, Rec. p. 5.

¹⁹¹³ Julie Moreau, "*L'urgence médicale*", éd. cit., p. 319.

¹⁹¹⁴ Cass. 1° civ., 23 mai 2000, Bull. civ. I, n° 159, J.C.P. 2000.II.10342, rapp. P. Sargos (concernant un patient atteint de troubles psychiatriques auquel son médecin n'avait pas révélé le pronostic pessimiste attaché à ces troubles) ; 9 octobre 2001, Franck X c./ M. et Y. et autres, Gaz. Pal., Rec. 2001-5, sept. oct. 2001, p. 1703, etc....

conscience"¹⁹¹⁵, en se basant sur trois éléments : "la pathologie, son évolution prévisible et la personnalité du malade"¹⁹¹⁶. En revanche, comme l'a rappelé le comité consultatif national d'éthique, aucun texte ne l'autorise aujourd'hui¹⁹¹⁷ à mentir¹⁹¹⁸.

En second lieu si le défaut d'information ne peut s'analyser en une perte de chance, car le refus était improbable et le préjudice s'est borné à "des souffrances de quelques heures...sans aucune conséquence fâcheuse permanente", la demande d'indemnisation judiciaire du plaignant ne peut être retenue¹⁹¹⁹.

Positivement, le régime de l'information est commandé par trois principes généraux, qu'on peut envisager à différents niveaux.

c) Les différentes possibilités de réparer le préjudice consécutif à un défaut d'information

Il faut d'abord que le défaut d'information soit certain. Quant à la **charge de la preuve**, conformément au droit commun¹⁹²⁰, celle-ci a longtemps¹⁹²¹ pesée sur la personne soignée, qui devait prouver la

¹⁹¹⁵ C.D.M., art. 35, al. 2 et 3 : "Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite".

¹⁹¹⁶ Cass. 1^o civ., 23 mai 2000, n^o 98-18.513, précit.

¹⁹¹⁷ Dans le passé, le mensonge charitable a trouvé des défenseurs et au début du XX^o siècle il existait un large consensus social (B. Hoerni, *"L'éthique médicale. Principales évolutions au fil des siècles"*, Revue *Histoire des sciences médicales*, t.XXXVII, n^o 3, 2003, p. 337). Ayant quitté Paul Lecène agonisant, le Dr. Henri Mondor (1885-1962) pouvait écrire : "J'ai recueilli ses dernières paroles avec la terreur de le découvrir tout d'un coup instruit du dénouement".

¹⁹¹⁸ Avis n^o 58 du 12 juin 1998, "Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche", L.C. n^o 17, octobre 1998, pp. 3 ss.

¹⁹¹⁹ C.A. Paris (1^och. B), 5 avril 2001, Soc. Le Sou Médical & autre c. Nicole Fajardie & autres, Gaz. Pal. Rec. janvier. fév. 2002, p. 226.

¹⁹²⁰ C. civ., art. 1315 al. 1 : "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver".

¹⁹²¹ De 1951 à 1997. C'est par l'arrêt Martin-Birot du 29 mai 1951 que la Cour de Cassation a pour la première fois jugé qu'il incombe au patient de rapporter la preuve que le praticien ne l'avait pas informé des risques d'un acte médical (Bull. civ., n^o 162 ; D. 1952, jur. p. 53, note R. Savatier ; J.C.P. 1951, II, n^o 6421, note R. Perrot ; S. 1953, I, jur. p. 41, note R. Nerson ; R.T.D.C. 1951, p. 508, obs. H. et L. Mazeaud). Auparavant la charge de la preuve incombait au médecin (P. Sargos, *"L'information du patient et le consentement aux soins"*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 9 (11, 2001), p. 17) ; P. Sargos, *"Évolution et mise en perspective de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des médecins"*, dans *"Mélanges Lambert. Droit et économie de l'assurance et de la santé"*, Dalloz, 2002, pp. 377-378.

défaillance du médecin au regard de son obligation d'informer, ce qui était malaisé. Désormais, elle **incombe au médecin** qui doit prouver qu'il a informé correctement son patient¹⁹²². À cet effet il peut produire un écrit. D'ailleurs des formulaires informatisés que certains praticiens (notamment les anesthésistes) font signer à leurs patients, se multiplient aujourd'hui¹⁹²³. Mais encore faut-il que le document produit soit de nature à établir que les praticiens se soient acquittés de leur obligation d'informer¹⁹²⁴. Et, inversement, comme la preuve est libre, le juge admet aussi des témoignages, indices ou présomptions de nature à emporter sa conviction¹⁹²⁵. Ainsi, une succession de rendez-vous suffisamment espacés peut être admise comme commencement de preuve. La profession du patient entre également en ligne de compte¹⁹²⁶. En pratique cependant, comme l'a indiqué le président Pansier du tribunal de grande instance de Bobigny, seul un film (!) paraît de nature à donner au médecin toute sécurité dans l'hypothèse où il serait conduit à fournir cette preuve¹⁹²⁷.

S'agissant des documents écrits, il faut se méfier de ce que certains auteurs appelaient il y a cinquante ans déjà les "permis d'opérer"¹⁹²⁸, car, dans certains cas, la faute du médecin tient dans le fait d'accepter d'opérer un patient sur sa requête, alors qu'il aurait dû refuser. En effet, certains écrits n'offrent qu'une protection illusoire.

¹⁹²² Cass. civ 1°, 25 février 1997, (premier arrêt) Hédreul, Bull. civ., I, n° 75, D. 1997, somm. p. 319 ; R.D.S.S., 1997, p. 288 ; *Petites affiches*, 16 juillet 1997, p. 17 ; R.T.D.C. 1997, p. 434. Cette solution a été reprise à son compte par le législateur, avec la loi du 4 mars 2002 (C.S.P., art. L. 1111-2, al. 7 applicable à la Nouvelle-Calédonie).

La cour a opéré ce revirement jurisprudentiel en se raccrochant néanmoins au droit commun, tiré non plus de l'article 1385-1, mais 1385-2 aux termes duquel : "Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

La règle a été reprise ensuite par le législateur dans la loi du 4 mars 2002 (C.S.P., art. L. 1111-4 al. 7 applicable à la Nouvelle-Calédonie).

¹⁹²³ La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur les difficultés soulevées par de tels documents : sont-ils assez clairs pour être compris de tous ? Valent-ils vraiment comme décharge de responsabilité ?

¹⁹²⁴ C.E., 5 janvier 2000, Consorts Telle, Rec. p. 5, concl. M. Chauvaux, *Juris-Data* n°2000-117157.

¹⁹²⁵ Cass. 1° civ., 25 février 1997, Bull. civ. I, n° 75, D. 1997, somm. p. 319 ; R.D.S.S., 1997, p. 288 ; *Petites affiches*, 16 juillet 1997, p. 17 ; R.T.D.C. 1997, p. 434.

Cass. 1° civ., 14 octobre 1997, Bull. civ. I, n° 278 ; J.C.P. 1997.II.22942, rapp. P. Sargos (Une patiente décède d'une embolie gazeuse. Son information sur les risques fut déduite de ses divers entretiens avec le médecin et de son hésitation).

¹⁹²⁶ Cass. 1° civ., 14 octobre 1997, précit. supra n. n°91.

¹⁹²⁷ F.J. Pansier, "*Responsabilité médicale et urgence*", in A. Garay, P. Pelloux dir., "*Urgences, médecine et droit*", ENSP, 2001, p. 93.

¹⁹²⁸ R. Savatier, "*Impérialisme médical sur le terrain du droit : le permis d'opérer et les pratiques américaines*", D. 1952, p. 157 ; A. Mayrand, "*L'inviolabilité de la personne humaine*", Wilson et Lafleur éd., 1975.

D'ailleurs, en cas de clause comportant une décharge ou une limitation de responsabilité, celle-ci serait nulle en application d'une règle générale qui concerne l'ensemble des dommages corporels, dans le champ ou hors du champ médical.

Il vient d'être souligné par la Cour de cassation que, dès lors que l'information sur le risque encouru est suffisante, en l'occurrence le danger attaché à une anesthésie loco-régionale plutôt que générale, un médecin n'est pas tenu de convaincre son patient de renoncer à une demande de soins dangereuse¹⁹²⁹. Étant précisé que s'il a la conviction que l'attitude de son patient fait courir à celui-ci un risque injustifié¹⁹³⁰ ou disproportionné¹⁹³¹, le médecin devrait refuser d'accéder à sa demande.

Mais, il ne faut pas perdre de vue que la violation de l'obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'autant qu'il en résulte pour le patient un préjudice dont les juges du fond apprécient souverainement l'existence¹⁹³². On peut dire à l'instar du Rapport

¹⁹²⁹ Cass. 1^o civ., 18 janvier 2000, Didier Laurent c. Sanchez, Bull. civ. I n^o 13, Rapp. C. Cass. 2000, p. 377 ; D. 2001, p. 3559, note M.L. Mathieu-Izorche, JCP éd. G 2001.II.10473, note A. Dorsner-Dolivet et 2000.I.243, n^o25, obs. G. Viney ; "Conférence des A.R.A.P.L. Responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé", Bulletin n^o 54, septembre 2001, p. 14 ; J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", fasc. 9 (11, 2001), P. Sargos, "L'information du patient et le consentement aux soins", p. 11 ; P. Sargos, "La responsabilité pour faute en matière médicale", Matinée/ Débat du 17 juin 2002, La Lettre des Juristes d'Affaires, Lamy, Paris, 2002, p. 4. L'affaire concernait une opération de la cataracte qui nécessitait évidemment une anesthésie. Le médecin avait proposé à sa patiente une anesthésie générale, mais celle-ci tenait à une anesthésie loco-régionale. Celle-ci fut réalisée par injection d'un produit anesthésiant dans la région du globe oculaire, qui éclata sous la pression. La cour d'appel avait retenu la responsabilité du médecin. La Cour de cassation ne l'a pas suivie, au motif que cette décision revenait à imposer au médecin une quasi-obligation de résultat en un domaine où le malade a une liberté de choix.

¹⁹³⁰ L'article 40 du C.D.M. interdit à un médecin de faire courir à un patient un risque injustifié. Cf Cass. 1^o civ., 27 mai 1998, Bull. n^o 187.

¹⁹³¹ "Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui (le patient) faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté" (C.S.P., art. L. 1110-5 al. 1 applicable à la Nouvelle-Calédonie).

¹⁹³² Cass. civ., 1^o 26 février 2002, Jurisdata 013436 ; Cass. 1^o civ., 13 novembre 2002 (2 arrêts : pourvois n^o 01-00377 et 01-02592), JCP éd. G 2003.IV.1008 et 1009 et JCP éd. G 2003.I.152, ch. Viney, Gaz. Pal., 14-16 décembre 2003, pp. 13-18, Gaz. Pal., Rec. 2003-6, p. 3806 (sur le premier arrêt). Dans la première affaire, le préjudice ne faisait pas de doute : il y avait bien un dommage corporel, qui résultait d'une complication exceptionnelle d'origine inconnue, exclusive de toute faute médicale, en l'espèce une lésion du nerf récurrent. Mais la patiente a été déboutée car l'opération était nécessaire compte tenu du danger inhérent à la présence d'un nodule et elle n'avait pas démontré que l'absence d'information lui avait causé un préjudice indemnisable. Dans la seconde affaire la Cour de cassation a également rejeté la demande du patient, mais au motif que l'arrêt attaqué des juges du fonds avait souverainement constaté que le patient n'avait souffert d'aucune perte de chance consécutivement au manquement invoqué du praticien à son obligation d'information.

annuel 2000 de la Cour de cassation¹⁹³³, que trois cas de figure sont possibles en matière de réparation du préjudice consécutif à un défaut d'information :

- s'il est certain que la personne malade valablement informée aurait refusé les soins ou l'intervention, la réparation du préjudice est totale.

- si le patient aurait peut être refusé, le préjudice sera déterminé en référence à la notion de perte de chance,

...étant précisé que, "dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au patient la chance d'échapper à une atteinte à son intégrité physique, le dommage qui en résulte pour lui est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant ; que sa réparation ne se limite pas au préjudice moral, mais correspond à une fraction des différents chefs de préjudice qu'il a subis, de sorte qu'au titre des prestations qu'ils ont versées en relation directe avec le fait dommageable, les tiers payeurs peuvent exercer leur recours sur la somme allouée à la victime en réparation de la perte de chance d'éviter une atteinte à son intégrité physique, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel"¹⁹³⁴.

- s'il est établi que l'intéressé aurait de toute façon accepté les soins ou l'intervention, compte tenu du danger inhérent à une abstention, la réparation du préjudice afférent à la réalisation du risque sera exclue¹⁹³⁵ -a fortiori s'il n'y a pas eu de "conséquence fâcheuse permanente"¹⁹³⁶- Mais on pourrait envisager la réparation d'un préjudice spécifique lié au fait que l'absence d'information n'a pas permis d'envisager, voire de se préparer au risque¹⁹³⁷. Mais c'est là une construction fragile.

Si l'obligation d'informer s'est tellement développée, c'est pour donner de la consistance à l'exigence du consentement aux soins.

B) le défaut de consentement du patient

¹⁹³³ Rapp. annuel 2000 C. cass., p. 387.

¹⁹³⁴ Cass. civ. 29 juin 1999, Bull. civ. I, n° 220, Rapp. annuel C. cass. 1999, p. 398. Sur les recours des tiers payeurs, cf. P. Sargos, "*L'information du patient et le consentement aux soins*", op. cit., pp. 26-27.

¹⁹³⁵ Cass. 1° civ., 20 juin 2000 (deuxième arrêt) Hédreul, Bull. civ. I, n° 193, Juris-Data n° 2000-002487, Gaz. Pal. 2000, 2, jur., p.10, note J. Guigue, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p. 584, note F. Chabas.

¹⁹³⁶ C.A. Paris (1°ch. B), 5 avril 2001, Soc. Le Sou Médical & autre c. Nicole Fajardie & autres, Gaz. Pal. Rec. janvier. fév. 2002, p. 226.

¹⁹³⁷ P. Sargos, "*L'information du patient et le consentement aux soins*", dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "*Droit médical et hospitalier*", fasc. 9 (11, 2001), p. 26.

Le consentement est une matière assez ample pour être à elle seule l'objet d'un livre entier¹⁹³⁸. Le consentement aux soins, qui est une condition nécessaire¹⁹³⁹ à la formation du contrat médical, est un aspect de l'autonomie et de la liberté individuelle. Mais c'est un acquis relativement récent.

a) L'importance croissante du consentement

On a pu valablement écrire que "la participation des patients au processus de décision est une idée étrangère au génie de la médecine"¹⁹⁴⁰. Certes, les médecins se sont traditionnellement voués à l'art de guérir, notamment les plus faibles. Mais pas plus qu'un père ne requiert pour agir le consentement de ses enfants, le prêtre le consentement de ses fidèles, le maître d'école celui de ses élèves, on n'a jamais exigé du médecin qu'il sollicite préalablement l'assentiment des malades. Mais ceux-ci devaient lui faire confiance et suivre ses prescriptions. Au XIV^e siècle, le chirurgien français Guy de Chauliac écrivait que la personne qui nécessitait des soins devait obéir au médecin "comme un serf à son seigneur"¹⁹⁴¹. Historiquement, le consentement aux soins est étranger à la tradition hippocratique et même chrétienne¹⁹⁴². Quoique l'on puisse toujours trouver des auteurs isolés ayant eu, de bonne heure, des vues personnelles sur le sujet, comme John Gregory ou Benjamin Rush au XVIII^e siècle, favorables à l'information du patient¹⁹⁴³, le consentement mit beaucoup de temps à émerger. L'*Éthique médicale* de Thomas Percival¹⁹⁴⁴, qui a eu un

¹⁹³⁸ B. Hoerni, R. Saury, *"Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine"*, Masson, Paris, 1998 (156 p.) ; C. Berland, *"La place du consentement dans la relation entre le médecin et la personne soignée"*, Thèse Droit, Aix-en-Provence (en préparation).

¹⁹³⁹ Nécessaire mais non suffisante. L'intervention doit également obéir à un but thérapeutique (C. civ., art. 16-3 : "Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne").

¹⁹⁴⁰ J. Katz, *"The silent world of doctor and patient"*, Free Press, New-York, 1984 ; B. Hoerni, R. Saury, *"Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine"*, Masson, Paris, 1998, p. 1.

¹⁹⁴¹ B. Hoerni, R. Saury, *"Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine"*, Masson, Paris, 1998, p. 10.

¹⁹⁴² Cependant la tradition hébraïque a laissé une instruction précise dans le *Talmud*, dont les textes ont été stabilisés aux V^e-VII^e siècles, dans le traité *Babba kamma* : "Le médecin ne peut exécuter aucune opération sans le consentement du malade". C'est la première référence claire au consentement aux soins (B. Hoerni, R. Saury, *"Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine"*, op. cit., p. 10).

¹⁹⁴³ Professeur de médecine à Edimbourg, John Gregory (1724-1773) était favorable à l'information des malades, sauf si celle-ci risquait de compromettre leur guérison. L'Américain Benjamin Rush (1745-1813), qui a été l'un de ses élèves, se prononça encore plus nettement dans ce sens (B. Hoerni, R. Saury, *"Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine"*, op. cit., p. 10).

¹⁹⁴⁴ (1740-1804).

retentissement profond et durable, était hostile au consentement du malade, et marqua l'*American Medical Association* qui sans son premier code d'éthique (1847) n'en soufflait mot. Le consentement n'apparaît pas davantage dans les ouvrages français du XIX^e siècle, notamment chez Max Simon (1845), dans le "*Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*" de F. Dubrac (1882) ou le "*Droit médical ou code des médecins*" d'A. Lechopié et C. Floquet (1890). Mais pourtant, à cette époque, les premiers symptômes d'une mutation sont perceptibles.

Contrairement à l'idée qu'on pourrait s'en faire rétrospectivement en songeant à l'époque nazie (mais l'historien doit toujours se prémunir contre une telle manière de voir), le droit allemand a été précurseur en posant les premières règles juridiques sûres en la matière. Dès 1898, dans l'affaire Neisser, un médecin prussien fut sanctionné disciplinairement pour avoir inoculé la syphilis à leur insu à des malades hospitalisés, afin de faire progresser la recherche¹⁹⁴⁵. Deux ans plus tard, le Land de Prusse édicta des *Instructions aux administrateurs d'hôpitaux* mentionnant la nécessité d'informer les patients et d'obtenir leur consentement. Le 28 février 1931, à l'époque de la démocratie de Weimar donc, le gouvernement fédéral publia des *Directives concernant les thérapeutiques nouvelles et l'expérimentation scientifique* fondées sur l'autonomie des patients et la doctrine d'un consentement éclairé qui devaient être précédées par des "renseignements appropriés" et être "non équivoques". Le texte précisait même que "l'expérimentation (était) interdite si le consentement n'(avait) pas été obtenu"¹⁹⁴⁶. Il ne semble pas que cette règle ait été correctement suivie. En tous cas, dans un contexte politique bien différent, du fait de l'accession au pouvoir d'Hitler, l'ordonnance du 5 novembre 1937 portant "Code professionnel des médecins allemands"¹⁹⁴⁷ abandonna cette exigence. On sait d'ailleurs qu'à l'époque nazie des médecins allemands tentèrent toutes sortes d'expériences sur des êtres humains utilisés comme de simples cobayes, notamment le sinistre Dr. Mengele avec ses études sur la jumeauté qui le conduisirent à pratiquer la vivisection sur des femmes enceintes...

Le thème du consentement aux soins émergeait également en France. Au terme d'une maturation lente, marquée par des décisions

¹⁹⁴⁵ Le médecin concerné, Albert Neisser, professeur de vénéréologie à l'université de Breslau, est d'ailleurs le découvreur du gonocoque.

¹⁹⁴⁶ B. Hoerni, R. Saury, "*Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine*", op. cit., p. 72.

¹⁹⁴⁷ *Berufsordnung für die deutschen Ärzte vom 5. November 1937* Il en existe une traduction française dans l'ouvrage du Dr.Émile Berg, "*Code professionnel des médecins allemands du 5 novembre 1937. Sa comparaison avec le Code de déontologie français du 1^{er} avril 1941*", Thèse Médecine, Strasbourg, 1947.

ponctuelles¹⁹⁴⁸, il a été introduit par la jurisprudence civile à partir des années 1890¹⁹⁴⁹ a commencé à cheminer dans la doctrine¹⁹⁵⁰. Implicitement, l'exigence de consentement paraît impliquée par la reconnaissance du contrat médical en 1936, puisque tout contrat exige le consentement des parties¹⁹⁵¹. Mais il a été consacré pour la première fois par l'arrêt Teyssier de 1942¹⁹⁵², qui l'a clairement érigé au rang de principe général du droit. A peine postérieur, le premier arrêt reliant formellement dignité et consentement date de 1949¹⁹⁵³. A compter de 1955 a émergé jurisprudentiellement la notion de consentement libre

¹⁹⁴⁸ Étienne-Martin, *"Précis de déontologie et de médecine professionnelle"*, Masson, Paris, 1923, p. 88 cite deux décisions illustrant l'interdiction d'inoculer un virus quelconque pour l'expérimentation et sous prétexte de traitement "sans le consentement formel du malade" (Trib. Corr. Lyon, 15 décembre 1859, D.P.1859, 3, 88) et celle de pratiquer l'anesthésie, l'exploration électrique ou la radiographie "sans le consentement du malade ou des ayants droit" (tribunal de Narbonne, 28 mai 1903).

¹⁹⁴⁹ G. Mémeteau, *"L'éthique durch Eisen und Blut. Note de lecture sur un arrêt du 28 janvier 1942"*, *Journal International de bioéthique- International Journal of Bioethics*, mars 1993, vol. 4, p. 66 : des décisions belges de 1889 et 1890 parlent de "l'autorisation dont l'homme de l'art ne peut jamais se passer, sauf en cas d'urgence" (Trib. Civ. Liège, 27 novembre 1889 et C.A. Liège, 30 juillet 1890, D.P. 1891, 2, 281). Cf également C.A. Aix, 22 octobre 1906, D. 1907, 2, p. 41 : note Mérignac mettant l'accent sur la nécessité que le malade soit "prévenu du danger" qu'une opération pouvait lui faire courir et donne son consentement à celle-ci.

¹⁹⁵⁰ En 1939, le Doyen Nerson développe l'idée dans sa thèse sur *"Les droits extrapatrimoniaux"*, Lyon, n° 66 (G. Mémeteau, *"L'éthique durch Eisen und Blut. Note de lecture sur un arrêt du 28 janvier 1942"*, op. cit., p. 66).

¹⁹⁵¹ C. civ., art. 1108.

¹⁹⁵² Cass., 28 janvier 1942, Teyssier, D.C. 1942, p. 63 : un chirurgien "est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; en violant cette obligation, imposée par le **respect de la personne humaine**, il commet une atteinte grave aux droits du malade". Cf G. Mémeteau, *"L'éthique durch Eisen und Blut"*, *J. Int. de bioéthique*, 1993/4, p. 65 (resituant l'arrêt dans son contexte historique) et du même auteur *"Le droit médical pendant la Seconde guerre mondiale"*, *"Médecine & Droit"*, n°20, septembre-octobre 1996, pp. 22 ss ; A. Fagot-Largeault, *"Le consentement éclairé : historique du concept de consentement"*, *"Médecine & Droit"*, 1995 ; 6, 55-56.

Une décision de la Cour d'appel de Douai du 10 juillet 1949 analyse également le consentement comme un principe général du droit et le fait reposer sur "le **respect de la dignité humaine**" (J.P. Duprat, *"La définition du statut juridique du corps humain, entre l'énoncé de principes fondamentaux et l'affirmation de libertés publiques"*, dans S. Dubourg-Lavroff et J.P. Duprat, *"Droits et libertés en Grande-Bretagne et en France"*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 1999, p. 243).

¹⁹⁵³ C'est une décision de la Cour d'appel de Douai du 10 juillet 1949 qui analyse également le consentement comme un principe général du droit et le fait reposer explicitement sur "le **respect de la dignité humaine**" (J.P. Duprat, *"La définition du statut juridique du corps humain, entre l'énoncé de principes fondamentaux et l'affirmation de libertés publiques"*, dans S. Dubourg-Lavroff et J.P. Duprat, *"Droits et libertés en Grande-Bretagne et en France"*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 1999, p. 243).

et éclairé¹⁹⁵⁴. C'est dans les années 1980 que ce principe d'autonomie a émergé au premier rang des principes éthiques en médecine, avec notamment le succès des *Principles of biomedical ethics* de Thomas Beauchamp (également co-auteur d'un livre sur le consentement éclairé en 1985) et James Childress¹⁹⁵⁵.

A la différence du secret médical venu de la déontologie au droit, le consentement est venu du droit pour entrer ensuite dans la déontologie. D'ailleurs chez les médecins français, il n'était toujours pas pleinement admis au milieu du XX^e siècle¹⁹⁵⁶. Le code de déontologie médicale de 1979 se bornait à dire que la volonté du malade devait "toujours être respectée dans toute la mesure du possible"¹⁹⁵⁷. Il a fallu attendre celui de 1995 pour que le consentement aux soins reçoive pleine et claire consécration¹⁹⁵⁸. Il se retrouve dans le code néo-calédonien de 1997.

Il a été consacré par le "code de Nuremberg"¹⁹⁵⁹ de 1947¹⁹⁶⁰ et revivifié par la bioéthique américaine qui sacralise l'*informed consent* (assentiment éclairé)¹⁹⁶¹, non sans excès, croyons-nous d'ailleurs¹⁹⁶².

¹⁹⁵⁴ Cass. civ. 1^o, 8 novembre 1955, J.C.P. 1955, 90, 14, note Savatier.

¹⁹⁵⁵ B. Hoerni, "L'éthique médicale. Principales évolutions au fil des siècles", Revue *Histoire des sciences médicales*, t. XXXVII, n^o 3, 2003, p. 335.

¹⁹⁵⁶ En 1964 c'était encore la thèse du dr. L. Portes (premier président de l'Ordre des Médecins) : "Je dirai que (le patient) n'est qu'un jouet, à peu près complètement aveugle, très douloureux et essentiellement passif ; qu'il n'a qu'une connaissance objective très imparfaite de lui-même ; que son affectivité est dominée par l'émotivité ou par la douleur et que sa volonté ne repose sur rien de solide, si ce n'est parfois quand elle aboutit au choix de tel médecin plutôt que de tel autre" (L. Portes, "À la recherche d'une éthique médicale", Masson, Paris, 1964, p. 159) Il en résulte que "le consentement 'éclairé' du malade, à chaque étape de ce petit drame humain, n'est en fait qu'une notion mythique que nous avons vainement cherché à dégager des faits. Le patient, à aucun moment ne 'connaissant' au sens exact du terme, vraiment sa misère, ne peut vraiment 'consentir' ni à ce qui lui est affirmé, ni à ce qui lui est proposé" (*ibid.*, p. 170). Dans ces conditions, le refus de soin ne peut exprimer qu'une réaction infondée qui ne mérite pas d'être prise en compte.

¹⁹⁵⁷ art. 7.

¹⁹⁵⁸ art. 36.

¹⁹⁵⁹ Il s'agit d'un texte de dix articles édicté par le tribunal militaire américain de Nuremberg.

¹⁹⁶⁰ "Art. 1 : Le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel. Cela veut dire que la personne intéressée doit jouir de capacité légale totale pour consentir, qu'elle doit être laissée libre de décider sans intervention de quelque élément de force, de fraude, de contrainte, de supercherie, de duperie ou d'autres formes de contrainte ou de coercition. Il faut aussi qu'elle soit suffisamment renseignée et connaisse toute la portée de l'expérience pratiquée sur elle afin d'être capable de mesurer l'effet de sa décision" (C. Ambroselli, G. Wormser dir., "Du corps humain à la dignité de la personne humaine : genèse, débats et enjeux des lois d'éthique biomédicale", C.N.D.P., Paris, 1999, p. 14).

¹⁹⁶¹ Aux États-Unis, comme ailleurs, cette orientation n'a pas toujours été. La notion d'*informed consent* est inconnue du Code d'éthique médicale de 1847. Elle émerge à partir de l'arrêt du 22 octobre 1957, dans le jugement de l'affaire Salgo en Californie dans laquelle la Cour a jugé qu'"un médecin viole son devoir vis à vis de son patient

Le premier texte français à consacrer une obligation générale de consentement aux soins est la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, qui pourtant met au premier plan la finalité thérapeutique de l'intervention médicale : "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"¹⁹⁶³, car, indépendamment du consentement du patient, "il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne"¹⁹⁶⁴. En d'autres termes, il n'est plus admis aujourd'hui que le médecin décide unilatéralement de ce qui doit être le bien du patient et le lui impose. C'est d'autant plus vrai que les textes les plus récents, comme la loi du 4 mars 2002, "semblent introduire une inversion des rôles"¹⁹⁶⁵ en mettant au premier plan le consentement de la personne et au second plan la nécessité thérapeutique¹⁹⁶⁶.

et devient responsable s'il retient des faits qui sont nécessaires pour fonder un consentement avisé (intelligent) du patient au traitement proposé" (B. Hoerni, R. Saury, *"Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine"*, op. cit., pp. 11-13).

¹⁹⁶² En droit américain, la jurisprudence valide généralement les clauses exclusives de responsabilité lorsque les patients refusent le traitement médical approprié pour des raisons religieuses (In Re Hugues, 611 A.2d 1148, 1153 (1992), cité par C.H. Baron, *"Les aspects contractuels de la relation du médecin et du patient en droit américain"*, Gaz. Pal., 22-23 mars 2000, p. 551.

¹⁹⁶³ L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 ; C. civ., art. 16-3 al. 2 : "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". Des textes spéciaux réitèrent cette exigence dans les domaines les plus sensibles, par exemple les stérilisations à des fins contraceptives des incapables majeurs qui ne peut être faite que s'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes contraceptives ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement (J.C.P. G 2001, act. p. 1477).

Pour la Métropole, voir également : L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 9 et 11 (C.S.P., art. L. 1111-22 ss. non applicables à la Nouvelle-Calédonie).

¹⁹⁶⁴ La modification apportée à ce texte, devenu l'article 16-3 du code civil, par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, portant création de la C.M.U., a substitué à la notion précise (et restrictive) de "nécessité thérapeutique", celle, plus vague, de "nécessité médicale", intervenue à la demande des médecins. On peut comprendre ceux-ci, car les professionnels de santé ne sauraient borner leur activité à la thérapie. Ils doivent également prévenir le mal ou soulager la souffrance. Hélas la langue française ne dispose pas d'un vocable intégrant le diagnostique, le curatif, le palliatif et le préventif. Hormis l'adjectif "médical" qui se rapporte au médecin et n'a pas de sens ontologique.

¹⁹⁶⁵ J.P. Gridel, *"Le refus de soins au risque de la mort"*, Gaz. Pal., 19-20 juin 2002, p. 8.

¹⁹⁶⁶ Le droit à l'information des usagers et celui d'exprimer leur volonté apparaît à compter de l'article L. 1111-2 (étendu à la Nouvelle-Calédonie à l'exception de son 6° alinéa). La nécessité thérapeutique n'apparaît qu'à partir de l'article L. 1111-4 (applicable au Territoire) lorsqu'il est indiqué que le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre le malade d'accepter les soins indispensables.

Une thèse ancienne analysait le consentement comme un principe général du droit, c'est à dire une règle supra-décrétale (qui s'imposait à l'administration) mais infra-législative (que la loi pouvait souverainement aménager). Aujourd'hui, outre son importance déontologique¹⁹⁶⁷, le consentement aux soins a désormais valeur légale¹⁹⁶⁸, voire constitutionnelle¹⁹⁶⁹. Par ailleurs, il figure dans un certain nombre de textes internationaux, notamment l'article 5 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la bio-médecine dite d'Oviedo¹⁹⁷⁰ et l'article 3-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁹⁷¹.

Son contenu n'a pas cessé d'évoluer dans l'intervalle.

b) Le contenu de l'exigence de consentement dans le dispositif actuel

Le contenu du consentement n'a pas cessé d'évoluer, aussi bien en profondeur que dans l'espace.

¹⁹⁶⁷ C.D.M. 1995, art. 36-37.

¹⁹⁶⁸ La légalisation a été opérée pour la première fois par la L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 ; C. civ., art. 16-3 al. 2 : "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". Des textes spéciaux réitèrent cette exigence dans les domaines les plus sensibles, par exemple les stérilisations à des fins contraceptives des incapables majeurs qui ne peut être faite que s'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes contraceptives ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement (J.C.P. G 2001, act. p. 1477).

Elle se fonde aujourd'hui sur la L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 9 et 11 (C.S.P., art. L. 1111-4, 1111-5 al. 1, 1111-6, 1111-7 et 1111-8 tous étendus à la Nouvelle-Calédonie, à quelques réserves figurant dans l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit.1°, chap.IV, art. 10).

¹⁹⁶⁹ Cass. 1° civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° F0014564, C.J.E.G., janvier 2002, p.10, rapp. P. Sargos ; *Petites affiches*, 6 décembre 2001, p. 15, note C. Clément (quelques années auparavant le Conseil constitutionnel avait placé le principe du respect de la personne humaine, au rang constitutionnel, cf. déc. n° 94-343 et 94-344 du 27 juillet 1994).

¹⁹⁷⁰ "Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine", signée à Oviedo le 4 avril 1997, entrée en vigueur le 1° décembre 1999, mais non encore ratifiée par la France), article 5 : "une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et à ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, retirer librement son consentement". Sur la convention d'Oviedo, cf P. Jean (dir.), *"Éthique et Génétique"*, L'Harmattan, Paris, 2000.

¹⁹⁷¹ S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 3.

Le consentement est apparu d'abord comme une acceptation donnée au départ, une fois pour toutes, sous réserve de la faculté de pouvoir le retirer en cas d'exécution sur un temps long.

Mais cet étalement dans le temps est souvent la règle en raison de la nature même du traitement médical.

La doctrine hésite sur la façon de l'analyser : certains y voient la succession "d'une multitude de contrats"¹⁹⁷², d'autres un contrat unique "à exécution progressive"¹⁹⁷³.

En toutes hypothèses le consentement s'analyse aujourd'hui sur un temps long, comportant la possibilité d'être remise en cause à tout moment.

Pour restituer cette dimension, on parle aujourd'hui d'aller "du consentement éclairé à la décision partagée"¹⁹⁷⁴.

La matière a également évolué sous l'angle des personnes intéressées. À l'origine, le consentement aux soins était le consentement de l'intéressé, majeur et capable, ou, à défaut de ses proches au sens familial et conjugal du terme. Aujourd'hui, depuis la loi du 4 mars 2002, le mineur et le majeur vulnérable ne sont plus considérés sans réserve comme des incapables et une "personne de confiance" choisie par eux peut être amenée à consentir à leur place.

La chose est remarquable car le postulat d'un contrat est la capacité, alors que le mineur et le majeur vulnérable sont en principe des incapables.

Il y a là une influence évidente de la bioéthique, qui vient perturber des catégorisations juridiques claires et bien établies. Inutilement. Car le droit français aurait pu parvenir au même résultat en s'appuyant sur la vieille notion romaine de capacité relative (caractéristique des personnes dites *alieni juris*).

L'idée est que le patient, une fois informé, est libre de choisir. Il est loisible de la contester¹⁹⁷⁵, d'autant que la réalité vécue est parfois éloignée du respect dû au patient souffrant¹⁹⁷⁶, mais sur le terrain

¹⁹⁷² C. Jonas, "L'opposition de la personne à l'acte médical", Thèse Droit, Tours, 1993, p. 66.

¹⁹⁷³ F.J. Pansier, "Le consentement dans la loi du 4 mars 2002", dans "Consentement à l'acte médical", Matinée-débats de la Lettre des Juristes d'Affaires du 21 novembre 2002, Lamy 2002, p. 11.

¹⁹⁷⁴ "La santé en France 2002", La Documentation française, Paris, 2002, p. 279.

¹⁹⁷⁵ M.I. Malauzat, "Vers une amélioration de la qualité du système de santé ?", *Petites affiches*, n° 122, 19 juin 2002, pp. 32-33 : "Aussi légitime soit-il, ce principe réaffirmé est quelque peu idéaliste dans le cadre de la relation médecin-malade. En proie à la maladie, la personne soignée est-elle réellement à même de donner un consentement libre et éclairé...Le malade ne peut être lui-même du fait de sa dépendance psychique et psychologique et qu'à ces conditions et sauf exception, il ne peut donner réellement un consentement libre et éclairé".

¹⁹⁷⁶ "C'est ainsi que, dans une institution, l'on fait signer des consentements écrits (souvent plusieurs pages !), en supposant qu'elles soient aptes (!), à des personnes en infarctus aigu, gisant sur une civière, avant de leur administrer la morphine qui va les

juridique la notion n'est pas contestable¹⁹⁷⁷. La Cour de cassation est allée jusqu'à indiquer "qu'un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande"¹⁹⁷⁸.

Pour comprendre les règles "complexes et délicates"¹⁹⁷⁹, ici applicables, il ne faut jamais perdre de vue que le droit est une discipline autonome qui se construit de son propre mouvement, à la recherche de sa propre cohérence.

Une fois admis le principe du consentement, la logique juridique a fini par en tirer abstraitement la conclusion de la légitimité du refus de soin opposé par le malade au médecin, désireux d'agir au nom du principe de bienfaisance. Doctrinalement c'était déjà le point de vue de Savatier, Auby et Péquignot dans leur "*Traité de droit médical*" en 1956¹⁹⁸⁰. Cependant, il a fallu attendre la loi du 9 juin 1999 sur l'accès aux soins palliatifs pour que cette conséquence soit légalement constatée dans ce qui était, jusqu'en 2002, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, disposant que la personne malade peut s'opposer à toute investigation ou thérapeutique. Depuis la loi Kouchner du 4 mars 2002, cet article a certes été abrogé, mais le principe qu'il consacrait a été repris dans le nouvel article L. 1114-4¹⁹⁸¹ qui développe tous les aspects de la prise de décision partagée entre le médecin et le malade en mettant l'accès sur le consentement du second, sans que le texte évoque le péril de mort ou même la demande d'euthanasie¹⁹⁸².

Mais, comme le ressort de l'activité médicale est la fin thérapeutique, qui implique que le médecin intervienne pour protéger la santé et la vie, le droit a tendance à réduire au maximum les cas

soulager..."(S. Philips-Nootens, "*La bioéthique, une menace pour les droits de l'homme ? du discours à la réalité*"; dans S. Marcus Helmons, "*Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*", Université catholique de Louvain, Academia, 1999, p. 38).

¹⁹⁷⁷ M.I. Malauzat, "*Vers une amélioration de la qualité du système de santé ?*", *Petites affiches*, n° 122, 19 juin 2002, pp. 32-33 : "Aussi légitime soit-il, ce principe réaffirmé est quelque peu idéaliste dans le cadre de la relation médecin-malade. En proie à la maladie, la personne soignée est-elle réellement à même de donner un consentement libre et éclairé...Le malade ne peut être lui-même du fait de sa dépendance psychique et psychologique et qu'à ces conditions et sauf exception, il ne peut donner réellement un consentement libre et éclairé".

¹⁹⁷⁸ Cass. 1° civ., 18 janvier 2000, Bull. civ. I, n°13, J.C.P. 2001, II, 10473, note A. Dorsner-Dolivet.

¹⁹⁷⁹ J.P. Gridel, "*Le refus de soins au risque de la mort*", *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, pp. 3 ss.

¹⁹⁸⁰ Au point que J.P. Gridel a pu écrire que "l'euthanasie passive - ou orthothanasie, celle qui se limite à l'abstention ou cessation de l'activité thérapeutique - nous paraît donc légalisée (*ibid.*, p. 7).

¹⁹⁸¹ Rendu applicable à la Nouvelle-Calédonie par l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit.1°, chap. IV, art. 10.

¹⁹⁸² J.P. Gridel, "*Le refus de soins au risque de la mort*", *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, pp. 3 ss.

concrets dans lesquels le refus du malade peut produire ses pleins effets juridiques.

Il en résulte un équilibre subtil, d'autant plus difficile à décrire que le législateur s'est prudemment abstenu et que la matière relève de décisions de justice qui renvoient le plus souvent à des situations singulières, comme dans l'affaire des "Témoins de Jéhovah" refusant toute transfusion sanguine.

Il convient de dire tout de suite qu'il n'y a pas de décision de la Cour de cassation condamnant un médecin qui aurait violé le consentement d'un malade en péril de mort en tentant de le sauver. A contrario, on peut imaginer - sans dissimuler la fragilité de cette déduction - qu'un médecin agissant ainsi, en privilégiant la vie de l'individu, échapperait à toute condamnation civile et pénale. D'autant que des arrêts anciens ont relaxé des médecins qui n'avaient pas pu accomplir leur mission thérapeutique, du fait du refus obstiné et agressif d'une patiente qui avait même signé un certificat par lequel elle s'opposait aux soins¹⁹⁸³. Peut-on pour autant en conclure qu'un médecin qui se serait abstenu de soigner un malade refusant son concours ne s'exposerait pas au risque d'une condamnation ? De toute évidence une réponse négative s'impose : dans cette hypothèse, le praticien court toujours le risque de voir sa responsabilité engagée pour manquement à l'obligation de secours, pénalement sanctionnée, bien qu'il puisse parfois échapper à une condamnation. En d'autres termes, en l'état actuel du droit, il faut recommander au médecin d'intervenir toutes les fois que cela lui sera possible, ce qui est conforme d'ailleurs à la finalité même de son activité, qui est de préserver la santé et la vie.

En matière disciplinaire, il faut remarquer qu'aujourd'hui, sous l'empire du code de déontologie actuel, le refus des investigations ou traitement par un malade dûment éclairé s'impose au médecin. Et déjà, en 1981, le Conseil d'État avait censuré une décision du C.N.O.M. qui avait analysé comme une faute disciplinaire le comportement d'un médecin qui s'était borné à dispenser des soins palliatifs à une malade atteinte d'un cancer qui avait refusé toute thérapie¹⁹⁸⁴.

Toutefois vingt ans plus tard, le Conseil d'État (en qualité de juge du contentieux hospitalier et non pas de juge de cassation des décisions disciplinaires) n'est pas allé jusqu'à admettre que des médecins auraient du s'abstenir de transfuser une personne qui l'avait

¹⁹⁸³ Cass. crim., 3 janvier 1973, D. 1973, 220, R.S.C. 1973.693, obs. Levasseur.

¹⁹⁸⁴ C.E., 6 mars 1981, Puech, R.D.S.S. 1981, p. 413, concl. Labetoulle, note L. Dubouis.

préalablement refusée, alors qu'ils étaient confrontés à la fois au risque vital, à l'urgence et à l'absence d'alternative thérapeutique¹⁹⁸⁵.

En 1998, le comité consultatif national d'éthique a pris soin de préciser que ce refus devait être respecté lorsqu'il émanait d'une personne dont l'autonomie pouvait être présumée¹⁹⁸⁶. A l'extrême fin du XX^e siècle, la jurisprudence judiciaire elle-même en était venue à considérer que le médecin qui viole le refus de soin d'un malade en état de refuser son consentement, sans que sa vie soit mise en danger, commettait une grave faute disciplinaire¹⁹⁸⁷.

Que se serait-il passé devant le juge judiciaire si l'abstention du médecin avait conduit le malade à la mort ? En effet, il ne faut pas perdre de vue que le médecin en état de sauver autrui d'un péril imminent peut encourir des poursuites pénales et disciplinaires. Avant 2002, des jugements ordinaires avaient retenu la responsabilité disciplinaire du médecin, notamment dans une affaire contestable où le médecin qui s'était heurté à un refus de soin, avait prescrit à sa patiente des remèdes jugés illusoire¹⁹⁸⁸. Depuis la loi Kouchner, il semblerait que dès l'instant où la possibilité de refuser l'acte médical est légalement reconnue, le médecin s'y étant conformé ne saurait engager sa responsabilité¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸⁵ C.E., 26 octobre 2001, Cls D. Chauvaux, note D. de Béchillon, R.F.D.A. 2002, 146, J.C.P. 2002.II.10125, note J. Moreau

¹⁹⁸⁶ Avis n° 58 du 12 juin 1998, "Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche", L.C. n° 17, octobre 1998, pp. 3 ss.

¹⁹⁸⁷ Les décisions concernent des situations qui avaient en commun de ne pas comporter de risque de mort pour le patient concerné. Voir par ex. Cass. civ. 2^e, 19 mars 1997, Bull. civ. II, n° 89, R.T.D.C. 1997, p. 674, obs. P. Jourdain).

En matière hospitalière, cette solution se rapproche de C.E. 27 janvier 1982, Benhamou, D. 1982, inf. rap. p. 275, obs. J. Penneau ; C.E. 29 juillet 1994, R.D.S.S., 1997, p. 57, obs. L. Dubouis, où le Conseil a jugé que le PH n'aurait pas du passer outre à la volonté clairement affichée par le patient qui ne mettait pas sa vie en danger. Elle diverge de ce qui a été jugé dans les affaires relatives à des Témoins de Jéhovah qui, capables et lucides, avaient vainement refusé des transfusion sanguines, amenant le Conseil d'État à considérer que les médecins n'avaient pas commis de faute dès lors que leur action était indispensable à la survie du malade, proportionnée à son état et destinée à le sauver (C.E. ass. 26 octobre 2001, Juris-Data n° 2001-063069, J.C.P. G 2002, II, 10025, note J. Moreau, R.F.D.A. 2002, p. 146, concl. D. Chauvaux, note D. de Béchillon ; A.J.D.A. 2002, p. 259, note M. Demergue). On a dit que cette solution serait aujourd'hui contraire à la loi. C'est inexact (S. Porchy-Simon, *"Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002"*, *"Responsabilité civile et assurances. Editions du Juris-Classeur"*, décembre 2002, p. 4).

¹⁹⁸⁸ C.E., 29 juillet 1994, Garnier, JCP 1994, IV, 1361, R.D.S.S., 1997, p. 57, obs. L. Dubouis, I. Lucas-Gallay, *"Le domaine du droit au refus de soins : une peau de chagrin"*, LPA 1997, n° 6, p. 6.

¹⁹⁸⁹ S. Porchy-Simon, *"Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002"*, op. cit., p. 6. Cette solution peut s'appuyer sur des précédents. Voir par ex. Cass. crim. 3 janvier 1973, Bull. crim. n° 2, D. 1973, jurispr., p. 220, R.S.C. 1973, p. 693, obs. Levasseur ; Cass. crim. 30 octobre 1974, Gaz. Pal. 1975, 2, p. 331, note J.P. Doll ; D. 1975, jurispr. P. 178, note R. Savatier.

Ce véritable "droit au refus des soins" (P. Sargos)¹⁹⁹⁰ a été consacré ensuite par la loi Kouchner de 2002 en des termes absolus qui ne prévoient aucune limite relative aux conséquences du refus sur la santé de l'intéressé¹⁹⁹¹.

En droit hospitalier, le patient peut refuser les soins dans une attestation écrite, ce qui implique qu'il quitte alors l'établissement, lequel est alors déchargé de toute responsabilité¹⁹⁹².

Mais il est entendu que le malade doit être informé et donner un consentement éclairé. Si ces conditions font défaut, le refus de soin, trop facilement admis, expose le médecin à des poursuites pénales et disciplinaires¹⁹⁹³.

Outre l'information loyale qui doit lui être donnée, il y a donc deux conditions pour admettre le refus de soins :

- d'une part la capacité du patient,
- d'autre part le fait que son choix ne met pas sa vie en péril¹⁹⁹⁴.

C'est dire que le refus de soin d'une personne qui s'exposerait ainsi à la mort est juridiquement délicat. Il ne fait pas de doute que le médecin qui ignorerait le refus de celle-ci serait susceptible d'engager sa responsabilité. Dans ces conditions, la jurisprudence devrait logiquement s'abstenir d'engager la responsabilité du médecin qui respecterait le refus "éclairé" d'un malade de se soigner ou de continuer à se soigner¹⁹⁹⁵.

Ceci est transposable en droit hospitalier : C.E., 27 janvier 1982, Benhamou, D. 1982, inf. rap., p. 275.

¹⁹⁹⁰ Cass. civ. 2^o, 19 mars 1997, Bull. civ. II, n^o 86 ; J.C.P. 1997.IV.1006, RTDC 1997, p. 674, obs. P. Jourdain, dans lequel la haute instance a jugé que "nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale".

¹⁹⁹¹ C.S.P., art. L. 1111-4 (applicable en Nouvelle-Calédonie).

¹⁹⁹² D. n^o 74-27 du 14 janvier 1974, art. 7, 42, 60 ; Charte relative aux droits des patients hospitalisés : "Le patient peut, à tout moment, quitter l'établissement sauf exceptions prévues par la loi, après avoir été informé des risques éventuels qu'il court".

¹⁹⁹³ C.E., 29 juillet 1994, Garnier, JCP 1994, IV, 1361, R.D.S.S., 1997, p. 57, obs. L. Dubouis, I. Lucas-Gallay, *"Le domaine du droit au refus de soins : une peau de chagrin"*, Les Petites Affiches, 1997, n^o 6, p. 6. Le Conseil a estimé que le traitement à base d'acupuncture et d'homéopathie prescrite à une malade consentante, atteinte d'un cancer (et ne voulait pas se soigner), avait fait perdre à celle-ci une chance de survie.

¹⁹⁹⁴ C.E., sect. cont., 1^o et 4^o s.-sect. réun., 27 janvier 1982, Benhamou, D.1982, I.R., 276, note J. Penneau, où la haute instance a suivi le CNOM qui avait infligé une sanction disciplinaire (interdiction d'exercice de six mois) à l'encontre d'un médecin ayant pratiqué une hystéropexie (fixation chirurgicale de l'utérus) malgré l'opposition préalable de sa cliente, dont le refus ne mettait pas sa vie en danger).

¹⁹⁹⁵ A ce jour, on ne dispose d'aucune décision judiciaire postérieure à la loi Kouchner de 2002. En droit hospitalier la célèbre solution adoptée par la juridiction administrative antérieurement à cette date (C.E., ass., 26 octobre 2001, Juris-Data n^o 2001-063069, J.C.P. G 2002, II, 10025, note J. Moreau, R.F.D.A. 2002, p. 146, concl. D. Chavaux, note D. de Béchillon ; A.J.D.A. 2002, p. 259, note M. Demergue) n'a pas été affectée par la nouvelle loi, comme on se l'est d'abord imaginé, comme le

Le cas du patient qui n'est pas en mesure de donner ou de refuser son consentement englobe des situations diverses et variées.

Pour **les majeurs inconscients**, victimes d'un accident, sauf urgence, il faut consulter la "personne de confiance"¹⁹⁹⁶, une sorte de mandataire prévu à l'article L. 1111-6¹⁹⁹⁷, ou à défaut la famille ou en dernier lieu un proche. C'est donc, dans tous les cas, un tiers qui donnera le consentement. En cas d'urgence, le médecin est autorisé à agir, sans devoir en aviser quiconque.

En ce qui concerne **les mineurs et les majeurs sous tutelle**, ils doivent être consultés lorsqu'ils sont en âge ou en situation de comprendre¹⁹⁹⁸, mais, en règle générale¹⁹⁹⁹, la portée effective d'une telle exigence est limitée, car le consentement ne peut en principe être donné que par les représentants légaux.

S'agissant des mineurs, il s'agit des titulaires de l'autorité parentale, en principe les deux parents²⁰⁰⁰.

montre notamment une ordonnance rendue par le Conseil d'État le 16 août 2002 (S. Porchy-Simon, *"Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002"*, *"Responsabilité civile et assurances. Editions du Juris-Classeur"*, décembre 2002, p. 4).

¹⁹⁹⁶ "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, applicable à la Nouvelle-Calédonie, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté" (C.S.P., art. L. 1111-4, al. 4 étendu au Territoire). Cf A.Gabriel, *"La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades"*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2004.

¹⁹⁹⁷ "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. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions" (C.S.P., art. L. 1111-6, al. 1 applicable à la Nouvelle-Calédonie). Pour les actes graves, le mandat doit être écrit.

¹⁹⁹⁸ C.D.M., art. 42 ; C.S.P., art. L. 1111-2, al. 5 et art. L. 1111-4, al. 5 sur l'association de l'incapable à la prise de décision (tous deux étendus à la Nouvelle-Calédonie).

¹⁹⁹⁹ En Métropole, certains textes spéciaux reconnaissent au mineur un véritable **droit à opposition** : ainsi en est-il dans le cadre des recherches biomédicales (C.S.P., art. L. 1122-2) ou des prélèvements d'organe sur le vivant (C.S.P., art. L. 1231-3, al. 3). Par ailleurs et surtout autre est le régime de la contraception (C.S.P., art. L. 5134-1) à laquelle on assimile la "pilule du lendemain"- et de l'I.V.G. (L. n° 2001-588 du 4 juillet 2001). En effet la mineure dispose d'une faculté autonome de consentir, exclusive de celle de ses représentants légaux : son consentement suffit et n'a pas besoin pour produire des effets juridiques de s'appuyer sur celui de ses parents. Les textes disent seulement que la jeune fille peut se faire accompagner par une personne majeure de son choix.

²⁰⁰⁰ C. civ., art. 371-1 ss. ; C.S.P., art. L. 1111-2, al. 4 (applicable en Nouvelle-Calédonie).

Si un seul la détient, il décide seul, à charge d'informer l'autre²⁰⁰¹.

Il existe toutefois deux domaines particuliers, l'un offrant une procédure simplifiée, l'autre exigeant une procédure plus contraignante, en fonction de la gravité des actes concernés.

Une procédure simplifiée existe tout d'abord, en cas d'urgence ou en cas d'acte ou d'intervention simple, tel qu'une vaccination. Dans l'hypothèse de l'urgence, le médecin doit intervenir. En cas d'intervention simple, le consentement d'un titulaire de l'autorité parentale suffit pour autoriser le professionnel à agir²⁰⁰².

À l'inverse, en l'hypothèse du prélèvement d'un organe non régénérable, le consentement des représentants légaux ne suffit plus et doit être conforté par l'avis d'un comité d'experts.

La détermination juridique des personnes appelées à consentir à un I.V.G. pour état de détresse invoqué lorsque la patiente est mineure ou hors d'état d'exprimer son consentement n'est pas très claire.

Bien que l'ancien article L. 162-4 al. 5 du code de la santé y fasse allusion, le Conseil d'État a jugé que le consentement du mari n'était pas obligatoire. Par une décision critiquée, un juge des enfants statuant en référé s'est estimé compétent pour ordonner l'I.V.G. d'un mineur célibataire contre l'avis de sa mère, alors que les textes exigent alors le consentement d'au moins un des parents. À l'opposé, un juge des tutelles a décidé qu'une femme majeure placée sous tutelle ne peut se voir imposer une I.V.G., bien que sa mère, administratrice légale en ait fait la demande²⁰⁰³.

La situation est souvent délicate lorsque les parents sont opposés à l'intervention médicale.

Si celle-ci ne s'impose pas de manière impérieuse, par défaut de gravité, il n'est aucun recours pour le médecin.

En revanche si la santé de l'incapable est en danger²⁰⁰⁴, le professionnel de santé doit mettre en œuvre une procédure spéciale. Dans l'hypothèse la plus courante, qui concerne les enfants, il a le choix entre deux possibilités.

La première est la P.A.E., la procédure d'assistance éducative, qui était la seule possible jusqu'en 2002. Celle-ci est mise en œuvre par le médecin qui s'adresse à cet effet au procureur de la République -ou officieusement au juge des enfants qui a la faculté de s'auto-saisir-

²⁰⁰¹ C. civ., art. 373-2-1.

²⁰⁰² Solution admise sur la base du C. civ., art. 372-2 instituant à l'égard du tiers de bonne foi une présomption d'accord pour les "actes usuels de l'autorité parentale". Il paraît difficile d'inclure dans cette catégorie une opération chirurgicale (voir dans ce sens C.A. Paris, 29 septembre 2000, Juris-Data n° 2000-145100, D. 2001, jurispr. p. 1585).

²⁰⁰³ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", *op.cit.*, p. 18.

²⁰⁰⁴ Notion à distinguer d'un simple état de détresse, C.A. Bordeaux, 4 décembre 1991, D. 1993, jurispr. p. 129.

²⁰⁰⁵. Si celle-ci aboutit, les décisions concernant le mineur sont prises par le juge ou un tiers choisi par lui²⁰⁰⁶.

Depuis la loi Kouchner de 2002, dans l'hypothèse d'un refus infondé des parents qui compromettrait la santé de leur enfant, le médecin est autorisé par la loi à pratiquer l'intervention, en dehors de tout consentement des représentants légaux ou de l'autorisation du juge. C'est là une solution plus simple qui toutefois pourrait bien s'avérer source de contentieux.

Pour ce qui a trait aux majeurs sous tutelle²⁰⁰⁷, le consentement du tuteur suffit en règle générale. Mais, en Métropole, depuis la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001²⁰⁰⁸, la stérilisation contraceptive des personnes atteintes de troubles mentaux impose le consentement du juge des tutelles, après audition de la personne concernée²⁰⁰⁹ et d'un comité d'experts²⁰¹⁰.

Lorsque la personne dont l'état requiert des soins est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin peut et doit se porter à son secours en cas d'urgence.

Négativement, en l'absence d'urgence, "aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée". Dans ce cas, le praticien doit consulter la "personne de confiance" prévue à l'article L. 1111-6²⁰¹¹ ou la famille, à défaut un de ses proches²⁰¹².

Même en cas de menace grave contre les intérêts publics, il n'existe pas d'obligation générale de soins en droit français. Formellement, existent un certain nombre d'**exceptions légales limitées** concernant les vaccinations obligatoires, les soins relatifs aux fléaux sociaux et les traitements coercitifs autorisés par la loi n° 90-

²⁰⁰⁵ Dans des hypothèses de carence plus graves, où la négligence des parents mettrait "manifestement en danger" la santé de l'enfant, une mesure de retrait de l'autorité parentale peut également être envisagée (C. civ., art. 378-1, al. 1).

²⁰⁰⁶ C. civ., art. 375 ss.

²⁰⁰⁷ On laissera de côté le sort des majeurs sous curatelle. En effet, la curatelle étant un régime d'assistance et non de représentation, le majeur conserve en principe le droit de consentir à l'acte médical le concernant.

²⁰⁰⁸ Cette loi est très partiellement applicable à la Nouvelle-Calédonie, puisqu'elle prend soin de préciser que les dispositions des articles L. 2212-1, L. 2212-7, L. 2222-2, L. 2222-4 et L. 2223-2 du code de la santé publique sont applicables dans les territoires d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie, que les dispositions des articles L. 2212-1, L. 2212-7 et L. 2212-8 (premier alinéa) sont applicables en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française et que certains articles sont applicables à la Nouvelle-Calédonie sous réserve des modifications qu'elle édicte (L. 2212-8, L. 2222-2, L. 2223-1 et L. 2223-2, L. 2441-2).

²⁰⁰⁹ C.S.P., art. L. 2123-2 (non-applicable à la Nouvelle-Calédonie). Il faut noter que cette opération ne peut pas être pratiquée sur une personne mineure.

²⁰¹⁰ D. n° 2002-779 du 3 mai 2002.

²⁰¹¹ C.S.P., art. L. 1111-6 (applicable à la Nouvelle-Calédonie). Cf A.Gabriel, "La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades", P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2004.

²⁰¹² C.S.P., art. L. 1111-4, al. 4 (applicable à la Nouvelle-Calédonie).

527 du 27 juin 1990²⁰¹³ à l'attention des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux.

Les vaccinations obligatoires pour tous concernent seulement la polyomyélite, la diphtérie-tétanos et le vaccin antituberculeux BCG. Il peut s'y ajouter d'autres vaccinations obligatoires dans certaines circonstances (notamment pour certaines personnes professionnellement exposées à certains risques de contamination).

Les fléaux sociaux font référence aux maladies vénériennes, aux maladies mentales, à l'alcoolisme signalé comme dangereux pour autrui et la toxicomanie, qui en principe imposent des soins obligatoires²⁰¹⁴. En pratique, faute de sanctions frappant les malades, ces exceptions ne sont mises en œuvre que pour la toxicomanie.

Peut-on parler d'exception jurisprudentielle à propos de personnes refusant certains soins pour des raisons de convenance personnelle, voire des motifs religieux ? L'état du droit en la matière n'est ni ferme, ni précis. On peut cependant avancer un certain nombre d'idées.

Tout d'abord, quel que soit le mobile du patient, le médecin ne doit pas admettre trop facilement un refus de soin²⁰¹⁵. En effet, en dépit de ce que pourrait suggérer une lecture hâtive de l'article 36 alinéa 2 du Code de déontologie médicale²⁰¹⁶, celui-ci n'exonère certainement pas le professionnel de l'obligation de mettre en œuvre **tous les moyens** de nature à faire prendre au patient la véritable mesure des conséquences de son éventuel refus²⁰¹⁷. La loi du 4 mars 2002 prend soin d'indiquer que le médecin doit convaincre le patient d'accepter les soins indispensables²⁰¹⁸. Si celui-ci manifeste une opposition résolue, celle-ci ne peut pas être transgressée et sa

²⁰¹³ Il faut noter l'absence d'application, en Nouvelle-Calédonie, de la Loi n° 90-527. Seul le décret du 30 décembre 1936 (J.O.R.F., 1^o janvier 1937, p. 167), pris en application de la vieille loi de 1838, y fait autorité. La *Mission nationale d'appui en Santé mentale* a demandé aux pouvoirs publics une modernisation du texte dans son rapport de septembre 2002 Cf

<http://www.mnasm.com/downloads/NOUVELLE-%20CALEDONIE.doc> (27/01/2005). Cf. A. Leca, "L'assistance psychiatrique en Nouvelle-Calédonie", *Revue juridique ... de Nouvelle-Calédonie*, n° 5 (À paraître).

²⁰¹⁴ Bon résumé dans B. Hoerni, R. Saury, "*Le consentement*", op. cit., p. 108 à 115.

²⁰¹⁵ Dès 1961, la responsabilité d'un oculiste a été retenue car celui-ci s'était incliné trop facilement devant le refus d'un patient de se plier à une radiographie nécessaire (Civ., 1^o sect., 7 novembre 1961, D. 1962, somm. 71).

²⁰¹⁶ C.D.M., art. 36, al. 2 : "Lorsque le malade, en l'état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus, après avoir informé le malade de ses conséquences".

²⁰¹⁷ La jurisprudence administrative est très nette sur ce point (C.E., 29 juillet 1994, R.D.S.S. 1995.57). D'autant qu'elle est allée jusqu'à exonérer de toute responsabilité l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris dans deux arrêts concernant des praticiens hospitaliers qui, au nom de la nécessité thérapeutique, avaient délibérément ignoré le refus de leur patient de se faire transfuser (infra note suivante).

²⁰¹⁸ C.S.P., art. L. 1111-4 al. 2 (applicable à la Nouvelle-Calédonie).

méconnaissance est susceptible d'engager la responsabilité civile et même pénale du médecin ; "de ce point de vue, il a été décidé qu'un médecin ne peut être condamné pour homicide involontaire ni pour refus d'assistance à personne en danger lorsque le malade a opposé un refus obstiné et même agressif aux conseils de ce médecin et a signé un certificat signifiant son refus ; de même, le Conseil d'État a jugé que le fait d'avoir accepté, devant le refus formel d'une malade de recevoir les soins nécessaires, de ne donner que des soins palliatifs, ne constituait pas une faute professionnelle, et la décision de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre qui avait statué en sens contraire a été cassée au motif qu'elle reposait sur une erreur de droit"²⁰¹⁹.

Le refus résolu de soins fondé sur un motif religieux paraît moins fermement établi car le juge répugne à privilégier la prescription religieuse sur l'impératif de défense de la vie. Un tel refus lui apparaît suspect ou irraisonné. C'est ainsi qu'à différentes reprises, la jurisprudence administrative a admis l'irrecevabilité du refus d'une transfusion sanguine exprimé par des *Témoins de Jéhovah* en se fondant sur l'idée que l'obligation pour le médecin de solliciter le consentement du malade devait céder le pas devant l'obligation impérieuse de protéger la vie de son patient²⁰²⁰.

Le refus de soins concernant les enfants pose des problèmes particuliers.

De manière générale et en dehors des cas d'urgence, le refus de soins peut donner lieu à la mise en œuvre de mesures d'assistance éducative à l'initiative du procureur de la république. En cas d'urgence, le médecin peut agir de sa propre initiative²⁰²¹.

²⁰¹⁹ J. Penneau, "*La responsabilité du médecin*", *op.cit.*, p. 21.

²⁰²⁰ Elle est allée jusqu'à exonérer de toute responsabilité l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris dans deux arrêts concernant des praticiens hospitaliers qui, au nom de la nécessité médicale, avaient délibérément ignoré le refus de leur patient de se faire transfuser : "L'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer...trouve...sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, c'est à dire en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu" (C.A.A. Paris, 9 juin 1998, Mme Donyoh et Mme Senanayake ; R.F.D.A. 1998, p. 1231 ; *Petites Affiches*, 23 avril 1999, n°81 ; C. Byk, "*Urgence et thérapie, rigueur et évolution du droit*", *Revue générale de droit médical* n°3, 2000). Ayant eu à connaître de cette affaire, le Conseil d'État a jugé que l'attitude du médecin n'était pas fautive, mais il n'en a pas moins cassé la décision de la cour de Paris, en considérant que l'obligation pour le médecin de sauver la vie ne devait pas prévaloir de façon générale sur celle de respecter la volonté de la personne malade (C.E. 26 octobre 2001, R.F.D.A., 2002, p. 155, note D. de Bechillon).

²⁰²¹ J. Penneau, "*La responsabilité du médecin*", *op.cit.*, p. 22.

Différente encore est la situation des détenus grévistes de la faim qui peuvent mettre leur vie en danger : le seul texte applicable en l'espèce laisse au médecin la liberté d'apprécier²⁰²².

2 - La faute médicale à caractère technique

La faute technique est la plus répandue en contentieux médical. Hélas, elle se dérobe à toute définition précise. On ne peut l'appréhender qu'en se plaçant sur un terrain pratique.

On sait ce qu'elle n'est pas, l'erreur médicale, qui reviendrait à faire peser sur les praticiens une obligation de résultat. Ainsi toute erreur de diagnostic n'est pas une faute²⁰²³. De même, durant la phase de soin, toute erreur de traitement n'est pas fautive, par exemple omettre de prescrire un anticoagulant à une personne victime d'une fracture de l'extrémité inférieure du péroné, au motif qu'avec une attelle amovible elle était censée marcher, ce qu'elle n'a pas fait, déclenchant ainsi une maladie thrombo embolique²⁰²⁴. Alors même que le médicament par lui prescrit a causé un dommage, le médecin n'engage pas pour autant sa responsabilité s'il n'a pas commis d'imprudance au regard des caractéristiques connues de ce médicament en l'état de la science médicale pouvant être exigée d'un praticien normalement diligent à la date de sa prescription et de l'état de sa patiente à cette date²⁰²⁵.

Positivement, la faute c'est précisément le manquement que n'aurait pas commis un bon praticien ou, si l'on préfère, le médecin agissant dans les règles de l'art. C'est la méconnaissance des limites qui sont celles de sa spécialité²⁰²⁶ ou, dans son domaine de compétence, celle des données acquises de la science, notion-clé dans cette matière complexe, qui a connu quelques fluctuations

²⁰²² C. procéd. pén., art. D. 390 : si un détenu se livre à une grève de la faim prolongée, il **peut** être procédé à son alimentation forcée, mais seulement sur décision et sous surveillance médicales et lorsque ses jours risquent d'être en danger".

²⁰²³ Voir par ex. Crci/PACA, Avis du 27 mai 2004, Mme T. c./ CH de T., dossier n° 03-13c-00 121-00 concernant un médecin qui n'avait pas diagnostiqué un herpès oculaire à une patiente, créditée il est vrai d'une prétendue immunité ancienne, et choisi de prescrire un traitement à base de corticoïdes, absolument contre-indiqué dans un tel contexte (la patiente a d'ailleurs perdu son œil, sans obtenir aucune réparation).

²⁰²⁴ Crci/PACA, Avis du 27 mai 2004, M. S. c./ Dr.C., dossier n° 03-13c-00 132-00.

²⁰²⁵ T.G.I. Nanterre, 22 décembre 2000, Note H. Vray, Gaz. Pal., 15-16 février 2002, p. 60.

²⁰²⁶ Cass. 1° civ., 9 juillet 1963, D. 1964, p. 39 : commet une faute le praticien "qui n'a pas de qualification en gynécologie et qui pratique une intervention lors d'un accouchement sans faire appel à un véritable spécialiste d'obstétrique"

sémantiques²⁰²⁷. C'est une notion plus accessible à un médecin qu'à un juriste et les experts jouent ici un rôle décisif. On l'a vu encore à propos de l'affaire du vaccin *Engérix B* où les scientifiques ont jeté le doute sur le lien de causalité que les juges de la Cour d'appel de Versailles avaient cru établi²⁰²⁸.

Le manquement aux "données acquises de la science" peut survenir à deux moments différents : durant la phase exploratoire ou durant la phase thérapeutique.

Durant la phase exploratoire, le praticien peut commettre une faute dans l'établissement du diagnostic. Cette faute n'est pas l'erreur de diagnostic, car toute erreur de diagnostic n'est pas une faute. Pour qu'elle revête ce caractère, il faut que le diagnostic n'est pas été posé selon les règles de l'art²⁰²⁹, ou, si l'on préfère, que les moyens et, plus généralement, la diligence nécessaire à l'établissement d'un diagnostic exact n'aient pas été mis en œuvre, au regard des "données acquises de la science"²⁰³⁰, des "connaissances médicales avérées"²⁰³¹ dont

²⁰²⁷ Un temps, l'article 340-1-3° du Code civil (abrogée par la loi du 8 janvier 1993), parlait de "méthode médicale certaine. Certains jugements ont introduit l'expression de "données actuelles" qui a été écartée par un arrêt de la Cour de cassation de 2000 qui a qualifié cette notion d'"erronée" (Cass. civ. I, 6 juin 2000, Juris-Data n°002337 ; JCP G 2001, II, n° 10447, n° 1, pp. 21 à 23, note G. Mémeteau ; Bull. cass. civ. I, n° 176, Rap. Ann. C. cass. 2000, p. 380). Plus récemment, la loi du 4 mars 2002 a substitué à cette expression celle de "données médicales avérées" (C.S.P., art. 1100-5), qui paraît inadaptée à des connaissances médicales toujours susceptibles d'être remises en cause, au fil des découvertes nouvelles. De toute manière, acquises, actuelles ou avérées, les données à respecter semblent celles admises par l'ensemble du corps médical.

²⁰²⁸ L'*Engérix B* est un vaccin de l'hépatite B des laboratoires SmithKline Beecham, titulaire d'une AMM depuis octobre 1994 (pour la suspension injectable enfant et nourrissons), rectifiée en décembre 2000 (A.Leca, *"Précis élémentaire de droit pharmaceutique"*, Librairie de l'Université, Aix, 2° éd. 2004, p. 335). Suivant le point de vue expertal dominant, ce vaccin n'a pas pu causer la pathologie visée (sclérose en plaques) : Cass. 1° civ., 23 sept. 2003, n° 01-13.063, Gaz. Pal., 5-7 octobre 2003, pp.30-31 censurant l'arrêt imprudemment rendu par la C.A. de Versailles, 14° chambre, 2 mai 2001, Smithkline Beecham c/Mme Leroy, Dalloz 2001, n°20, JP, Informations rapides, p. 1593, Gaz. Pal., sept. - oct. 2001, p. 1739. Dès avant l'arrêt de la Cour de cassation, le raisonnement des juges de Versailles n'avait pas été suivi par le T.G.I. de Lyon, 4° ch. civ., 28 avril 2003, dans trois décisions concernant des personnes vaccinées ayant développé cette maladie (*"Dictionnaire permanent. Bioéthique et biotechnologies"*, bull. 127 (juin 2003), p. 7044 : "Le tribunal de grande instance de Lyon se range donc à l'opinion qui est, semble-t-il, celle de la communauté scientifique dominante : le vaccin contre l'hépatite B ne peut être mis en cause dans l'apparition d'un certain nombre de pathologies, notamment la sclérose en plaques, constatées sur des personnes, récemment vaccinées").

²⁰²⁹ Cass. 1° civ., 16 juin 1998, Juris-data n°002739, Bull. civ. I, n° 210, Resp. civ. et assur. 1998, comm. n° 318 (concernant une erreur de diagnostic évidente à propos d'une infection utérine ignorée d'un spécialiste).

²⁰³⁰ Cass. civ., Dr. Nicolas c/ époux Mercier, 20 mai 1936, S. 1937.1.321, DP, 1936.1.88. Après quelques hésitations jurisprudentielles, la référence aux "données

disposait le praticien. Ce qui suppose un jugement subjectif. La faute peut être le défaut d'examen préalable à la prescription ou à l'exécution technique de l'acte médical²⁰³². Ce peut être aussi une erreur de diagnostic grossière qu'un professionnel ne devrait pas pouvoir commettre, par exemple diagnostiquer une simple contusion du poignet, sans lésion osseuse à la place d'une fracture du scaphoïde carpien gauche²⁰³³. Ou, pour un gynécologue-obstétricien ayant pratiqué sept échographies sur la future mère, de ne pas avoir décelé la malformation de l'enfant atteinte d'un syndrome de régression caudale visible à l'échographie²⁰³⁴. Ce peut être également le fait de ne pas avoir fait hospitaliser un patient victime d'une blessure grave impliquant celle-ci, compte tenu des données acquises de la science médicale²⁰³⁵. Ou le fait de retarder l'hospitalisation, privant le patient d'une chance d'être soigné plus efficacement²⁰³⁶. Un spécialiste ne peut invoquer la rareté d'une infection pour excuser une erreur de diagnostic²⁰³⁷. La faute peut, semble-t-il, résider dans le choix d'un traitement déconseillé dans certaines conditions²⁰³⁸, un traitement

actuelles" a été abandonnée par la Cour de cassation (Cass. civ. I, 6 juin 2000, Bull. cass. Civ. I, n° 176, Rap. Ann. C. Cass. 2000, p. 380).

S'agissant de la détermination de la notion fondamentale de "données acquises de la science", elle résulte des ouvrages et traités de référence, mais aussi des congrès ou autres conférences de consensus réunissant des autorités reconnues de la profession médicale. Les R.M.O. peuvent aussi être prises en compte (P. Sargos, "*L'actualité du droit de la responsabilité médicale dans la jurisprudence de la Cour de cassation*", *Droit et Patrimoine*, n°92, avril 2001, p. 18 et du même auteur "*La responsabilité pour faute en matière médicale*", *op.cit.*, p. 10).

Négativement, ce critère exclue qu'un professionnel prodigue des soins en subordonnant les données acquises de la science à des données économiques, telle les possibilités financières d'un patient qui n'aurait pas pu s'offrir l'appareillage dentaire dont il avait besoin et auquel le praticien a préféré une alternative moins chère qui s'est avérée inadaptée (Cass. civ., 19 décembre 2000, Bull. civ. I, n° 331).

²⁰³¹ Chaque malade a droit à "la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées" (C.S.P., art. L. 1110-5/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 3.). C'est à dire des connaissances tenues pour vraies, sûres et certaines. Dans l'hypothèse où les opinions des scientifiques seraient divisées, on ne serait pas en face de connaissances avérées.

²⁰³² J. Penneau, "*La responsabilité du médecin*", *op.cit.*, pp. 23-24.

²⁰³³ Avis Cr. PACA du 22 avril 2004, n° de dossier : 03-13-00 136.

²⁰³⁴ CA Reims (ch. civ.), 11 avril 2001, JCP 2002, IV, 2126.

²⁰³⁵ Cass. 1° civ., 7 juillet 1993, Resp. civ. et assur. 1993, comm. n°375, concernant des blessures pouvant provoquer une plaie articulaire qui font obligation au médecin de prescrire l'hospitalisation pour pallier les complications prévisibles d'une telle situation, puisqu'au-delà de 24 heures, le cartilage démuné de défense est lésé et que l'infection se pérennise.

²⁰³⁶ Cass. 1° civ., 25 novembre 1997, Resp. civ. et assur. 1998, comm. n° 58.

²⁰³⁷ Cass. 1° civ., 16 juin 1998, Juris-data n° 002739, Bull. civ. I, n° 210, Resp. civ. et assur. 1998, comm. n° 318.

²⁰³⁸ Par exemple réaliser des épreuves d'effort cardiologiques à son cabinet, alors que les directives de la Société Française de Cardiologie préconisent de les opérer en

obsolète ou, à l'inverse, d'une méthode expérimentale non accompagnée d'une diligence technique renforcée²⁰³⁹.

Pendant la phase de soin, l'aléa reste inhérent à l'acte médical. Il en résulte qu'un échec n'engage pas *ipso facto* la responsabilité d'un praticien, même pour une I.V.G.²⁰⁴⁰. Positivement, la jurisprudence sanctionne :

- l'imprudence, notamment celle qui consiste à utiliser un remède ou un procédé insuffisamment éprouvé²⁰⁴¹, par exemple pratiquer une injection sans respecter les méthodes d'asepsie moderne²⁰⁴²,

- la négligence²⁰⁴³, à commencer par celle qui oblige le praticien à opérer certains contrôles, tel que la sérologie de la rubéole lors d'un examen prénuptial²⁰⁴⁴, mais aussi celle qui consiste à ne pas exercer une surveillance médicale adaptée aux risques inhérents à une situation particulière, par exemple une grossesse gémellaire pour un gynécologue-obstétricien²⁰⁴⁵.

- la maladresse du praticien, par exemple la confusion sur la vertèbre à opérer²⁰⁴⁶, la perforation d'une artère à l'occasion de l'ablation d'une hernie²⁰⁴⁷ ou l'oubli d'une chose étrangère dans le corps du malade²⁰⁴⁸, ainsi que tout manquement à l'obligation de compétence²⁰⁴⁹ qui est la sienne.

milieu hospitalier disposant d'une unité de soins intensifs cardiologiques avec assistance minimale par une IDE...

²⁰³⁹ Le droit n'est pas encore très ferme sur cette question ; cf C.A. Pau, 9 novembre 2000 (condamnant un chirurgien-dentiste ayant choisi une méthode expérimentale et auquel on pouvait reprocher en outre des fautes techniques et une information du patient déficiente).

²⁰⁴⁰ T.G.I. Bobigny, 9 février 1983, JCP éd. G 1984, II, n°20149, note A. Dorsner-Dolivet, R.D.S.S. 1983, p. 701, note L. Dubouis.

²⁰⁴¹ C.D.M., art. 39. Voir par ex. S.A.S., 27 novembre 1986, B.O.M., p. 21 ; 14 mars 1990, B.O.M., 1991, p. 1979.

²⁰⁴² Cass. 1° civ., 28 février 1984, Bull. civ. I, n°77.

²⁰⁴³ Cass. crim., 10 novembre 1998, Juris-data n° 005063, Resp. civ. et assur. 1999, comm. n° 73, concernant un enfant décédé dont l'occlusion intestinale a été traitée trop tard par le généraliste.

²⁰⁴⁴ Cass. 1° civ., 16 juillet 1991, JCP 1992, II, n°21947, note A. Dorsner-Dolivet.

²⁰⁴⁵ C.A. Versailles (3ème Ch.), 28 novembre 2003 - R.G. n° 00/08242 : en cas de manquement à cette obligation, le praticien peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1er, alinéa 2, de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 et être condamné à réparer le dommage résultant de la perte d'une chance pour l'enfant né handicapé d'échapper à ce handicap ou à tout le moins d'en réduire la gravité.

²⁰⁴⁶ Cass. 1° civ., 16 novembre 1976, D. 1977, IR, p. 64.

²⁰⁴⁷ Cass. 1° civ., 27 janvier 1993, Resp. civ. et assur., 1993, n° 134.

²⁰⁴⁸ Cass. 1° civ., 28 octobre 1968, Bull. civ. I, n° 249 (morceau d'aiguille brisée) ; Cass. 1° civ., 26 janvier 1972, Bull. civ. I, n° 30 (oubli d'une compresse).

²⁰⁴⁹ Cass. 1° civ., 30 octobre 1995, R.D.S.S. 1996, p. 346 (sanctionnant le recours au monitoring discontinu pour un accouchement au motif que cette technique "est totalement obsolète au regard des données de la science").

Certaines condamnations sous-tendent une évaluation du risque encouru : a été ainsi jugé fautif le fait de soumettre une patiente âgée à une anesthésie de cinq heures trente et cinq interventions d'affilée, en particulier une liposuccion des cuisses, jugée périlleuse par l'accusation du fait des troubles circulatoires, est une imprudence fautive²⁰⁵⁰. De même laisser une parturiente à une "épreuve de travail" de trois quart d'heure sous la seule surveillance d'une sage-femme sans lui laisser de consigne particulière alors que la future mère avait perdu les eaux est une imprudence, voire une négligence fautive²⁰⁵¹. Tout comme le fait pour un anesthésiste de s'abstenir d'examiner une patiente avant une intervention chirurgicale²⁰⁵².

Les obligations des chirurgiens et chirurgiens-dentistes tendent parfois à un examen des plus rigoureux : "les juridictions acceptent en effet de qualifier de fautives des lésions d'organes consécutives à de simples maladresses, voire à des 'faits anormaux', bien que la perfection ne puisse être exigée à tout moment et que l'humanité rime avec la faillibilité... Dans des affaires récemment jugées la Cour de cassation a imposé une obligation de précision du geste chirurgical²⁰⁵³ "qui confine à l'obligation de résultat"²⁰⁵⁴. La Cour exige du professionnel "l'exactitude du geste chirurgical"²⁰⁵⁵, elle considère que "toute maladresse d'un praticien engage sa responsabilité"²⁰⁵⁶ et que la

²⁰⁵⁰ C.A. Paris 14 septembre 2001 (concernant un chirurgien condamné à six mois d'emprisonnement avec sursis et 300.000 F d'amende pour la mort d'une patiente de 64 ans décédée d'une embolie pulmonaire après une anesthésie de cinq heures trente et cinq interventions d'affilée, en particulier une liposuccion des cuisses, jugée périlleuse par l'accusation du fait des troubles circulatoires de la patiente)

²⁰⁵¹ Sachant que le retard à l'extraction a entraîné des lésions irréversibles pour le nouveau-né (C.A. Paris (1^o ch. B) 25 octobre 2001 S.A. Clinique de Bercy c. Michel Josiane épouse François, Gaz. Pal., 19-20 juin 2002, p. 33 et Rec.2002-3, pp.740-744, note J. Bonneau).

²⁰⁵² C.A.A. Lyon, 19 septembre 1996, Centre hospitalier d'Ajaccio (inédit).

²⁰⁵³ Cass. 1^o civ., 23 mai 2000 (2 arrêts : 98-20.440 et 98-19.869), Bull. civ. I, n^o 153, Rap. ann. C. cass. 2000, p. 382 ; Cass. 1^o civ., 9 octobre 2001, Bull. n^o248 (employant pour la première fois la formulation même "d'obligation de précision du geste de chirurgie dentaire"), Rap. ann. C. cass. 2001, R.G.D.A. 2-2002, p. 587 ; Cass. civ. 9 avril 2002, pourvoi n^o S0021014.

²⁰⁵⁴ "Conférence des A.R.A.P.L. Responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé", Bulletin n^o 54, septembre 2001, p.13.

²⁰⁵⁵ Y. Lambert-Faivre, "Droit du dommage corporel", Dalloz, 4^e édition, septembre 2000, n^o 584, p. 691 ; P. Sargos, "Évolution et mise en perspective de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des médecins", dans "Mélanges Lambert. Droit et économie de l'assurance et de la santé", op. cit., p. 383.

²⁰⁵⁶ Cass. 1^o civ., 30 septembre 1997, n^o 95-16500, Bull. civ. I, n^o259, J.C.P. 1998.I.144, n^o21, obs. G. Viney ; Cass. 1^o civ., 7 janvier 1997, Bull. civ. I, n^o 6, D. 1997.189, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin, Petites affiches n^o25, 14 mai 1997, note D. Jacotot.

faute est déduite du seul constat de la blessure²⁰⁵⁷, mais n'exige pas "le résultat de la guérison"²⁰⁵⁸.

Il faut noter que l'obligation de surveillance ne s'arrête pas avec le traitement ou l'intervention. D'ailleurs, elle est fréquemment sanctionnée à l'issue de l'exécution des soins²⁰⁵⁹ : "les conditions du retour à son domicile d'un opéré ou la suffisance du soutien psychologique postérieur à l'intervention sont autant d'éléments soumis à vérification judiciaire"²⁰⁶⁰.

Indépendamment de tout dommage éventuellement subi par un instrument, un médicament, un remède utilisé par le professionnel.

II - Le dommage résultant du fait d'une chose ou d'un préposé dont le médecin est responsable.

C'est là l'étude de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle du fait des choses qu'il convient d'envisager séparément. D'autant qu'elles ne se cumulent jamais suivant en cela une règle traditionnelle et constante. Il en résulte que la responsabilité délictuelle du fait des choses ne peut être mise en œuvre que lorsque l'acte dommageable subi par le patient est accompli en dehors de tout lien contractuel.

1 - La responsabilité délictuelle du fait des choses, lorsque l'acte dommageable est accompli en dehors de tout lien contractuel

Il s'agit ici de deux hypothèses : les dommages subis par les héritiers de la victime de l'accident ou ceux qui ont touché des tiers "absolus".

S'agissant des premiers, il faut que ceux-ci fournissent la preuve que l'objet à l'origine de l'accident engage la responsabilité du praticien²⁰⁶¹.

²⁰⁵⁷ "Dictionnaire permanent de bioéthique et biotechnologies", bull. 127 (juin 2003), p. 2160, qui précise qu'on ignore si cette solution sera maintenue après la loi Kouchner (qui ne précise pas si la faute médicale doit être prouvée ou si elle peut être présumée).

²⁰⁵⁸ Y. Lambert-Faivre, "Droit du dommage corporel", éd. cit., n° 584, p. 691.

²⁰⁵⁹ La personne chargée de la surveillance du malade peut être condamnée en solidum avec le médecin (Cass. 1° civ., 29 avril 1997, n° 756 B).

²⁰⁶⁰ Cass. 1° civ., 4 mai 1999 ; C.A. Lyon 20 janvier 2000 ; "Conférence des A.R.A.P.L. Responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé", op.cit., p.14.

²⁰⁶¹ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", op.cit., pp. 25-26 cite un arrêt (Cass. civ., 25 mai 1971) où les requérants ont été déboutés car ils n'avaient pas prouvé que l'objet incriminé (un produit de contraste radiologique) ait eu un vice propre et qu'en l'utilisant le médecin avait commis une faute quelconque.

En ce qui concerne les tiers, ils peuvent se prévaloir encore plus aisément de la solution de droit commun faisant obligation au propriétaire de la chose de réparer les dommages causés par elle ²⁰⁶².

2 - La responsabilité contractuelle du fait des choses

La jurisprudence fait désormais peser sur les médecins une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne l'utilisation de certains de ses instruments "qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigations ou de soins" qui ne devraient jamais être à l'origine d'un dommage : si l'application d'une compresse a pour conséquence une brûlure, celle-ci engage la responsabilité du praticien (en l'espèce un kinésithérapeute) "en dehors de toute faute". En réalité, on présume la défectuosité du matériel dont la responsabilité au professionnel qui en a fait usage²⁰⁶³, réserve faite du praticien exerçant dans une clinique qui fournirait lesdits instruments²⁰⁶⁴. Les exemples en sont très abondants (appareil à rayons X²⁰⁶⁵, ampoules²⁰⁶⁶, prothèses dentaires²⁰⁶⁷, table d'examen radiographique²⁰⁶⁸, etc...)

Enfin, comme on l'a déjà observé, la Cour de justice des communautés européennes a jugé que la directive de 1985 sur la responsabilité de plein droit concernant les produits défectueux, dont le contenu a été incorporé en droit français par la loi n°98-389 du 19 mai 1998, s'appliquait à l'utilisation par des médecins de produits défectueux à des fins thérapeutiques²⁰⁶⁹.

Sous-paragraphe 2 - Le préjudice

²⁰⁶² C'est en 1990 que la cour de cassation a affirmé que la sanction du défaut d'information devait être analysée comme une perte de chance que le malade aurait eue d'éviter de courir tel ou tel risque (Cass., 7 février 1990, Gaz. Pal., 1990, 2, panor., p. 123, n° 219, 7 août 1990, bull. n° 39). En d'autres termes, depuis cette date, la Cour estime que le médecin qui n'aurait pas recueilli valablement le consentement de la personne qu'il a soigné s'expose à réparer -non l'entier dommage corporel subi par ce dernier- mais "la perte de chance de refuser l'acte médical" (S. Porchy-Simon, *SANTÉ Responsabilité médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical*, éd. du Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 17).

²⁰⁶³ Le médecin pourrait cependant user des ressources de la loi de 1998 pour mettre en jeu la responsabilité du fabricant.

²⁰⁶⁴ J. Penneau, "*La responsabilité du médecin*", *op.cit.*, p. 27.

²⁰⁶⁵ Cass. 1° civ., 28 juin 1960, Bull. civ. I, n° 351, J.C.P. G 1960, II, 11787.

²⁰⁶⁶ Cass., civ. 2°, 15 juin 1972, Bull. civ. II, n° 186, R.T.D.C. 1973, p. 136, obs. G. Durry.

²⁰⁶⁷ Cass., 1° civ., 15 novembre 1972, R.T.D.C., 1974, p. 160, obs. G. Durry ; Cass. 1° civ., 29 octobre 1985, Bull. civ., I, n°273 ; Cass. 1° civ., 15 novembre 1988, Bull. civ., I, n° 319 ; Cass. 1° civ., 16 juin 1990, Bull. civ., I, n° 162 ; Cass. civ., 22 novembre 1994, Bull. civ. I, n°340, R.T.D.C. 1995.374.

²⁰⁶⁸ Cass. 1° civ., 9 novembre 1999, Mme Morisot, J.C.P. 2000.II.117.

²⁰⁶⁹ C.J.C.E., 10 mai 2000, D. 2001, p. 3065, note P. Kayser.

La notion de préjudice est de nature polymorphe : en effet les conséquences du dommage subi peuvent être matérielles ou immatérielles. Matérielles elles englobent aussi bien le dommage corporel que le dommage économique. Immatérielles, elles recouvrent le préjudice moral comme le préjudice esthétique ou le préjudice d'agrément.

Le préjudice moral recouvre aussi bien la souffrance morale que la douleur physique, dûe par exemple au port d'une prothèse²⁰⁷⁰, la souffrance endurée par la nécessité de soins à un grabataire²⁰⁷¹, par un coma irréversible profond impliquant un séjour hospitalier à vie²⁰⁷², par une vie devenue "quasiment animale"²⁰⁷³.

Son appréhension n'est pas entièrement objective, car elle ne peut pas être dissociée de la culture intellectuelle et morale environnante.

La naissance d'un enfant en l'hypothèse d'une I.V.G. manquée n'est pas en principe susceptible d'être analysée comme un préjudice.

Pendant longtemps la douleur physique était une fatalité qu'on n'imaginait pas de pouvoir surmonter²⁰⁷⁴. Aujourd'hui, elle peut s'analyser comme un préjudice et donner lieu à réparation.

Tout préjudice n'est pas réparable. Ainsi en est-il lorsque l'acte médical n'a pas causé une atteinte plus grave que celle qui aurait résulté d'une absence de soins²⁰⁷⁵.

S'il ne présente guère de spécificité médicale sous l'angle de sa nature, le dommage en comporte nécessairement au regard de son évaluation²⁰⁷⁶ qui dépend d'un expert.

²⁰⁷⁰ C.A. Poitiers, 21 juin 1978, DS 1979, inf.rap., p. 99.

²⁰⁷¹ Cass. crim., 2 juin 1964, D. 1964, p. 629.

²⁰⁷² C.A. Angers, 25 octobre 1982, Juris-Data n° 642127.

²⁰⁷³ C.A. Pau, 24 mai 1973, J.C.P. G 1973, II, 17515, note R. Savatier.

²⁰⁷⁴ En 1839, Alfred Velpeau (1795-1867) affirmait encore : "Éviter la douleur dans les opérations est une chimère qu'il n'est plus possible de poursuivre aujourd'hui". C'est le médecin américain Crawford Williamson Long (1815-1878) qui découvrit les vertus analgésiques de l'éther sulfurique et son compatriote Horace Wells (1815-1848) qui réalisa la première véritable anesthésie au moyen de protoxyde d'azote. Mais c'est le Français Eugène Soubéiran (1793-1858) qui découvrit le chloroforme, dont l'heure de gloire sonna en 1853 lorsqu'il fut utilisé pour anesthésier la reine Victoria à l'occasion de la naissance du prince Léopold (Fr. Chast, *"Histoire contemporaine des médicaments"*, op. cit., pp. 85-93)

²⁰⁷⁵ Cass. 1° civ., 7 octobre 1998., 2° esp., Juris-Data n°1998-003693, JCP G 1998, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos ; D. 1999, jurispr. p.1455, note S. Porchy.

²⁰⁷⁶ J. Penneau, *"La responsabilité du médecin"*, op.cit., p.29 : "Le patient peut être, à l'origine, affecté d'une invalidité résultant d'un état antérieur à l'affection que l'on entreprend de traiter. Il importe dans cette situation de déterminer le préjudice véritable...causé par l'activité médicale".

§. 2 - La relation de causalité entre le fait dommageable et le préjudice

La relation de causalité est celle qui a permis au fait dommageable de provoquer ou d'aggraver le préjudice. Elle peut se décliner à l'infini en fonction de la diversité des situations de fait susceptibles de se produire.

Il peut exister un lien causal unique : le défaut d'information du médecin qui n'a pas prévenu son patient du risque que comportait l'opération, nullement indispensable, qu'il lui a conseillé. Mais si l'opération était inéluctable, le défaut d'information cesse d'être à l'origine du préjudice matériel subi (et il peut seulement permettre une réparation moindre sur le fondement du préjudice moral résultant du fait que le patient, non informé, n'a pas pu se préparer à l'éventualité du dommage auquel il s'exposait²⁰⁷⁷).

Tantôt le responsable est seul, tantôt plusieurs personnes sont à l'origine du lien causal, ce qui aboutira à une condamnation *in solidum* de celles-ci.

Encore faut-il que le lien de causalité puisse être établi par des éléments indiscutables. Il y a parfois une faute et un préjudice, mais pas de lien de causalité, car le dommage apparaît comme l'évolution propre de la maladie²⁰⁷⁸, le résultat d'une faute personnelle de la personne soignée, d'un agissement étranger à l'activité du médecin...où la conséquence de l'aléa inhérent à tout acte médical.

L'établissement d'une relation de causalité entre le dommage et le préjudice est le point d'achoppement le plus fréquent des actions en responsabilité médicale. Ainsi, lorsqu'il paraît que le devoir d'information médical n'a pas été vraiment rempli, il est difficile d'établir avec certitude que le patient aurait opéré un autre choix s'il avait été mieux informé des risques de la thérapie suivie, voire impossible d'exclure que, sans la faute médicale, le dommage ne se serait pas produit²⁰⁷⁹.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 35.

²⁰⁷⁸ Voir par ex. C.A. Nouméa, 6 mai 2004 (inédit) concernant l'intervention maladroite d'un chirurgien dentaire qui n'a pas été jugé à l'origine des douleurs invoquées par l'appelante, déboutée par la Cour.

²⁰⁷⁹ Mais dans certains cas, c'est exceptionnellement possible : dans l'arrêt Hédreul du 20 juin 2000 la Cour de cassation n'a accordé aucune indemnisation à la victime d'une perforation intestinale survenue lors d'une coloscopie, bien que le patient n'est pas bénéficié d'une information suffisante. En effet, "s'il avait été informé, M. Hédreul n'aurait pas refusé l'intervention", car il avait été démontré que la victime "dont le père était mort d'un cancer du côlon et dont toute l'attitude démontre qu'il souhaitait se débarrasser pour l'avenir de troubles abdominaux pénibles...n'aurait pas pu raisonnablement refuser cet examen et cette exérèse" (deuxième arrêt Hédreul, Bull. civ. I, n° 193, Juris-Data n° 2000-002487, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p. 584, note F. Chabas).

D'où le recours à l'idée de la **perte de chance de guérison** (ou de survie) introduite par la jurisprudence en 1965²⁰⁸⁰. Depuis 1990, le médecin n'ayant pas recueilli le consentement éclairé de son patient est en principe condamné à réparer, non l'entier dommage corporel subi par ce dernier, mais la perte de chance de refuser l'acte médical²⁰⁸¹. Avec cette ingénieuse théorie, ce n'est plus le préjudice subi qui fait l'objet de la réparation "puisqu'on ne peut établir avec certitude qu'en l'absence de faute il eût été évité, mais la perte de la chance qu'avait le patient de l'éviter, laquelle devait, elle, être certaine"²⁰⁸². C'est là un procédé qui permet d'apporter des réponses équitables à certaines situations, mais cela reste une "cote mal taillée" car elle entraîne un caractère partiel pour la réparation, tout en comportant une bonne part d'arbitraire²⁰⁸³, voire d'excès dans certains cas²⁰⁸⁴. En 2000, la Cour de cassation a finalement précisé les critères permettant de déterminer le pourcentage de chance que le malade avait de refuser l'acte dommageable²⁰⁸⁵. "Ainsi il semble que le juge se doive de rechercher au cas par cas quelle eut été la décision du

²⁰⁸⁰ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", *op.cit.*, p.31.

²⁰⁸¹ Cass. 1^o civ., 7 février 1990, Juris-Data n°1990-000442, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 1991, somm. p. 183, obs. J. Penneau.

²⁰⁸² N. Petroni-Maudière, "L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale", R.G.D.M. n° 6, 2001, p. 180.

²⁰⁸³ Cf G. Mémeteau, "Perte de chance et responsabilité médicale", *Gaz. Pal.*, 24-25 octobre 1997.

²⁰⁸⁴ La notion de "perte de chance de survie ou de guérison", très controversée, a été abandonnée (Cass. 1^o civ., 17 novembre 1982, Bull. civ. I, 1982, p. 333 ; J.C.P. 1983, 20056 obs. Saluden ; J.C.P. 1983, IV, 41 ; R.T.D.C. 1983, 547 note G. Durry ; R.D.S.S. 1983, 94, note De Forges ; *Gaz. Pal.* 1983, panor. 139, note F. Chabas ; D. 1983, IR 132 ; D. 1984, 305 note A. Dorsner-Dolivet ; *Gaz. Pal.* 1983, I, 5, n° 189, 26 mai 1983).

A donné lieu à de vifs débats l'application de la notion au conseil génétique erroné, à l'erreur dans le diagnostic de la rubéole (Cass.civ.1^o, 26 mars 1996, deux arrêts, Bull. civ. I, n° 155-156, D.1997, 1, p. 35, note J. Roche-Dahan et somm. p.322, obs. J. Penneau ; *Petites affiches*, 6 décembre 1996, p. 22, note Y. Dagonne-Labbé ; R.T.D.C., 1996, p. 623, obs. P. Jourdain ; J.C.P., 1996, éd. G.I, 3946, n° 6, obs. P. Murat ; R.T.D.C. 1996, p. 271, obs. J. Hauser ; et sur pourvoi de nouveau formé dans le dossier sur l'infection rubéolique, Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, J.C.P., éd. G., 2000, II, 10438, rapp. J. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas ; G. Mémeteau, "L'action de vie dommageable", J.C.P. éd. G., 2000, I, 279 ; D. 2001, p.316, concl. J. Sainte-Rose, p.332, note D. Mazeaud, et p. 36, note P.Jourdain, p. 489, chron. J.L. Aubert, et p.492, chr. L. Aynès ; J.C.P., éd. G., 2001, I, 286, G. Viney) et de la trisomie (C.E., 14 février 1997, D. 1997, somm. p. 322, obs. J. Penneau ; J.C.P. éd. G., 1997, I, n° 4025, note G. Viney ; J.C.P., éd. G., 1997, II, n° 22828, note J. Moreau). Certes, à chaque fois la faute médicale ne faisait aucun doute. La controverse a porté sur le fait que le handicap des enfants ne résultait pas de cette faute et que l'admission des recours aboutissait à admettre implicitement une notion aussi inédite qu'inquiétante : la "perte de chance" de ne pas être né.

²⁰⁸⁵ Cass. 1^o civ., 20 juin 2000, *Gaz. Pal.*, Rec. 2001, somm. p. 584, note F. Chabas.

patient s'il avait été dûment informé. Dès lors, une appréciation *in concreto*, fondée sur le passé et la psychologie du patient, se substitue à l'appréciation *in abstracto* de l'obligation d'information du modèle général²⁰⁸⁶. La haute instance a abandonné par ailleurs l'idée d'une indemnisation partielle²⁰⁸⁷.

Lorsque toutes les conditions de la responsabilité sont réunies, il ne reste plus qu'à la mettre en œuvre.

²⁰⁸⁶ E. Nahon, "L'obligation d'information du médecin et de l'avocat", Gaz. Pal., 15-16 février 2002, p. 33.

²⁰⁸⁷ Cass. ass. plén., 28 novembre 2001, affaire "Lionel", Gaz. Pal., 5-6 décembre 2001.

SECTION 3

LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE MEDICALE

La mise en œuvre de la responsabilité médicale s'opère suivant certains mécanismes et suppose une preuve.

§. 1 - Les mécanismes généraux de mise en œuvre de la responsabilité médicale

La responsabilité du médecin est en principe personnelle (§.1). Elle est mise en jeu devant les juridictions civiles et pénales (§.2) dans un certain délai (§.3).

1 - Le caractère en principe personnel de la responsabilité du médecin

A - Le principe

La responsabilité du médecin libéral est une responsabilité personnelle normalement supportée par le patrimoine de celui-ci.

B - Les limites du principe : l'assurance de la responsabilité

Il existe des atténuations au principe qui ne font pas entièrement disparaître la responsabilité du médecin :

- la responsabilité résultant des **accidents vaccinaux en cas de vaccination obligatoire** est supportée par l'État qui peut cependant exercer un recours subrogatoire contre le praticien privé.

- la responsabilité résultant des **accidents en matière de recherche biomédicale** est supportée par le promoteur de la recherche, mais si la victime y trouve son intérêt, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité du médecin investigateur.

- la responsabilité **civile professionnelle** du médecin lui permet de se prémunir par avance contre les conséquences pécuniaires des erreurs commises dans l'exercice de sa profession. En effet la RCP couvre le montant de l'indemnisation à laquelle il est susceptible d'être condamné **au civil**.

C'est pour parer au développement des risques financiers liés à la responsabilité médicale que le *Concours médical* (une société civile constituée en 1879) a fondé l'œuvre du *Sou Médical* en 1897. Il s'agit d'une ligue de protection et de défense professionnelle, destinée à couvrir ses adhérents contre tous les risques professionnels et en particulier contre les actions civiles en responsabilité. En 1924, cette

association était déjà intervenue dans plus de dix mille affaires devant toutes les juridictions²⁰⁸⁸.

En Métropole, l'assurance a été longtemps facultative. Elle n'était obligatoire que pour les sociétés professionnelles de médecins et pour les praticiens dans le domaine des recherches biomédicales et des transfusions sanguines). Mais elle a été généralisée par la loi du 4 mars 2002²⁰⁸⁹. Mais cette obligation n'a pas été étendue à la Nouvelle-Calédonie.

2 - Les juridictions compétentes pour connaître des actions en responsabilité : les tribunaux civils et criminels

Hormis pour les litiges hospitaliers qui relèvent des tribunaux administratifs -réserve faite des recherches biomédicales²⁰⁹⁰- les juridictions compétentes pour connaître des actions en responsabilité médicale intentées par des particuliers sont les tribunaux civils et criminels.

La responsabilité civile a pour finalité la réparation pécuniaire du dommage causé. Elle est mise en œuvre devant les tribunaux de droit commun.

En parallèle (ou dans des matières différentes) l'État a introduit un certain nombre d'incriminations, dont la méconnaissance engage la responsabilité pénale du médecin. Sa finalité est sanctionnatrice, elle peut donner lieu à une amende ou à une peine de prison.

Ces deux mécanismes sont distincts.

Ils sont d'autant plus différents qu'il peut y avoir responsabilité civile sans responsabilité pénale (quand le préjudice causé par le praticien ne procède pas d'une infraction) et responsabilité pénale sans responsabilité civile (lorsque le manquement à la loi ou au règlement n'a eu aucune conséquence dommageable pour le patient).

Il n'empêche que ces deux types de responsabilité présentent une certaine unité qui procède de la notion de faute²⁰⁹¹. Si le médecin

²⁰⁸⁸ Étienne-Martin, *"Précis de déontologie et de médecine professionnelle"*, op.cit., p. 105.

²⁰⁸⁹ C.S.P., art. L. 1142-2 : "Les professionnels de santé...sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de cette activité de prévention, de diagnostic ou de soins".

²⁰⁹⁰ Dans ce domaine, tous les litiges relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire, même si le dommage survient en milieu hospitalier (C.S.P., anc. art. L. 209-22).

²⁰⁹¹ Pour l'essentiel, la responsabilité civile du médecin repose toujours sur la faute, mais il existe des cas particuliers et surtout on voit naître depuis quelque temps "une sorte d'obligation générale de sécurité, celle de ne pas aggraver l'état du malade du fait des soins qui lui sont prodigués" (D. Truchet, *"La décision médicale et le droit"*, A.J.D.A., 1995, p. 611 ; N. Petroni-Maudière, *"L'institution d'une obligation de*

commet un acte interdit et que celui-ci entraîne des effets dommageables sur le patient, il s'expose à des poursuites pénales - pour homicide involontaire, incapacité totale de travail ou atteinte à l'intégrité d'autrui, diligentées par le Parquet- et à des poursuites civiles (théoriquement) susceptibles d'utiliser deux voies : en effet, la victime peut porter sa demande devant le juge "civil" ou profiter du procès pénal pour faire valoir ses droits à indemnisation en qualité de "partie civile". En ce cas, la règle est que "le criminel tient le civil en l'état"²⁰⁹². Elle signifie que le juge civil ne peut pas statuer avant le jugement de l'action pénale et, s'il a déjà été saisi, qu'il doit surseoir à statuer jusqu'au prononcé du jugement pénal. En pratique les deux voies sont utilisées de façon presque équivalente, la tendance étant à la hausse des constitutions de parties civiles²⁰⁹³.

3 - La prescription

Devant les juridictions civiles, en Métropole la prescription est de dix ans "à compter de la consolidation du dommage", depuis la réforme du 4 mars 2002²⁰⁹⁴.

Mais la Nouvelle-Calédonie demeure sous le régime antérieur avec une prescription de trente ans en cas de responsabilité contractuelle²⁰⁹⁵ ou de dix ans en cas de responsabilité extra-contractuelle, à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation²⁰⁹⁶.

Ceci étant, partout, il ne faut pas oublier qu'on ne prescrit pas contre les mineurs (ce qui peut rallonger les délais de 18 ans en cas de dommage subi par un nouveau-né).

Devant les juridictions pénales, l'action civile ne peut plus être engagée après l'expiration du délai de prescription de l'action publique : un, trois ou dix ans, selon qu'il s'agit d'une contravention, d'un délit ou d'un crime²⁰⁹⁷.

§. 2 - La preuve de la responsabilité médicale

sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale", op.cit., p. 176).

²⁰⁹² Code de procédure pénale, art. 4, al. 2.

²⁰⁹³ Les statistiques du *Sou médical* faisaient état pour 1990 de 222 assignations au civil et 137 constitutions de parties civiles et sur les dossiers de responsabilité médicale clos de 1977 à 1979 de 726 procédures civiles et 620 procédures pénales (J.Penneau, "La responsabilité du médecin", *op.cit.*, pp. 92 ss).

²⁰⁹⁴ C.S.P. art.L. 1142-28 (non-applicable à la Nouvelle-Calédonie).

²⁰⁹⁵ C'est la prescription de droit commun résultant de l'article 2262 du Code civil. Il ne s'agit pas d'une règle théorique : très récemment la Cour de cassation a statué sur la responsabilité consécutive à un accouchement dystocique intervenu en 1962.

²⁰⁹⁶ C.civ., art. 2270-1.

²⁰⁹⁷ C.P.P., art. 10.

La faute ne peut pas être "déduite de la seule anomalie d'un dommage et de sa gravité"²⁰⁹⁸, elle doit en principe être prouvée par celui qui l'allègue (1), que ce soit la preuve de l'information et du consentement (A), la preuve de la faute technique ou du lien de causalité (B). Toutefois, la faute est parfois présumée (2), en cas d'affection nosocomiale (A).

1 - La faute prouvée

A - La preuve de l'information et du consentement

Comme on l'a déjà vu, conformément au droit commun²⁰⁹⁹, celle-ci a longtemps²¹⁰⁰ pesé sur le patient qui, réserve faite de certains cas particuliers²¹⁰¹, devait prouver la défaillance du médecin au regard de son obligation d'informer, ce qui était malaisé. Désormais, elle **incombe au médecin** qui doit prouver qu'il a informé correctement son patient²¹⁰².

²⁰⁹⁸ Cass. 1^o civ., 27 mai 1998, Gaz. Pal., 23-24 octobre 1998, note J. Guigue.

²⁰⁹⁹ C. civ., art. 1315 al. 1 : "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver".

²¹⁰⁰ De 1951 à 1997. C'est par l'arrêt Martin-Birot du 29 mai 1951 que la Cour de Cassation a pour la première fois jugé qu'il incombe au patient de rapporter la preuve que le praticien ne l'avait pas informé des risques d'un acte médical (Bull. civ., n^o 162 ; D.1952, jur. p. 53, note R. Savatier ; J.C.P. 1951, II, n^o 6421, note R. Perrot ; S. 1953, I, jur. p. 41, note R. Nerson ; R.T.D.C. 1951, p. 508, obs. H. et L. Mazeaud). Auparavant la charge de la preuve incombait au médecin.

²¹⁰¹ Dans un certain nombre d'hypothèses légales, c'était déjà au médecin d'apporter la preuve de l'information et du consentement du patient appelé à s'opérer en des formes précises, écrites notamment : en ce qui concerne le prélèvement d'organe chez un donneur vivant (C.S.P., anc. art. L. 671-3, al. 2), les recherches biomédicales (C.S.P., anc. art.L.209-9), le prélèvement de sang d'un mineur qui doit être autorisé par chacun des titulaires de l'autorité parentale (C.S.P., anc. art.666-5) ou d'un majeur si ledit prélèvement risque de modifier ses caractéristiques (C.S.P., anc. art. L.667), l'assistance médicale à la procréation subordonnée à l'assentiment des époux ou des concubins (C. civ., art. 311-20, al.2), la conception d'embryon *in vitro* ou l'accueil d'un embryon par un autre couple qui requièrent l'adhésion des intéressés (C.S.P., anc. art. L. 152-3 à L. 152-5), le don de gamètes (C.S.P., anc. art. L.673-2), le diagnostic prénatal *in vitro* (C.S.P., anc. art.L.162-17), la demande d'I.V.G. pour détresse invoquée (C.S.P., art. L. 162-5).

²¹⁰² Cass. civ 1^o, 25 février 1997, Hédeul, Bull. civ., I, n^o75, D.1997, somm. p. 319 ; R.D.S.S., 1997, p. 288 ; *Petites affiches*, 16 juillet 1997, p.17 ; R.T.D.C. 1997, p. 434. La cour a opéré ce revirement jurisprudentiel en se raccrochant néanmoins au droit commun, tiré non plus de l'article 1385-1, mais 1385-2 aux termes duquel : "Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

Ce revirement a été ensuite imité par le juge administratif qui a jugé que la charge de la preuve du devoir d'information pesait sur l'hôpital et a étendu cette obligation au cas où les risques connus de décès et d'invalidité ne se réalisaient

B - La preuve de la faute technique et du lien de causalité

Elle incombe en principe au requérant.

Cependant, en certaines circonstances, le juge, par divers artifices, prend ses distances avec cette règle. Ainsi admet-il parfois que la preuve puisse être apportée par présomption.

2 - La faute présumée

Dans certains cas, les tribunaux retiennent la responsabilité du praticien en présumant la faute à partir de la simple constatation du dommage survenu²¹⁰³. Ce dernier est tel qu'il n'est pas possible qu'une faute n'ait pas été commise²¹⁰⁴.

A - L'admission de la faute présumée à partir de la constatation de l'infection nosocomiale

La responsabilité des professionnels de santé en matière d'infections nosocomiales s'est accrue dans la jurisprudence jusqu'à devenir une responsabilité sans faute fondée sur une obligation de garantie accessoire à l'obligation de soins elle-même²¹⁰⁵.

Dès avant 1999, les tribunaux judiciaires ont admis une présomption de faute pour une infection contractée par un patient dans une salle d'opération²¹⁰⁶, une salle d'accouchement²¹⁰⁷, un bloc chirurgical²¹⁰⁸ et de manière générale dans les locaux d'une clinique²¹⁰⁹, tandis que le Conseil d'État a étendu la solution aux

qu'exceptionnellement (C.E., Sect., 5 janvier 2000, 2 arrêts, req. n° 198530, Assistance publique - Hôpitaux de Paris et req. n°181899, Cts Telle, J.C.P. 2000.I.243, note G. Viney).

²¹⁰³ Cette théorie, condamnée dans un premier temps par la Cour de cassation (Cass. 1° civ., 4 avril 1973, J.C.P. 1973, IV, 202), a finalement été consacrée par elle (Cass. 1° civ., 17 juin 1980, R.T.D.C. 1981, 165, obs. G. Durry).

²¹⁰⁴ J. Penneau, *"La responsabilité du médecin"*, op.cit., p. 42.

²¹⁰⁵ J.-M. Auby (éd. princeps par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc.18 (5, 2001), *"La responsabilité médicale. Principes généraux"* par Michèle Harichaux, p. 10.

²¹⁰⁶ Cass. 1° civ., 21 mai 1996, Bonnici c./ Clinique Bouchard et autres, Bull.civ., n° 219.

²¹⁰⁷ Cass. 1° civ., 16 juin 1998, S.A.R.L. Clinique de Belledonne, Bull. civ. I, n°210, p. 144 : "Une clinique est présumée responsable d'une infection contractée par le patient lors d'une intervention pratiquée dans une salle d'opération, à laquelle doit être assimilée une salle d'accouchement, à moins de prouver l'absence de faute de sa part".

²¹⁰⁸ C.A. Paris 1°, 15 janvier 1999, Bull. 9 avril 1999, n° 75, p. 8122.

²¹⁰⁹ C.A. Paris 14°, 19 mars 1999, D. 1999, I.R. 124 ; Cass. 1° civ., 21 mai 1996, clinique Bouchard, Bull. civ., I, n°219 : "une clinique est présumée responsable d'une infection contractée par un patient lors d'une intervention pratiquée dans une salle d'opération, à moins de prouver l'absence de faute de sa part".

hôpitaux publics²¹¹⁰. Il en résulte un renversement de la charge de la preuve : il incombe désormais au médecin (ou à l'établissement de soins) de prouver qu'il n'a pas commis de faute...ce qui est difficile sans être absolument impossible ; tel est le cas lorsqu'il est possible de prouver que le patient était déjà porteur du germe microbien²¹¹¹. En toutes hypothèses, la preuve contraire exonère de toute responsabilité. On ne peut donc pas dire que cette responsabilité ne repose plus sur la faute et génère à la charge des professionnels de santé une obligation de résultat.

L'extension de la responsabilité a été consacrée par l'introduction d'une obligation de sécurité de résultat à côté de la classique obligation de moyen inhérente aux soins dans trois arrêts importants rendus par la Cour de cassation en juin 1999²¹¹². Avec une conséquence pratique immense : sur la base de cette jurisprudence, dès lors que la victime a démontré que l'infection dont elle était atteinte présentait un caractère nosocomial, le médecin ou l'établissement de santé privé ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère²¹¹³ "imprévisible et irrésistible"²¹¹⁴. Tout récemment, en se fondant sur le moment de l'apparition de l'infection (dans les heures qui ont suivi le geste médical) et sur la localisation de celle-ci (au point même de l'intervention), le Conseil d'État a présumé l'introduction d'un germe infectieux extérieur à l'organisme du patient et prit soin de noter qu'il n'importait pas que les médecins n'aient commis aucune faute médicale²¹¹⁵.

²¹¹⁰ C.E., 9 décembre 1998, Cohen, Rec., p.431 ; C.E., 1^o mars 1989, Bailly, p.908 ; C.E., 14 juin 1991, Maalem, Rec., p.1184.

²¹¹¹ C.A.A., Nantes, 24 mars 1994, Tanguy, 92NT00226 et, plus récemment, C.E., 14 juin 1991, Maalem, Rec. p. 1184 (concernant des malades déjà porteurs de l'infection avant l'hospitalisation)

²¹¹² Cass. civ.1^o, 29 juin 1999, 3 arrêts, C.P.A.M. de la Seine-Saint-Denis c./H. et a., n^o1267 ; A. c./ M. et a., n^o1268 ; F. c./ Fr., n^o1269 : J.C.P., 2 juillet 1999, 10138, p.1469 ; Gaz.Pal., 5-6 avril 2000, p.13, note S.Hocquet-Berg. J.C.P. 1999, II, n^o10138, rapp. P. Sargos ; P. Sargos, "*La doctrine de la cour de cassation en matière d'affection nosocomiale. De l'exigence d'une asepsie parfaite à la présomption de responsabilité*", Médecine et droit, 1999, n^o35, p.4. On ne peut que citer le texte des arrêts : "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'infections nosocomiales, une obligation de sécurité-résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère"... "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".

²¹¹³ Cass. civ 1^o, 29 juin 1999, C.P.A.M. de la Seine-Saint-Denis c./H. et a., n^o 1267 : "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". Voir aussi : Cass. 1^o civ., 13 février 2001 (Bull., n^o 32) concernant une infection nosocomiale contractée dans le cabinet du praticien.

²¹¹⁴ C.A. Pau, 18 mai 2000, Juris-Data n^o 122547.

²¹¹⁵ C.E., 19 novembre 2003, Glidic, n^o 241391, R.G.D.M., n^o 12 (2004), p. 309.

En Métropole, la loi du 4 mars 2002 est revenue sur cette rigueur²¹¹⁶ : désormais l'obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale ne pèse plus que sur les établissements de santé, ce qui épargnera désormais aux médecins les affres d'une condamnation *in solidum*²¹¹⁷. Mais cette réforme n'a pas été étendue à la Nouvelle-Calédonie.

B - La non-admission de la faute présumée en cas d'accident thérapeutique

Rien de semblable n'existe à la charge des médecins pour les accidents thérapeutiques, car l'aléa est l'essence même de l'acte médical. On l'a vu en 2000, à l'occasion du célèbre arrêt Perruche²¹¹⁸ dans lequel la Cour de cassation n'avait pas étendu aux conséquences de l'aléa thérapeutique la solution qu'elle avait dégagée dans le domaine des infections nosocomiales. La loi de 2002 a d'ailleurs imaginé d'y suppléer par l'institution en Métropole d'un fonds de garantie²¹¹⁹ géré par l'*Office national d'indemnisation des accidents médicaux*.

SOUS-CHAPITRE 2
LA RESPONSABILITE COLLECTIVE AU SEIN
D'UNE EQUIPE OU D'UN GROUPE MEDICAL

(A. Leca)

La pratique collective de la médecine est susceptible de s'organiser à trois niveaux. Le premier est celui de la médecine hospitalière qui sort de notre épure²¹²⁰. Le second est celui des établissements de santé privés (sec. 1). Le troisième, celui des équipes et des groupes médicaux (sec. 2).

Lorsqu'un médecin envoie l'un de ses patients à un confrère (par exemple un généraliste à un spécialiste), il n'y a pas vraiment d'équipe et chaque praticien demeure personnellement indépendant et

²¹¹⁶ C.S.P., art. L. 1142-1, I, al. 2/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 98 : "Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère".

²¹¹⁷ En fait la loi de 2002 ne dit rien de la jurisprudence sur la responsabilité du médecin exerçant en cabinet pour les infections nosocomiales contractées par un patient de passage chez lui, mais celle-ci paraît implicitement remise en cause (C. Radé, "*La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*", dans "*Responsabilité civile et assurances*", mai 2002, p. 10).

²¹¹⁸ Cass., ass. plén., 17 novembre 2000 (ample bibliographie à la R.G.D.M. n° 6, 2001, pp. 231-234).

²¹¹⁹ Disposition non-étendue à la Nouvelle-Calédonie.

²¹²⁰ J. Penneau, "*La responsabilité du médecin*", *op.cit.*, pp. 47-70.

responsable. Le risque peut exister que chacun estime qu'il incombe à l'autre d'informer la personne soignée. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a refusé de s'engager dans une voie incertaine et impose à tout médecin un véritable devoir de contrôle du diagnostic et des interventions de ses confrères²¹²¹

Certes en théorie la responsabilité d'un médecin dans un établissement privé ne présente pas de particularisme juridique. Mais en pratique l'intrication des liens entre la responsabilité du praticien et celle de l'établissement génère des spécificités. On ne peut en mesurer la portée sans aborder la question connexe de la responsabilité des cliniques.

SECTION 1

LA RESPONSABILITE RESPECTIVE DES MEDECINS ET DES CLINIQUES EN CAS DE DOMMAGE SURVENU DANS UN ETABLISSEMENT PRIVE

Cet examen va nous conduire à envisager successivement la responsabilité de l'établissement, puis la responsabilité des médecins exerçant dans l'établissement.

§. 1 - La responsabilité de l'établissement

Celle-ci comporte deux volets, le premier, d'ordre extra-médical, concernant l'hébergement, le second, les soins.

I - La responsabilité de l'établissement du fait de l'hébergement

En principe on applique en la matière les règles de droit commun de l'hôtellerie.

Deux particularités doivent cependant être mentionnées, l'une alourdit la responsabilité des établissements, tandis que l'autre l'allège.

En premier lieu, l'établissement doit garantir au patient une certaine sécurité. Ainsi, en cas de sinistre ayant entraîné un dommage à un malade impotent ou inconscient²¹²², c'est au directeur de l'établissement de rapporter la preuve de la cause étrangère seule propre à le libérer de l'obligation déterminée de sécurité que le contrat a mis à sa charge²¹²³. De manière moins dramatique, mais aussi de façon plus courante, il existe une obligation de sécurité de résultat à

²¹²¹ Cass. 1^o civ., 24 janvier 1990, bull. n^o 25.

²¹²² C.A. Aix-en-Provence, 20 décembre 1962, Gaz. Pal. 1963, 1, 339.

²¹²³ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", *op.cit.*, p. 71.

l'encontre des cliniques utilisatrices de produits désinfectants dommageables²¹²⁴.

En second lieu, la règle (posée par les articles 1952 et suivants du Code civil) selon laquelle la responsabilité de l'hôtelier est engagée de plein droit, sauf faute du client ou cas de force majeure, en cas de vol ou de dommage survenu aux effets apportés par le client dans l'établissement, n'est pas applicable aux cliniques qui peuvent se protéger valablement par des clauses limitatives de responsabilité²¹²⁵.

II - La responsabilité de l'établissement du fait des soins

Le second volet, d'essence médical, procède du contrat de soins entre le patient et l'établissement qu'il a choisi. Les soins visés ici sont les soins courants, c'est-à-dire les soins que les auxiliaires médicaux peuvent faire sans le contrôle d'un médecin²¹²⁶.

La clinique doit assurer une triple fonction : fourniture de matériel et de produit, surveillance du patient et mise à disposition du personnel auxiliaire médical.

S'agissant de la fourniture de matériel et de produit, les cliniques sont tenues d'une obligation de résultat²¹²⁷. Ce qu'elles offrent doit être en bon état et tout manquement à cette obligation entraîne leur responsabilité, réserve faite de la fourniture de produits sanguins par les centres de transfusion²¹²⁸.

Pour ce qui a trait à la surveillance du patient incombant à la clinique, celle-ci est tenue d'une obligation de moyen²¹²⁹. Il est vrai que la question s'est posée en milieu psychiatrique à propos de suicides de patients, dont la responsabilité dans les cas d'espèce n'a pas paru devoir peser sur les établissements. En d'autres termes, il incombe au patient ou à ses ayants droit de fournir la preuve que le dommage subi résulte d'une faute de la clinique. Par exemple en montrant que le risque de suicide était très élevé et qu'il aurait dû conduire l'établissement à prendre des mesures appropriées.

En ce qui concerne le personnel soignant, c'est à nouveau une obligation de résultat qui pèse sur les établissements qui doivent offrir à leurs patients un personnel qualifié en nombre suffisant. Il en résulte qu'engage sa responsabilité un établissement qui aurait accepté

²¹²⁴ Cass. 1^o civ., 7 novembre 2000, D. 2000, I.R., p. 293.

²¹²⁵ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", *op.cit.*, pp. 71-72.

²¹²⁶ C.S.P., art.L. 4161-1.

²¹²⁷ Fr. Chabas, "La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation", *Gaz. Pal.*, 22-24 avril 2001, p. 22.

²¹²⁸ Cass., 12 avril 1995.

²¹²⁹ Cass., 1^o civ., 3 mars 1998, n^o 451 P. (la clinique -psychiatrique, ici- n'est responsable des suicides ou tentatives de suicides des patients, que si une faute est établie à son encontre).

qu'une aide soignante²¹³⁰ ou une sage femme²¹³¹ donne des soins pour lesquels elle n'a pas la qualification nécessaire. De façon générale, les cliniques répondent des fautes commises par le personnel auxiliaire médical, sauf si celui-ci relève de la surveillance directe du médecin.

§. 2 - La responsabilité des médecins exerçant dans l'établissement

La clarté de l'exposition implique de distinguer médecins libéraux et médecins salariés.

1 - La difficulté à circonscrire la responsabilité des médecins salariés et de la clinique qui les emploie

La difficulté existant en la matière est dûe à l'évolution et aux incertitudes de la jurisprudence civile.

Traditionnellement l'exécution fautive d'un acte de soin par un médecin exerçant en clinique ne pouvait engager que **la seule responsabilité du praticien**. Même en présence d'un contrat de salariat liant l'établissement de santé et le professionnel²¹³², ce dernier demeurerait responsable des fautes par lui commises au nom du principe de l'indépendance professionnelle des médecins. En d'autres termes, la jurisprudence civile refusait de reconnaître au médecin une immunité comparable à celle admise par l'arrêt Costedoat²¹³³ pour l'ensemble des salariés, au motif que les professionnels de santé disposaient, dans l'exercice de l'art médical, d'une totale autonomie²¹³⁴. Sauf s'il outrepassait les limites de sa mission, le médecin salarié n'exposait pas sa responsabilité civile personnelle, qui était transférée à l'établissement de soins l'employant²¹³⁵.

²¹³⁰ C.A. Paris, 21 avril 1982, D. 1983, IR p. 497, obs. J. Penneau.

²¹³¹ Cass. 1^o civ., 18 janvier 1989, Resp. civ. et assur., 1989, n^o 114.

²¹³² Cass. 1^o civ., 5 décembre 1978, D. 1980, p. 353, note J. Penneau.

²¹³³ Cass. Ass. Plén., 25 février 2000 : jurisdata n^o 2002-000650. Cet arrêt pose le principe que le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission à lui confiée par son commettant, n'engage pas sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers. Il n'est pas indifférent de noter qu'en l'espèce, le préposé, M. Costedoat, était un pilote d'hélicoptère chargé d'un épandage d'insecticide qui n'était pas assuré et dont la société avait fait faillite.

²¹³⁴ L'indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art est considérée comme un principe général du droit. Cf Confl. 14 février 2000, Ratinet, R.F.D.A., 2000, p. 1232, note D. Pouyau.

²¹³⁵ Cass. Ass. Plén., 14 décembre 2001, Cousin, JCP 2002.II.10026, note M. Billiau et I, 124, n^o 22, obs. G. Viney ; Responsabilité civile et assurances, n^o 3, mars 2002, p. 4 et 5, note H. Groutel, concernant un médecin salarié condamné pénalement pour une faute par lui commise. L'arrêt précise que "le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci". La faute pénale volontaire fait donc disparaître l'immunité.

Cette solution était aux antipodes de celle consacré en droit hospitalier, où, sauf faute détachable des fonctions, l'hôpital était seul responsable d'un dommage causé par un médecin hospitalier.

Elle n'était pas transposée au pénal²¹³⁶, car la jurisprudence estimait que "l'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice même de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de service le liant à un tiers"²¹³⁷.

Dans le courant des années 1990, la Cour de cassation a cependant reconnu la possibilité de rechercher **la responsabilité de la clinique** du fait des actes médicaux réalisés par le médecin salarié, ce qui l'a conduit à poser le principe inverse²¹³⁸. On a alors considéré que si le médecin est salarié de la clinique, c'est celle-ci qui répondait des dommages résultant des fautes par lui commises²¹³⁹. Certes l'établissement pourra se retourner contre son salarié²¹⁴⁰, mais la jurisprudence le concernant est très protectrice²¹⁴¹. En revanche, il faut noter que la victime peut toujours actionner la responsabilité du

²¹³⁶ Cass. crim., 12 décembre 1946, JCP 1947, II, 3621, note R. Rodière..

²¹³⁷ Cass. crim., 5 mars 1992, Bull. crim. n° 101 ; JCP 1992, II, 22013, note F. Chabas ; Resp. civ. et assur. 1992, comm. n°302 ; R.T.D.C. 1993, p. 137, obs. P. Jourdain.

²¹³⁸ Cass. 1° civ., 4 juin 1991, Bouaziz, Bull. civ. I, n° 185 ; J.C.P. 1991, II, 21730, note J. Savatier ; R.T.D.C. 1992, p. 123, obs. P. Jourdain ; Gaz. Pal. 1992, 2, 503, note F. Chabas ; D. 1993, somm. P. 24, obs. J. Penneau ; Cass. 1° civ., 26 mai 1999, Soc. Clinique Victor Pauchet de Butler, Bull. civ. I, n°175 ; D. 1999, p. 719, note E. Savatier, J.C.P. 1999.II.10112, rapport P. Sargos, R.T.D.C. 1999, p. 634, obs. P. Jourdain.

²¹³⁹ D'un point de vue traditionnel, cette solution est critiquable en raison de l'indépendance technique du médecin à l'égard de la clinique (Contra : S. Porchy-Simon, *"Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin"* dans *"Mélanges Lambert. Droit et économie de l'assurance et de la santé"*, Dalloz, 2002, p.367 qui considère que l'indépendance réelle des médecins salariés est surestimée). Du point de vue de la logique juridique, cette solution avantageuse pour les praticiens a l'avantage d'harmoniser le statut des médecins salariés avec celui des autres salariés, même si une solution plus satisfaisante aurait été de rapprocher le statut de ces médecins de celui des pharmaciens adjoints (salariés de l'officine). En pratique il faut tout de même signaler que cette jurisprudence garantit une plus grande solvabilité au bénéfice du créancier.

²¹⁴⁰ Cass. 1° civ., 13 novembre 2002, Assoc. hospitalière Nord Artois cliniques c./ Le Sou Médical et autres : si un établissement de santé peut être déclaré responsable des fautes commises par un praticien salarié à l'occasion d'actes médicaux d'investigation et de soins pratiqués sur un patient, ce principe ne fait pas obstacle au recours de l'établissement de santé et de son assureur, en raison de l'indépendance professionnelle intangible dont bénéficie le médecin salarié, dans l'exercice de son art,

²¹⁴¹ Le recours de la clinique est impossible si l'indemnisation a été prise en charge par son assureur (C. assur., art. L. 121-12 al. 3). En revanche l'assureur de la clinique pourrait se retourner contre l'assureur du médecin salarié...

médecin en plus de celle de l'établissement de santé²¹⁴², ce qui peut conduire à une condamnation *in solidum* des deux responsables. Cette issue est également envisageable si le praticien exerce à titre libéral.

Mais une décision du Tribunal des conflits a invalidé cette jurisprudence et jugé que "l'argumentation...fondée sur les principes régissant la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, ne saurait être retenue" du fait de "l'indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art qui est au nombre des principes généraux du droit"²¹⁴³.

Et, tout récemment, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, la haute instance a réaffirmé le principe selon lequel les professionnels de santé, même salariés, engageaient leur responsabilité personnelle dans l'exercice de leur art²¹⁴⁴.

Cette solution théorique est contredite par ce qui paraît être la pratique des *commissions régionales de conciliation et d'indemnisation* métropolitaines, qui consiste à orienter la procédure, non vers le médecin salarié, mais la clinique qui est nécessairement assurée. Il faut regretter cette stratégie qui, pour les salariés, est une incitation réelle à la non-assurance.

Elle rend fragile la position actuelle de la Cour de cassation.

²¹⁴² Cass. 1° civ., 26 mai 1999, D. 1999.719, note E. Savatier, JCP 1999.II.10112, rapp. P. Sargos, R.T.D.C. 1999, p. 634, obs. P. Jourdain ; Trib. confl., 14 février 2000, Bull. n°2.

²¹⁴³ Confl., 14 février 2000, Ratinet, Bull. T. Confl., n°2, p. 2, JCP 2001, II, 10484, note J. Hardy, R.F.D.A.,2000, p.1232,note D.Pouyaud.

²¹⁴⁴ Cass. 1° civ., 13 novembre 2002, Assoc. hospitalière Nord Artois cliniques c./ Le Sou Médical et autres, précit., note de J.F. Barbieri aux *Petites Affiches*, 29 mai 2003, n° 107, pp.12-14 préconisant qu'un terme soit mis à "la négation absurde" de la responsabilité civile personnelle des salariés. Voir dans ce sens: C.A., Pau, 1° ch., 16 décembre 2003, Juilla c./ Dupuy Pecout, Juris-Data, n° 2003-238945 (sur la responsabilité personnelle d'une sage-femme salariée). Mais, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a clairement considéré que le médecin salarié qui agissait sans excéder les limites de sa mission n'engageait pas sa responsabilité à l'égard du patient (Cass. 1° civ., 9 novembre 2004, n° 01-17908).

2 - Le principe de la responsabilité exclusive du médecin exerçant au sein de l'établissement privé de santé au terme d'un contrat d'exercice libéral pour les dommages par lui causés

En principe, il n'est pas possible d'engager la responsabilité de la clinique du fait des soins pour un dommage causé par un praticien y exerçant à titre libéral.

La relation dans laquelle est impliqué le patient est un contrat médical conclu, non pas avec la clinique, mais avec le médecin. Il ne peut y avoir mise en jeu de la responsabilité contractuelle qu'en actionnant le praticien. Ceci ne fait aucun doute en droit strict²¹⁴⁵, bien qu'en réalité dans un très grand nombre de cas le malade choisit un établissement de santé et pas un médecin particulier²¹⁴⁶. Le médecin est responsable du fait de ses actes.

Il est également responsable du fait du personnel auxiliaire placé sous sa surveillance, bien que ces personnes soient juridiquement les préposées de l'établissement de santé où il exerce²¹⁴⁷ ; il en est ainsi :

- lorsque ces préposés réalisent un acte qui, en application des textes en vigueur, ne peut être accompli que sur prescription médicale et sous la surveillance directe du médecin pouvant intervenir à tout moment

- lorsque ces mêmes préposés accomplissent un acte sous la surveillance effective directe d'un médecin.

Si l'origine du dommage est imputable à un défaut d'organisation du contexte médical dont l'établissement de santé il est garant, ceci entraîne volontiers des condamnations *in solidum* (ensemble).

Évidemment, la clinique peut voir sa responsabilité engagée si elle a commis une faute hors de la sphère de la dispensation particulière des soins. Il en va ainsi dans le domaine de l'hébergement, de la surveillance et de l'organisation générale des soins²¹⁴⁸.

²¹⁴⁵ Voir par ex. P. Sargos, rapp. sous Cass. 1^o civ., 26 mai 1999, préc. n^o12.

²¹⁴⁶ S. Porchy-Simon, "*Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*", op. cit., p. 371.

²¹⁴⁷ Cass. 1^o civ., 15 novembre 1955, Bull. n^o393 ; 15 mars 1976, Bull. n^o 100 ; 13 mars 2001, Bull. n^o 72 (qui pour la première fois fonde cette solution sur le principe d'indépendance professionnelle du médecin). Dans ce cas, la victime peut également engager la responsabilité de l'établissement de santé (voir note suivante).

²¹⁴⁸ Tel est le cas s'il y a eu faute d'un auxiliaire médical, salarié de la clinique. Il y a là partage de responsabilité entre l'établissement et le médecin (V. par ex. Cass. 1^o civ., 30 octobre 1995 ; 10 juin 1997, Bull. n^o 196 ; 7 juillet 1998, Bull. n^o 239 ; S. Porchy-Simon, "*Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*", op. cit., p.369).

Par ailleurs, il faut observer qu'en pratique, la jurisprudence, sans admettre directement la responsabilité de l'établissement du fait du médecin libéral, parvient à des résultats voisins en mettant à la charge de la clinique des obligations qui auraient pu relever de la responsabilité personnelle du médecin²¹⁴⁹, notamment pour ce qui a trait à l'organisation générale des soins²¹⁵⁰ qu'il n'est pas toujours facile de distinguer de la dispensation particulière²¹⁵¹. C'est ainsi que, dans une affaire récente²¹⁵², la Cour de cassation a approuvé l'engagement de la responsabilité d'une clinique sur le fondement d'un défaut d'organisation, dû à une mauvaise gestion de la permanence des anesthésistes de garde qui étaient intervenus dans un délai excessif, alors qu'un tel comportement aurait pu engager la responsabilité personnelle exclusive des praticiens.

On notera enfin que les médecins sont responsables, à l'égard de la clinique et des patients des conditions dans lesquelles ils se font remplacer. C'est là un point commun avec la responsabilité des médecins exerçant en équipe ou dans un groupe médical.

SECTION 2

LA RESPONSABILITE DES MEDECINS EXERÇANT EN EQUIPE OU DANS UN GROUPE MEDICAL

L'exercice collectif est susceptible de se plier à des cadres juridiques extrêmement divers. Le premier est celui de l'équipe médicale, dont la formation la plus simple est le binôme, par exemple les binômes chirurgien-anesthésiste ou gynécologue-échographiste.

Le second est celui d'un simple contrat de mise en commun des moyens.

Le plus complexe du point de vue juridique est certainement le cadre auquel donne naissance un contrat d'exercice en commun, qui peut revêtir lui-même différentes formes depuis la société civile professionnelle jusqu'à la société d'exercice libéral, qui ont été examinées plus haut.

²¹⁴⁹ Voir dans ce sens : Y. Lachaud, *"La responsabilité des cliniques du fait des médecins libéraux"*, Gaz. Pal., 1995, doct. 2.923 et *"La responsabilité des établissements de santé privés du fait de l'activité des médecins libéraux"*, *"Médecine et droit"*, 1996, n° 17, pp. 14 sq. ; G. Mémeteau, obs. sous Cass. 1° civ., 15 décembre 1999, J.C.P. 2000.II.1084 ; O. Lantrès, *"La responsabilité des établissements de santé privés"*, Thèse Droit privé, Poitiers, 1999, pp. 292 ss. ; S. Porchy-Simon, *"Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin"*, op. cit., pp. 370 ss.

²¹⁵⁰ F. Chabas, *"La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation"*, Gaz. Pal. 22 avril 2001, pp. 22 ss.

²¹⁵¹ V. par ex. Cass. 1° civ., 15 décembre 1999, J.C.P. 2000.II.10384, note G. Mémeteau ; C.A. Versailles, 30 septembre 1999, R.D.S.S. 2000.1.

²¹⁵² Cass. 1° civ., 15 décembre 1999, J.C.P. 2000.II.10384, note G. Mémeteau.

Dans toutes ces hypothèses, il ne fait pas de doute que le médecin est indéfiniment responsable sur ses biens propres des actes professionnels qu'il accomplit personnellement. Mais qu'en est-il du fait d'autrui au sein d'une équipe médicale (§. 1) ou d'une société d'exercice (§. 2) ?

§. 1 - La responsabilité au sein d'une équipe médicale

Deux cas sont alors à considérer selon que le chef d'équipe est ou non le seul praticien à être contractuellement lié avec le patient.

1 - La responsabilité du chef d'équipe seul cocontractant avec la victime du dommage

Dans une telle hypothèse le praticien répond des conséquences de ses actes et de surcroît des fautes éventuellement commises par des membres de son équipe et notamment de celle commise par le confrère qu'il s'est substitué pour accomplir tout ou partie de sa tâche, en dehors de tout consentement du patient. Dans la jurisprudence, cette règle concerne essentiellement l'équipe constituée par le chirurgien et l'anesthésiste²¹⁵³.

Bien entendu la responsabilité personnelle du médecin, membre auxiliaire de l'équipe, qui a commis la faute n'est pas pour autant dérogée ; il reste responsable des conséquences de sa faute, mais sur le fondement délictuel ou quasi-délictuel.

Il en résulte que la victime peut exercer un choix : elle peut exercer son action contre l'un ou l'autre des médecins -chef ou membre de l'équipe- et, le cas échéant, contre les deux, et dans ce cas il y aura condamnation *in solidum*.

Dans certains cas, la Cour considère qu'il y a eu contrat entre le patient et l'anesthésiste, notamment lorsque le premier a été examiné par le second.

²¹⁵³ Voir par ex. Cass. 1^o civ., 18 octobre 1960, Bull. n°42 et, dans le même sens, Cass. 1^o civ., 20 février 1979, Bull. 1^o civ., n° 68, Cass. 1^o civ., 26 juillet 1982, R.D.S.S. 1984, p.32 ; Cass. 1^o civ., 18 juillet 1983, JCP éd. G 1984, II, n° 20248. Cette situation qui s'explique par la vieille infériorité de l'anesthésiste par rapport au chirurgien ne se retrouve plus guère aujourd'hui (Contra : C. Papeete, ch. civ., 19 mars 1999, B. c/ R., Juris-Data 045298 où l'anesthésiste apparaît pratiquement comme le préposé du chirurgien). De nos jours, au moins en Métropole, la réglementation particulière de l'anesthésie (C.S.P., art. D 712-40 ss.) implique que l'anesthésiste examine le patient avant l'opération et qu'il puisse être désormais considéré comme ayant lui-même formé un contrat avec le dit patient. En cas de dommage relevant de l'anesthésie, celui-ci actionnera en responsabilité le seul anesthésiste. Sauf, bien-sûr, si c'est la faute du chirurgien qui a concouru à la production du dommage (Cass. crim., 10 mai 1984, D. 1985, p.256).

2 - La responsabilité du chef d'équipe cocontractant non-exclusif avec la victime du dommage

Dans cette hypothèse, non seulement le chef de l'équipe a passé un contrat avec le patient, mais également le membre de l'équipe dont le fait dommageable est à l'origine du préjudice.

Ici, bien entendu, il n'est pas question de responsabilité du fait d'autrui : chacun est lié au patient par un contrat distinct et spécifique qui définit ses propres obligations ; chacun ne répond donc que des fautes qu'il a personnellement commises.

Cependant, et c'est l'aspect complémentaire de cette solution, le chef de l'équipe n'en demeure pas moins tenu d'un devoir de surveillance générale. La violation de celui-ci est de nature à engager sa responsabilité personnelle, indépendamment des conséquences des actes par lui accomplis²¹⁵⁴. C'est ainsi que, dans un cas de 1973, célèbre parce qu'il concernait une romancière connue, un anesthésiste ayant commis des fautes graves a été condamné pour homicide par imprudence et le chirurgien chef d'équipe a été lui-même sanctionné pour ne pas s'être assuré de la manière dont l'anesthésiste avait accompli sa tâche, pris les précautions nécessaires, ainsi que de l'état du patient au moment où celui-ci lui était confié²¹⁵⁵.

§. 2 - La responsabilité au sein des sociétés d'exercice

Comme on l'a vu précédemment, les médecins peuvent se grouper en sociétés civiles professionnelles ou sociétés d'exercice libéral. Ces entités sont inscrites au tableau de l'ordre et sont, d'une certaine manière, réputées exercer par elle-même la profession (et c'est sur elles que pèse l'obligation d'assurance). En principe, le patient peut donc assigner la société ou le médecin associé avec lequel il a été personnellement en relation.

Ainsi qu'on l'a examiné plus haut la responsabilité médicale est essentiellement personnelle. D'ailleurs une société ne peut accomplir d'actes médicaux que par l'intermédiaire d'un de ses membres ayant qualité pour exercer la médecine²¹⁵⁶. Dans le cadre de celles-ci, les médecins associés sont indéfiniment responsables sur leurs biens propres des actes professionnels qu'ils accomplissent personnellement.

Autre est la responsabilité propre de la société. Elle se situe à deux niveaux. En premier lieu la société est solidairement responsable avec chaque médecin associé des conséquences dommageables de ces actes. En second lieu, la société expose sa responsabilité pour les

²¹⁵⁴ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", *op.cit.*, pp. 78-81.

²¹⁵⁵ C.A. Toulouse (sur renvoi), 24 avril 1973. Voir dans le même sens : Cass. plén., 30 mai 1986.

²¹⁵⁶ L., 31 décembre 1990, art. 1°.

conséquences des actes accomplis en son nom, par exemple les dettes de celles-ci. Ainsi, dans le cadre des S.C.P. "les associés répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales à l'égard des tiers..."²¹⁵⁷ et dans celui des S.E.L., les médecins associés répondent des dettes sociales à hauteur de leurs apports pour les actes accomplis au nom de la société²¹⁵⁸.

Aux plans pénal et disciplinaire s'appliquent des règles spéciales.

²¹⁵⁷ L. n° 66-879 du 29 novembre 1966, art. 15.

²¹⁵⁸ L. n°90-1258 du 31 décembre 1990, art. 16.

CHAPITRE 2

LES REGLES SPECIALES EN MATIERE DE RESPONSABILITE (PENALE ET DISCIPLINAIRE)

À la différence de la responsabilité civile (spécifique aux médecins libéraux), la responsabilité pénale et disciplinaire concerne tous les praticiens, même hospitaliers. Ainsi lorsqu'un PH -ou un praticien libéral agissant en qualité d'agent public²¹⁵⁹ - commet une faute personnelle détachable du service²¹⁶⁰ et pénalement sanctionnée, il perd son immunité et peut²¹⁶¹ engager sa responsabilité personnelle devant les tribunaux de droit commun, relativement aux conséquences dommageables de l'acte délictueux qu'il a commis.

Par ailleurs, à la différence de la responsabilité civile, qui peut être partagée entre plusieurs personnes et l'établissement de santé, la responsabilité pénale est essentiellement personnelle. Même si une institution peut toujours se considérer comme "responsable" en tant que personne morale, la condamnation pénale aboutira à des peines frappant les personnes, comme dans l'affaire du petit Olivier Adjal,

²¹⁵⁹ Un praticien libéral engagé comme "médecin régulateur" d'un SAMU et ayant à ce titre la qualité d'agent public n'est personnellement responsable des conséquences dommageables de l'acte délictueux qu'il a commis que si cet acte constitue une faute détachable de ses fonctions publiques (Cass. crim., 3 décembre 2003, n° 03-85.254, *Gaz. Pal.*, Rec., juillet-août 2004, p. 2567).

²¹⁶⁰ En guise d'exemple, a été qualifié de faute détachable le fait d'abandonner un malade sous anesthésie au cours de l'incendie de la salle d'opérations (Cass. crim., 2 octobre 1958). La faute détachable est souvent invoquée "lorsqu'il est reproché à un praticien de ne pas s'être rendu au chevet du patient malgré une nécessité médicale avérée et des appels pressants du personnel hospitalier ou d'internes" ("*Conférence des A.R.A.P.L. Responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé*", Bulletin n°54, septembre 2001, p. 9). Ce n'est pas une faute médicale grossière, telle qu'une opération du poignet sans immobilisation du coude du patient, sans surveillance et réfection régulière des pansements (C.A. Pau, 20 avril 2000).

²¹⁶¹ La victime peut demander une indemnisation soit devant le juge judiciaire (civil ou pénal), soit devant le juge administratif. En ce cas, le service public hospitalier assumera provisoirement la charge de la responsabilité de son agent pour lui demander ensuite le remboursement total ou partiel des sommes avancées pour son compte (action récursoire).

mort en février 1999, à 17 mois des suites d'une gastro-entérite à l'hôpital Trousseau à Paris²¹⁶².

Bien qu'elles puissent se recouper, car certaines fautes, comme la non-assistance à personne en péril intéressent à la fois le droit criminel²¹⁶³ et la déontologie²¹⁶⁴, on va distinguer ici la responsabilité pénale et la responsabilité disciplinaire, au motif qu'elles relèvent de deux types de juridictions (les tribunaux criminels et les chambres de discipline).

SECTION 1 LA RESPONSABILITE PENALE (A. Leca)

Comme on a eu l'occasion de le mentionner, la responsabilité pénale concerne aussi bien les médecins libéraux que les praticiens hospitaliers²¹⁶⁵.

Les différentes infractions susceptibles de concerner des médecins sont nombreuses. Les unes n'ont pas de spécificité médicale, les autres leur sont particulières.

Les premières sont principalement celles qui concernent les atteintes à l'intégrité corporelle des personnes. On les rencontre dans le Code pénal, applicable au territoire comme à la Métropole²¹⁶⁶, que l'on citera d'après le site parisien Légifrance -avec, par voie de conséquence, des montants d'amendes en euros, alors que les sanctions pécuniaires sont fixées en monnaie locale²¹⁶⁷ :

²¹⁶² Le procureur près la XVI^e chambre du tribunal correctionnel de Paris a requis des peines de 4 à 6 mois de prison avec sursis et des amendes de 2000 à 3000 euros contre le chef de service, la directrice de l'hôpital et la directrice des soins infirmiers et des peines plus légères pour l'aide-soignante, deux infirmières et un interne de médecine générale (A. Chemin, *Mise en cause pour la première fois comme "personne morale", l'AP-HP s'avoue "responsable"*, *Le Monde*, 12 juin 2003, p. 12).

²¹⁶³ CP, art. L. 223-6 et 223-16.

²¹⁶⁴ C.D.M., art. 9.

²¹⁶⁵ Depuis l'arrêt Thépaz (confl., 14 janvier 1935, Rec. p. 224), la faute du P.H. peut être sa faute personnelle, engageant sa propre responsabilité, ou la faute du service, entraînant la responsabilité de l'hôpital (M.H. Barges-Bertocchio, "L'hôpital public confronté au juge pénal", thèse Droit, Aix-en-Provence, 2005, p. 21).

²¹⁶⁶ Le droit pénal (à la différence du droit civil) est régi par le "principe d'unité" (R. Lafargue, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2003, p. 110) qui déroge au principe de spécialité législative et impose l'application outre-mer de toute loi pénale dès sa promulgation en métropole (cf Cass. crim., 26 novembre 1956, Bull. crim., n° 788 et Cass. crim., 10 juillet 1958, Bull. crim., n° 533). Ce mécanisme "d'identité législative" ne concerne pas la procédure pénale et il a été affecté par un certain nombre de limites (C.P., art. L. 711-1 et R. 711-1).

²¹⁶⁷ C.P., art. L. 711-3

- le fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende²¹⁶⁸.

- le fait de causer à autrui par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende²¹⁶⁹.

- le fait de causer à autrui, par un manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende²¹⁷⁰.

- le fait de causer à autrui par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois est puni de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe²¹⁷¹.

- le fait par maladresse, imprudence, inattention, négligence, de porter atteinte à l'intégrité d'autrui sans qu'il en résulte d'incapacité totale de travail est puni de l'amende prévue pour les contraventions de deuxième classe²¹⁷². Si l'atteinte résulte de l'absorption d'un produit comportant des substances interdites, le code de la consommation prévoit quatre ans de prison et/ou 75.000 euros d'amende en cas de "tromperie et falsification" rendant dangereuse pour la santé humaine l'utilisation du produit²¹⁷³.

La non-assistance à personne en danger peut également engager la responsabilité pénale d'un médecin²¹⁷⁴. Les sanctions encourues

²¹⁶⁸ C.P., art. L. 221-6. Voir par ex. C.A. Nouméa (ch.corr.), 13 juin 2000, Docteur P. (inédit) concernant une césarienne ayant entraîné le décès de la parturiente, où la Cour a relaxé l'accusé qui n'avait commis aucune faute médicale.

²¹⁶⁹ C.P., art. L. 222-19.

²¹⁷⁰ C.P., art. L. 222-20.

²¹⁷¹ C.P., art. R.625-2.

²¹⁷² C.P., art. R.622-1.

²¹⁷³ On peut se demander si de telles sanctions ne pourraient pas être encourues contre des pharmaciens depuis qu'a éclaté l'affaire *Arkopharma* en 2001 (du nom du laboratoire qui commercialisait en officine des gélules contenant des substances ne faisant pas partie de la liste des aliments traditionnels autorisés et n'ayant jamais fait l'objet d'une demande d'autorisation auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, comme l'huile de paraffine et le kava-kava qui ont un caractère toxique).

²¹⁷⁴ CP., art. L. 223-6 et 223-16. Voir par ex. C.A. Nouméa (ch.corr.), 13 juin 2000, Docteur B. (inédit), où l'accusé, témoin passif d'un accident médical à l'hôpital, a été relaxé car le délit reproché supposait un refus d'assistance *intentionnel* : "... au regard

sont une peine de cinq ans d'emprisonnement et une amende de 75.000 euros. A la différence de ce qui existe dans certains droits étrangers, notamment celui des États-Unis qui ignorent complètement l'obligation d'assistance à personne en danger²¹⁷⁵.

Plutôt que de chercher à dresser une liste fastidieuse, on se centrera ici sur l'atteinte à l'intégrité corporelle, qui peut être volontaire ou involontaire.

§. 1 - L'atteinte volontaire à l'intégrité corporelle

Hors du champ médical, l'atteinte volontaire à l'intégrité corporelle est toujours sanctionnée. En droit médical, elle ne l'est pas dans la mesure où elle est implicitement autorisée par la loi²¹⁷⁶. En effet, aujourd'hui, il n'y a guère de soins possible sans atteinte de ce type, qui paraît inhérente à l'exercice de la médecine. C'est cette finalité thérapeutique de l'atteinte corporelle causée par le médecin remplissant les conditions légales d'exercice, voire cet "intérêt médical" - notion très englobante²¹⁷⁷ - qui au fond exonère le praticien de toute responsabilité pénale.

Sous-paragraphe 1 - Le meurtre

Le meurtre est un homicide volontaire²¹⁷⁸, sans qu'il importe de rechercher la nature de son mobile. Celui-ci peut être de répondre à la détresse d'autrui, par exemple l'euthanasie²¹⁷⁹, qui est un homicide perpétré avec l'accord de la victime en vue d'abrèger ses souffrances.

du principe d'application stricte de la loi pénale le comportement en retrait du docteur B. ne saurait être assimilable à l'abstention volontaire prévue par les textes"

²¹⁷⁵ Voir par ex. les arrêts *Oliver v. Brock*, 342 So.2d 1 (Alabama 1976) et *Hurley v. Eddingfield*, 59 N.E. 1058 (Indiana 1901) cités par C.H. Baron, *Les aspects contractuels de la relation du médecin et du patient en droit américain*, *Gaz. Pal.*, 22-23 mars 2000, p. 551.

²¹⁷⁶ CP., art. 122-4, al.1°. Cf Bruno Py, *Recherches sur la justification pénale de l'activité médicale*, Thèse de doctorat d'État de droit, Nancy, 1993.

²¹⁷⁷ La chirurgie esthétique (non réparatrice) n'a pas de finalité thérapeutique (et d'ailleurs elle a donné lieu à des poursuites pénales au début du siècle). Aujourd'hui on considère cependant qu'elle répond à un intérêt médical.

²¹⁷⁸ CP., art. 221-1.

²¹⁷⁹ En revanche, comme le suicide n'est pas sanctionné, il en est de même en droit français de l'aide apporté au suicide d'autrui. Cette position n'est pas inéluctable. Ainsi, en droit anglais le fait d'aider quelqu'un à se suicider est punissable (A.Jolowicz dir., *"Droit anglais"*, op. cit., p. 423).

Il faut cependant observer que les articles 223-13 à 223-15 du code pénal punissent d'une peine d'emprisonnement et d'amende la provocation au suicide et que ce texte serait applicable au médecin qui, sans provoquer directement lui-même la mort de son patient, mettrait à la disposition de celui-ci les moyens de mettre fin à ses jours en lui

Elle est poursuivie partout en Europe, étant précisé que la loi néerlandaise du 10 avril 2001 tolère l'euthanasie pratiquée par le médecin traitant dans certaines conditions, notamment la pratique "prudente" (*zorgvuldig*) du professionnel et la "volonté éclairée" du patient²¹⁸⁰.

Indépendamment de la répression pénale, le médecin s'expose à des poursuites disciplinaires. Si le code de déontologie lui recommande d'apaiser les souffrances de son malade, il lui interdit d'en provoquer délibérément la mort²¹⁸¹.

Sous-paragraphes 2 - Le fait de causer à autrui une incapacité totale de travail

Comme on l'a vu, le fait de causer à autrui une incapacité totale de travail est pénalement sanctionné, avec une gravité variable suivant l'importance du dommage subi.

Mais, par dérogation, la loi a autorisé un certain nombre de pratiques qui échappent à l'application de la loi pénale. Mais l'immunité n'existe évidemment que si les conditions et limites fixées par la loi sont respectées.

Tel est le cas pour les **prélèvements d'organes effectués sur une personne vivante en vue d'une greffe** motivées par leur but thérapeutique et moyennant le consentement du donneur²¹⁸².

Ou de l'**utilisation des tissus, cellules et produits du corps humain**²¹⁸³.

Ou encore pour l'**assistance médicale à la procréation**²¹⁸⁴.

C'est aussi celui des **recherches biomédicales**, y compris celles ne procurant aucun bénéfice direct à la personne qui s'y prête²¹⁸⁵.

Il n'a jamais existé en droit français de "droit d'expérimentation" pour faire avancer la science : en 1859 à l'hospice de

indiquant le mode d'emploi (J.Penneau, *"La responsabilité du médecin"*, *op.cit.*, p. 88).

²¹⁸⁰ H.Fraisse-Colcombet, *"La législation de l'euthanasie aux Pays-Bas"*, R.D.S.S. 2000-2, pp.317-325, qui remarque opportunément que l'euthanasie en général demeure un crime en droit pénal néerlandais (C. pén., art. 293-294). En 2000, 2.216 cas d'euthanasie ont été signalés dans ce pays à 90% pour des malades atteints par un cancer (M. Luginsland, *"Euthanasie aux Pays-Bas. Une mortelle délivrance"*, *"Le Moniteur des Pharmacies"*, n° 2400, 26 mai 2001, p. 21). Ailleurs dans le monde, depuis que le Sénat fédéral australien a annulé en mars 1997 une loi du Parlement du Territoire du Nord qui avait légalisé l'euthanasie en mai 1995, le seul État où cette pratique est admise est, aux États-Unis, l'État de l'Oregon, depuis la loi du 27 octobre 1997 "sur la mort dans la dignité" (*"Le Monde"*, 4 mars 2000).

²¹⁸¹ C.D.M., art. 38, al. 2.

²¹⁸² C.S.P., anc. art. L. 671-3 ss., L. 674-2 ss.

²¹⁸³ C.S.P., anc. art. L. 672-1 ss, L. 674-2 ss, L. 675-9 ss.

²¹⁸⁴ C.S.P., anc. art. L.152-1 ss et L. 152-11 ss.

²¹⁸⁵ C.S.P., anc. art. L. 209-1 ss.

l'Antiquaille de Lyon, des médecins, dans le but de démontrer la communicabilité de la syphilis à la période secondaire, inoculèrent du virus syphilitique à un enfant de dix ans "scrofuleux et teigneux" ; ils furent condamnés à ce titre : "attendu que les droits du médecin et ses obligations envers la science ont des limites ; que ses droits il les tire de son dévouement envers ses semblables et de son ardent désir de les soulager ; que ses obligations envers la science doivent s'arrêter devant le respect dû au malade"²¹⁸⁶.

Il est clair en outre qu'actuellement certaines interventions de convenance échappent à la responsabilité pénale parce que, en l'état des moeurs, on considère, au moins implicitement, qu'elles sont légitimées par la seule volonté du patient. Il en est ainsi des **stérilisations volontaires** pour motif sérieux avec le consentement de l'intéressé et en recherchant celui de son conjoint par une méthode laissant la possibilité d'une intervention réparatrice²¹⁸⁷.

§. 2 - L'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle

L'arsenal pénal de droit commun²¹⁸⁸ s'applique au médecin, qui est responsable en cas d'homicide ou de blessures causés par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements. En ce domaine, les problèmes posés sont, à partir de principes généraux (§. 1), les particularités représentées par la détermination de la faute et du lien de causalité (§. 2).

Sous-paragraphe 1 - Principes généraux

Ils tiennent au fait que la victime peut se porter partie civile devant le juge pénal (A) et que celui-ci peut donc admettre ou interdire toute réparation civile (B).

A - La possibilité pour le patient de se constituer partie civile

Dès lors que la faute du médecin présente le caractère d'une imprudence ou d'une négligence, il y a lieu à appliquer la loi pénale²¹⁸⁹. La constitution de partie civile devant le juge criminel met automatiquement en mouvement l'action répressive. Il n'y a pas lieu ici de distinguer le médecin libéral du PH, qui ne bénéficie pas d'une protection pénale particulière (mais les juridictions judiciaires seront

²¹⁸⁶ F. Dislaire, "De la responsabilité civile", Thèse Droit, Lille, 1901, pp. 94-95.

²¹⁸⁷ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", *op.cit.*, pp.89-90. Mais dans ce domaine il ne faut pas négliger l'incidence du droit disciplinaire (C.D.M., art. 41).

²¹⁸⁸ CP., art. 222-19, 222-20 et R. 625-2 et 625-3.

²¹⁸⁹ C.P., art. 222-19.

in fine incompétentes pour statuer sur les intérêts civils). Tous sont soumis aux mêmes règles, notamment le délai pour agir qui n'est plus celui du code de procédure civile, bien qu'il s'agisse d'une action civile, mais celui, plus strict, de l'action pénale²¹⁹⁰, car on se trouve devant le juge répressif²¹⁹¹. La jurisprudence a assoupli la rigueur de cette disposition en décidant que le point de départ de la prescription ne serait pas la date de l'acte incriminé, mais celle à laquelle le décès s'est produit ou l'incapacité a été consolidée²¹⁹².

B - La faculté pour le juge pénal d'admettre ou d'interdire toute réparation civile

Il est constant en jurisprudence que la faute pénale comprend tous les éléments de la faute civile²¹⁹³.

D'ailleurs les éléments qu'énumère l'article 222-19 du Code pénal (maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements) intègrent ceux de l'article 1383 du Code civil (dommage par action, négligence ou imprudence).

Cela signifie que toute faute pénale est aussi une faute civile (même si l'inverse n'est pas vrai !).

Jusqu'à la loi Fauchon du 10 juillet 2000, il en résultait une dénaturation de la responsabilité civile encourue devant le juge criminel. En effet, le juge répressif, dès lors qu'il avait nié la faute au criminel, ne pouvait plus l'admettre au civil ou permettre à son collègue du TGI de l'admettre lui-même en raison du principe d'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. La tentation était grande de condamner pénalement pour une "poussière de faute" afin d'ouvrir la voie à la réparation au profit de la victime²¹⁹⁴.

Aujourd'hui, depuis la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels²¹⁹⁵ (que

²¹⁹⁰ C.P.P., art. 7 à 9 (10 ans pour les crimes, 3 ans pour les délits, un pour les contraventions).

²¹⁹¹ C.P.P., art. 10 : "L'action civile se prescrit selon les règles du Code civil. Toutefois cette action ne peut plus être engagée devant la juridiction répressive après l'expiration du délai de prescription de l'action publique.

Lorsqu'il a été statué sur l'action publique, les mesures d'instruction ordonnées par le juge pénal sur les seuls intérêts civils obéissent aux règles de la procédure civile".

²¹⁹² J. Penneau, "La responsabilité du médecin", op. cit., p.92.

²¹⁹³ Cass. civ., 18 décembre 1912.

²¹⁹⁴ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", op. cit., p.94. D'après les statistiques établies par le *Sou médical*, de 1977 à 1989, sur 620 procédures pénales, 335 plaintes ont été classées sans suite, 143 ont débouché sur un non lieu et 74 seulement sur une condamnation (ce qui est rassurant pour les médecins). Mais on peut aussi observer qu'une condamnation a été prononcée dans la moitié des affaires ayant donné lieu à un jugement (ce qui l'est moins).

²¹⁹⁵ Loi applicable en Nouvelle-Calédonie.

soutiennent les avocats spécialisés dans la défense des médecins et des établissements de santé), l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait plus obstacle à une action devant les juridictions civiles, afin d'obtenir la réparation d'une faute (civile) d'imprudence. Par ailleurs la loi nouvelle (dans le but de protéger les élus locaux contre une responsabilité pénale devenue écrasante) a introduit une distinction entre la faute de l'auteur direct du dommage et celle de l'auteur indirect qui ne peut être condamné pour imprudence que s'il a violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou s'il a commis une faute caractérisée. Cette distinction est applicable à un chef de service, auteur indirect d'un dommage causé par deux internes chargés du patient²¹⁹⁶.

A côté de ces principes généraux, il existe des particularités concernant la détermination de la faute et du lien de causalité.

Sous-paragraphe 2 - Règles particulières

A - L'appréciation particulière de la faute pénale

Pour qu'il y ait sanction pénale, il faut une faute. Ainsi un homicide non fautif ne peut pas être condamné sur la base des articles 221-6 et 221-8 et 221-10 du code pénal²¹⁹⁷.

Certains actes sont évidemment et incontestablement fautifs au plan civil, mais parfois l'appréciation de la faute pénale est délicate. A partir de quand une imprudence atteint-elle une gravité suffisante pour justifier une sanction pénale ? Peut-on incriminer une maladresse légère que le plus adroit praticien serait exposé à commettre sauf facteur exceptionnel de chance ?

La loi ne fournit aucune règle d'or. Elle indique cependant qu'il n'y a pas d'infraction pénale sans texte et que les textes criminels sont d'interprétation restrictive : l'inoculation d'une substance dont le médecin ignorait la toxicité n'est pas un empoisonnement, le décès d'un fœtus n'est pas un homicide, un être né mort n'est pas davantage une personne. Un arrêt récent, concernant une sage-femme qui avait commis une faute civile car elle n'avait pas fait appel à un médecin face à la survenance d'un accouchement dystocique rappelle que, l'enfant n'étant pas né vivant, les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale²¹⁹⁸.

²¹⁹⁶ Cass. crim., 5 septembre 2000.

²¹⁹⁷ C.A. Nouméa (ch.corr.), 13 juin 2000, Docteur P. (inédit) concernant une césarienne ayant entraîné le décès de la parturiente, où la Cour a relaxé l'accusé qui n'avait commis aucune faute médicale au regard des données actuelles de la science.

²¹⁹⁸ Cass. crim., 4 mai 2004. n° 03-86.175 (sur C.A. Angers, 2 septembre 2003) : l'arrêt qui énonce à tort, pour relaxer une sage-femme poursuivie pour homicide

La faute pénalement sanctionnable, c'est l'omission d'une précaution élémentaire, tel le fait pour un chirurgien et un anesthésiste d'opérer un enfant sous anesthésie générale sans veiller à la vacuité de l'estomac, ce qui a entraîné le décès en raison de la régurgitation d'aliments.

À l'inverse, le fait pour un médecin de ne pas avoir, contrairement à ses obligations, informé la personne soignée et recueilli son consentement avant une intervention justifiée mais non indispensable ne constitue qu'une faute civile et pas une faute pénale²¹⁹⁹.

Est une faute pénale le fait pour un médecin d'avoir extubé une patiente qui, déjà opérée trois fois en vain, n'avait plus aucune chance de guérison au motif que le geste avait hâté le décès et interdit définitivement toute intervention "en désaccord avec...toute éthique médicale"²²⁰⁰.

Faute de mieux, on peut se reporter à l'importance du dommage (sans dissimuler la part d'arbitraire qu'induit une telle démarche).

B - L'estimation du lien de causalité

L'homicide et les blessures ne sont punissables que s'il existe une relation de cause à effet entre la faute relevée et le préjudice constaté.

La causalité peut être directe.

Mais elle peut être indirecte dès lors qu'elle est certaine. Pour cette raison, la jurisprudence civile sur la perte de chances de survie ou de guérison n'a jamais été admise par la jurisprudence pénale.

Il en résulte que l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil ne fait pas obstacle à ce qu'un patient qui s'est heurté à un non lieu pénal n'intervienne ensuite au civil en arguant de la relation de causalité entre l'acte médical et la chance de survie perdue, laquelle représente un préjudice spécifique²²⁰¹.

Outre ses obligations sanctionnées par les tribunaux judiciaires (= de droit commun) comme n'importe quel particulier, le médecin est également soumis à des sujétions particulières, qui découlent de l'idée

involontaire, que, faute d'avoir interprété le tracé du rythme cardiaque foetal comme l'indice d'une hypoxie, elle a commis non pas une négligence ou un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi, mais une simple erreur de diagnostic n'engageant pas sa responsabilité pénale, alors qu'il résulte de l'article L. 4151-3 du Code de la santé publique qu'en cas d'accouchement dystocique, les sage-femmes doivent faire appeler un médecin, n'encourt cependant pas la censure, dès lors que, l'enfant n'étant pas né vivant, les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale.

²¹⁹⁹ J. Penneau, "La responsabilité du médecin", *op.cit.*, p. 98.

²²⁰⁰ Cass. crim., 19 février 1997, B N° 67, J.C.P. 1997.II.22889, note J.Y. Chevallier.

²²⁰¹ Cass. 1° civ., 24 mars 1981.

que la médecine à une fonction d'intérêt général, elle concourt au service public de santé. D'où un certain nombre d'obligations à caractère déontologique et/ou administratif, inimaginables dans le reste du monde professionnel, mais qui ont leur équivalent chez d'autres professionnels privés de santé (les pharmaciens, par exemple).

SECTION 2 LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE (A. Leca)

La responsabilité disciplinaire concerne tous les médecins, encore que le code a été largement conçu par rapport à l'exercice libéral et que les médecins hospitaliers ne fassent pratiquement jamais l'objet de poursuites.

Sur les médecins pèsent des obligations déontologiques et administratives. Il ne faut pas les confondre, car les unes et les autres procèdent d'origines distinctes. Tout d'abord, les règles déontologiques se présentent historiquement comme des règles que la profession s'est imposées à elle-même, telle que le dévouement aux malades et le renoncement qu'il sous-tend. Aussi bien, pendant longtemps, a-t-on considéré qu'elles n'étaient pas du droit à proprement parler et qu'il était impossible d'en exiger l'application devant les tribunaux, à l'image des obligations "naturelles" d'assistance entre frères et soeurs, ou celle d'honorer et de respecter ses père et mère²²⁰². Quelque chose de semblable existe toujours pour la déontologie des psychologues, qui ne possèdent ni ordre ni juridictions professionnels²²⁰³. À l'inverse les règles administratives s'analysent juridiquement comme des règles imposées à la profession par l'administration. Il n'empêche qu'un croisement s'est opéré depuis que les règles déontologiques ont été reprises à son compte par l'État qui promulgue des codes de déontologie sous forme de règlements administratifs classiques. Il en résulte que certaines obligations médicales comportent un volet administratif et disciplinaire intimement liés. Tel est le cas de l'obligation de garde ou l'obligation de formation continue²²⁰⁴, qui revêtent un caractère administratif très

²²⁰² C. civ., art. 371 : "L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère" (inchangé depuis 1804).

²²⁰³ Tout psychologue (=diplômé de 3^e cycle de psychologie) est soumis au code de déontologie de la Société française de psychologie. Celui-ci peut-être téléchargé sur le site : <http://www.sfpsy.org/>

²²⁰⁴ Cette obligation se fonde sur l'article L.162-6 du C.S.S.. En Nouvelle-Calédonie elle est organisée dans le cadre de la convention médicale du 17 décembre 1997 (art. 34-38).

accusé et nourrissent un contentieux abondant²²⁰⁵. Elles peuvent cependant se rattacher à l'obligation de soin et à l'obligation d'entretenir et de perfectionner ses connaissances, qui figure d'ailleurs à l'article 11 du code de déontologie. Dans cette section, on se limitera à l'aspect disciplinaire.

La déontologie a pour objet l'autorégulation de la profession. Elle assure l'effectivité de cette tâche au moyen de sanctions parapénales, qui la situe au confluent de l'éthique et du droit. Son importance particulière tient au fait qu'elle "gomme"²²⁰⁶ les différences pouvant exister entre médecins libéraux et médecins salariés, médecins de ville et médecins hospitaliers.

Le particularisme de ceux-ci resurgit quant à la juridiction compétente, non pas la juridiction ordinale, mais la juridiction disciplinaire des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires.

Paragraphe préliminaire - Une responsabilité fondée sur la déontologie médicale de type parapénal

On a dit que la déontologie serait un ensemble de devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle²²⁰⁷. Et effectivement, en France, les codes de déontologie sont l'apanage d'un certain nombre de professions : les grandes professions de santé, mais aussi les architectes, les experts-comptables et les géomètres experts²²⁰⁸.

²²⁰⁵ Pour l'obligation de garde : C.E., 23 mars 1994, n° 132754, Aguila, Gaz. Pal. Rec. 1994. Panor.Admin.p. 176 ; C.E., 13 janvier 1999, n° 184357, Beallet, Gaz.Pal. Rec.1999. Panor. Admin. p.137 ; C.E., 5 février 1997, n° 168664, Conseil départemental des Yvelines de l'Ordre des Médecins, Gaz. Pal. Rec. 1997. Panor. Admin. p.143 ; C.E., 4° et 6° sous-sect., 15 juin 2001, Leborgne, n° 190124, Gaz. Pal. Jur. 2002.P.879 (concernant un généraliste qui avait essayé de se dérober à l'obligation de garde en faisant valoir qu'il avait orienté sa pratique professionnelle vers l'apucunature et la phytothérapie chinoise) ; C.E., 18 octobre 2002, n° 222544, C.D.O.M. de l'Oise, Gaz. Pal., 1°, 3 juin 2003, Panor. Admin., p. 18 ; C.E. 4° et 6° sous-sect., 3 février 2003, Fialaire, n° 230861, Gaz. Pal. Rec. 2003-6, p. 3961 (concernant un médecin qui était fondé à considérer que ses fonctions de conseiller général et de maire étaient au nombre des motifs de nature à justifier une exemption de son obligation de participer aux services de garde de jour et de nuit.

²²⁰⁶ P. Sargos, *"La responsabilité pour faute en matière médicale"*, op. cit., p. 20.

²²⁰⁷ V. Martineau-Bourgninaud, *"Droit privé et déontologie. Etude sur la déontologie des professions organisées en ordre"*, Thèse Droit privé, Nantes, 1996, pp.11-12. Oublieux du contre-exemple de la police nationale (dotée d'un code de déontologie) le *"Vocabulaire juridique"* dirigé par G. Cornu, croit devoir évoquer "un ensemble de devoirs inhérent à l'exercice d'une activité libérale professionnelle".

²²⁰⁸ Mais pas les avocats (qui ont cependant d'autres référents, notamment le règlement intérieur des avocats à la Cour de Paris).

Les premiers à en être dotés ont été les médecins en 1941²²⁰⁹. Dire que la déontologie n'est pas du droit n'est plus vrai depuis le Code du 1^o avril 1941²²¹⁰ ou du moins depuis celui établi par le décret du 27 juin 1947 et publié au Journal Officiel. En effet, à compter de cette date, les règles de déontologie qu'énumère le dit Code ont le caractère de règlements administratifs²²¹¹. Au demeurant les codes de déontologie sont minutieusement négociés entre la profession et les pouvoirs publics qui leur confèrent l'obligatorité²²¹². Par ailleurs, si l'on veut bien considérer que l'article 1^o du code de déontologie médicale de 1995 impose aux médecins²²¹³ de respecter les dispositions qu'il édicte et que l'inobservation de celles-ci expose le médecin à des poursuites disciplinaires qui peuvent aboutir à des sanctions professionnelles (telle que la radiation du tableau de l'ordre), force est de constater que toutes les règles énumérées au Code sont des règles de droit (et que la notion de normes juridiques en état d'émergence est pratiquement sans intérêt). Mais, sans attendre cette date, la jurisprudence civile les avait englobées dans le bloc de

²²⁰⁹ Dès 1936, la Confédération française des syndicats médicaux proposa un projet de Code de déontologie, publié par *"Le médecin de France"*, 1936, pp. 947-955.

²²¹⁰ Le texte de l'acte dit loi du 17 octobre 1940 créant l'Ordre des médecins chargeait le Conseil supérieur de l'ordre d'élaborer "tous règlements d'ordre intérieur" (art. 4). Sur cette base, le Conseil supérieur devait établir le 1^o avril 1941 ce premier Code de déontologie.

²²¹¹ La solution a été adoptée de manière expresse à propos des experts-comptables (C.E. 29 juillet 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État, Rec., p. 492) mais elle vaut également pour les autres ordres professionnels (*ibid.*, *Le Code de déontologie. Généralités*, par J.-M. Auby, fasc. 40-2 (5, 1993), p. 3).

²²¹² Ainsi, en Métropole, la préparation du texte est l'œuvre du conseil national de l'ordre, qui est soumis à l'approbation du gouvernement -qui n'est pas lié par le point de vue de l'Ordre en ce sens qu'il peut refuser et demander une nouvelle proposition. Par contre il ne lui est pas possible de décider de lui-même des modifications à introduire dans la proposition. Si le gouvernement est d'accord sur cette proposition, le texte est diffusé sous forme d'un décret en Conseil d'État.

C'est là une procédure très différente de celle qui existe en Allemagne où la Chambre fédérale des Médecins bénéficie d'une délégation de pouvoir réglementaire qui lui a permis de promulguer directement le Code de déontologie de 1956. De même, en Italie, c'est la Fédération nationale des ordres qui a élaboré le code de déontologie. La situation est différente en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas : les lois y ont institué des Ordres dotés d'un pouvoir disciplinaire sur leurs membres, mais la déontologie n'y a pas été codifiée (A. Tunc, *"Droit médical"*, dans *"Encyclopaedia Universalis"*, vol. 10, 1980, p. 701).

²²¹³ Positivement, le Code s'impose aux médecins inscrits au tableau de l'ordre, à tout médecin étranger exécutant en France un acte professionnel ainsi qu'au étudiants en médecine effectuant un remplacement ou assistant un médecin (art. 1^o). Négativement il ne concerne pas les médecins du service de santé des armées qui n'ont pas à être inscrits au tableau (et qui sont soumis à une réglementation déontologique particulière résultant du décret du 16 janvier 1981) ni les médecins des collectivités d'outre-mer régies par le principe de spécialité législative, tels que les praticiens de Nouvelle-Calédonie (qui relèvent d'un Code de déontologie médicale qui leur est spécifique).

règles servant de référence au juge²²¹⁴. Et aujourd'hui, en pratique, la faute civile d'un médecin est souvent la violation d'un devoir imposé par la déontologie²²¹⁵.

C'est dire l'importance du Code. Mais il ne faut pas l'exagérer. Des professions ont une déontologie forte, mais pas de code, comme les avocats. Et d'autres seraient tentés d'ajouter que certaines professions ont un code mais une déontologie faible...comme la police nationale ?

La définition de règlements administratifs donnée aux règles de déontologie qu'énumère le code de déontologie médicale²²¹⁶ emporte des conséquences diverses : positivement le juge administratif peut exercer sur elles un contrôle de légalité et le juge judiciaire peut connaître par voie d'exception du sens d'une règle déontologique²²¹⁷. Négativement toutefois, la jurisprudence considère qu'il n'est pas possible d'invoquer devant le juge civil ou pénal une règle déontologique. Si le juge peut éventuellement tenir compte de cette règle à titre d'élément d'appréciation, il ne peut en faire directement application aussi bien en matière civile qu'en matière pénale²²¹⁸.

"Par exemple, un médecin poursuivi en responsabilité ne pourrait, pour échapper à sa responsabilité, soutenir que sa conduite a été conforme aux dispositions du Code de déontologie. Ou encore dans les poursuites pénales le juge pénal lorsqu'il a à qualifier certains faits ne peut se fonder que sur les dispositions pénales et non celles des Codes de déontologie"²²¹⁹.

Le juge civil n'a pas à appliquer le code de déontologie²²²⁰, sauf si les obligations déontologiques ont été "civilisées" ou qu'elles sont d'ordre public²²²¹.

²²¹⁴ Cass. 1° civ., 4 novembre 1992, Gaz. Pal., 2-3 février 1994, note A. Dorsner-Dolivet.

²²¹⁵ E. Terrier, *"Déontologie médicale et droit"*, op. cit., p 335.

²²¹⁶ La solution a été adoptée de manière expresse à propos des experts-comptables (C.E. 29 juillet 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État, Rec., p. 492) mais elle vaut également pour les autres ordres professionnels (*ibid.*, *Le Code de déontologie. Généralités*, par J.-M. Auby, fasc. 40-2 (5, 1993), pp. 3 ss).

²²¹⁷ Cass. 1° civ., 1° juillet 1958, D. 1959, p. 283.

²²¹⁸ J.-M. Auby, *"Droit médical et hospitalier"*, t. 1, op.cit., *Le Code de déontologie. Généralités*, par J.-M. Auby, fasc. 40-2 (5, 1993), p. 3.

²²¹⁹ *ibid.*, p. 3.

²²²⁰ En principe les devoirs prescrits par les codes déontologiques n'ont qu'une portée professionnelle et leur méconnaissance ne peut engendrer que des sanctions disciplinaires. Ainsi, c'est par une formule ambiguë et quasiment inchangée depuis 1960 (V. Martineau-Bourginaud, *"Droit privé et déontologie. Etude sur la déontologie des professions organisées en ordre"*, op. cit., p. 373) que la Cour de cassation refuse de prononcer la nullité d'un contrat passé en violation des dispositions déontologiques : "en l'absence de toute autre cause", "les règles déontologiques n'entraînent pas à elles seules l'annulation du contrat conclu en infraction à leurs dispositions" (Cass. civ, 24 mai 1960, J.C.P. 1961,II, 12044, note J.

L'action disciplinaire constitue une sorte d'**action parapénale interne**.

Action interne, car elle est le plus souvent mise en œuvre par l'ordre sur l'un de ses membres, de manière autonome. Cette autonomie est telle qu'il peut y avoir poursuites disciplinaires sans action civile ou pénale²²²². Par ailleurs, saisie de faits qui ont provoqué en même temps une procédure pénale, la chambre de discipline n'est pas tenue d'attendre la décision du juge pénal pour statuer, sauf en cas de violation du secret professionnel²²²³. Enfin, l'instance disciplinaire n'est pas liée non plus par la *qualification* que le juge pénal a donnée *des faits* dont elle est concurremment saisie²²²⁴. Mais l'autonomie n'est pas l'indépendance. Les décisions de l'instance disciplinaire à Nouméa sont soumises à Paris à un contrôle exercé par voie d'appel par la chambre de discipline nationale et, par voie de cassation, par le Conseil d'État. Cette haute instance assure par ailleurs, mais cette fois comme juge de l'excès de pouvoir en premier et dernier ressort, le contrôle de légalité des décisions de nature administrative que rend la chambre de discipline, lorsqu'elle statue en matière d'inscription au tableau.

L'action disciplinaire peut être qualifiée de parapénale car, sans être pénale à proprement parler, elle a incontestablement une finalité sanctionnatrice. Elle ne fait jamais obstacle à des poursuites externes à la profession, devant les tribunaux civil et criminel "avec les cumuls regrettables qui peuvent en résulter lorsque les mêmes faits sont poursuivis"²²²⁵. En effet la sanction pénale peut éventuellement s'ajouter à la sanction disciplinaire et réciproquement. D'autant que rien n'oblige le juge disciplinaire d'imiter le juge civil et de surseoir obligatoirement à statuer jusqu'à la décision du juge pénal.

Savatier ; Cass. civ., 18 avril 1961, J.C.P. 1961, II, 12184, note J. Savatier ; Cass. civ., 5 novembre 1991, J.C.P. éd.E, 1992, II, 255, note A. Viandier.)

²²²¹ Sans nous "aventurer sur les sables mouvants" (Pilon sous Req. 21 avril 1931, S. 1931, I, 337) et chercher à définir l'ordre public de manière précise, on retiendra qu'une disposition est d'ordre public "toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi" (M. Planiol)

²²²² C.S.P., art. L. 4126-5.

²²²³ C.S.P., art. L. 4124-6 (L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002).

²²²⁴ Rien n'est plus normal. En effet, ces faits peuvent être une faute disciplinaire sans être pour autant une infraction pénale. En revanche, les appréciations du juge pénal concernant la réalité des faits s'imposent au juge disciplinaire (C.E. 15 v juillet 1959, CPSS de Nantes, Rec., 1088 ; 23 novembre 1988, Praud, req. n° 68165. C'est pourquoi, bien qu'il n'y soit pourtant pas tenu, celui-ci juge parfois utile, de surseoir à statuer jusqu'au prononcé du jugement pénal, afin d'éviter une éventuelle contrariété de décisions.

²²²⁵ J. Penneau, "La responsabilité médicale", *op.cit.*, p. 104.

D'un point de vue statistique, le nombre des décisions rendues par les juridictions ordinales n'a cessé de croître²²²⁶.

Au sein de l'ordre des médecins, la compétence disciplinaire en première instance appartient aux chambres de discipline.

Curieusement celles-ci ont vu le jour en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie²²²⁷ avant d'être instituées en métropole²²²⁸.

C'est là le contentieux général du contrôle disciplinaire (§. 1).

Par ailleurs, il existe au sein de chaque C.R.O.M. une section paritaire dite "section des assurances sociales du Conseil de discipline" qui statue en première instance sur les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressants l'exercice de la profession, relevés à l'encontre des médecins à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux. La section des assurances sociales du C.N.O.M. a compétence en appel. Il s'agit là de l'étude du contentieux du contrôle technique de la sécurité sociale (§.2).

Il n'existe pas de frontière stricte entre l'un et l'autre. En effet les fautes, abus et fraudes commis à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux intéressent au même chef le contentieux général du contrôle disciplinaire et le contentieux du contrôle technique de la sécurité sociale. En pratique pourtant, il n'existe pas de problème de compétence : l'ordre ne saisit l'organe disciplinaire qu'en cas d'atteinte aux intérêts de la profession et les caisses²²²⁹ n'interviennent devant la S.A.S. qu'en cas de préjudice matériel ou moral subi par la Sécurité sociale. Et en cas de doute, par exemple pour la violation des prescriptions de la nomenclature générale des actes professionnels, l'affaire peut faire l'objet d'une plainte aussi bien devant les juridictions disciplinaires que devant les sections des assurances sociales²²³⁰. Mais il arrive parfois que, pour les mêmes faits, un médecin se voit condamné par chacune des deux instances, d'autant que chacune est indépendante de l'autre.

§. 1 - Le contentieux général du contrôle disciplinaire

Tous les médecins membres de l'ordre sont soumis au contrôle disciplinaire qui s'exerce devant ses juridictions, suivant des règles de procédure (Sous-paragraphe . 1) et de fond (Sous-paragraphe . 2), fortement marquées par la procédure et le droit administratif.

²²²⁶ L. Fougère, F. Gazier, "Les juridictions ordinales", dans "Droit médical et hospitalier", *op.cit.*, fasc. 45 (5, 1993), p. 4.

²²²⁷ Ordonnance n° 2000-190 du 2 mars 2000 relative aux chambres de discipline des ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et des pharmaciens de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française (J.O.N.C. 21 mars, p. 1178).

²²²⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (J.O.R.F., 5 mars).

²²²⁹ cf. C.S.S., art. R. 145-17 et 18 sur les instances habilitées à saisir la S.A.S. et les délais pour agir

²²³⁰ C.E. 22 octobre 1975, Coquerel ; C.E. 19 octobre 1979, Enjolras.

Sous-paragraphe 1 - Les règles de procédure

On peut envisager les règles de procédure du point de vue de la compétence (I), des parties à l'instance (II), du déroulement de l'instance (III) et des voies de recours (IV).

I - La juridiction ordinale compétente en première instance

Depuis la réforme de 2000²²³¹, la chambre de discipline a compétence pour connaître de tous les litiges professionnels impliquant des professionnels inscrits au tableau de l'ordre. Mais tous les médecins inscrits à l'ordre ne peuvent pas être déférés *directement* au juge disciplinaire. En effet, par exception, les médecins chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'Ordre de la Nouvelle-Calédonie (ce qui exclut les médecins militaires) ne peuvent être traduits devant la chambre de discipline, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le représentant de l'État, le procureur de la République ou par l'autorité exécutive de la Nouvelle-Calédonie²²³². Cette disposition ne concerne pas les praticiens privés exerçant dans une clinique privée admise à participer au service public hospitalier²²³³.

Comme on a déjà eu l'occasion de le noter, ce privilège de juridiction n'est pas justifiable, hormis pour les médecins siégeant à l'organe de l'ordre ou les médecins conseils de la C.A.F.A.T. dans l'exercice de leurs fonctions²²³⁴, et il faut le regretter, car si la déontologie médicale concerne tous les médecins, tous les médecins doivent être égaux devant la juridiction disciplinaire.

Aujourd'hui, celle-ci n'a plus aucun lien avec l'Ordre national, hormis en matière disciplinaire, puisque le C.N.O.M. jusqu'en 2002, la chambre de discipline nationale depuis 2002, est toujours leur organe d'appel²²³⁵.

Cette réforme a, en quelque sorte, fait sortir la juridiction disciplinaire de l'Ordre, en confiant les pouvoirs juridictionnels de première instance à une entité indépendante de l'organe de l'ordre.

En Métropole, la chambre de discipline de première instance doit être présidée par un membre en fonction ou honoraire du corps

²²³¹ O. n° 2000-190 du 2 mars 2000 relative aux chambres de discipline des ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et des pharmaciens de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française (J.O.N.C., 5 mars 2000, p. 1178).

²²³² A.C.S.P., art. L. 478 ; C.S.P., art. L. 4124-2 (non applicable à la Nouvelle-Calédonie), art L. 4441-6 (applicable à la Nouvelle-Calédonie).

²²³³ C.E., 17 décembre 2003, n° 241075.

⁽²²³⁴⁾ Chambre de discipline de Nouméa, audience du 17 décembre 2002 (inédit).

²²³⁵ C.S.P., art. L. 4441-10, al.5 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 V, XVI, J.O.R.F., 1er mars 2003).

des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel désignés par le vice-président du Conseil d'État²²³⁶, ce qui aligne le droit disciplinaire commun sur celui du contentieux technique des assurances sociales.

En Nouvelle-Calédonie, dans le schéma de l'ordonnance de 2000, la chambre de discipline des médecins choisissait librement un président et un vice-président tous les trois ans parmi ses membres titulaires²²³⁷. Désormais, à peu près comme chez les pharmaciens²²³⁸, "la chambre disciplinaire de première instance est présidée par un membre en fonction ou honoraire du corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel désigné par le vice-président du Conseil d'État"²²³⁹.

Elle est composée de quatre membres titulaires et de quatre membres suppléants²²⁴⁰ élus en son sein pour six ans²²⁴¹ par l'assemblée générale des médecins inscrits aux tableau de l'ordre, auxquels s'adjoint un conseiller juridique avec voix consultative²²⁴². Seuls sont éligibles²²⁴³, les médecins de nationalité française qui, âgés de trente ans révolus, sont inscrits à l'ordre depuis au moins trois ans²²⁴⁴. Comme avant 2003, seuls sont éligibles²²⁴⁵, les médecins de nationalité française qui, âgés de trente ans révolus, sont inscrits à l'ordre depuis au moins trois ans²²⁴⁶. La chambre disciplinaire ne peut valablement siéger que si l'ensemble de ses membres est présent. Tout membre d'une chambre qui, sans motif valable, n'a pas siégé pendant

²²³⁶ C.S.P., art. L. 4124-7 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 42).

²²³⁷ A.C.S.P., art. L. 471-1, al. 2 ; C.S.P., art. L. 4441-3, al. 2 (abrogé par l'ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 II, XVI).

²²³⁸ La chambre de discipline des pharmaciens est présidée par un membre en fonction du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (A.C.S.P., art. L. 548-1 ; C.S.P., art. L. 4443-1).

²²³⁹ C.S.P., art. L. 4441-2 (Ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 II, XVI, J.O.R.F., 1er mars 2003)

²²⁴⁰ C.S.P., art. L.4441-2, al. 1.

²²⁴¹ Ces membres titulaires et suppléants sont renouvelables tous les trois ans par fraction de deux ou de trois membres. Les membres sortants sont rééligibles (A.C.S.P., art. L. 471). Lors de la première élection un tirage au sort a déterminé le nombre et l'identité des membres de la chambre de discipline dont le mandat viendrait à expiration respectivement dans les délais de trois ou six ans.

²²⁴² Ce juriste peut être, au gré de la Chambre, soit un membre du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, en fonction ou honoraire, désigné par le président du tribunal administratif de Nouméa, soit un magistrat de l'ordre judiciaire, en fonction ou honoraire, désigné par le Premier président de la cour d'appel, soit un avocat inscrit au barreau (A.C.S.P., art. L. 471).

²²⁴³ Sous réserve des dispositions de l'art. L. 423 A.C.S.P.

²²⁴⁴ A.C.S.P., art. L. 471 ; C.S.P., art. L. 4441-2, al.5.

²²⁴⁵ Sous réserve des dispositions de l'art. L. 423 A.C.S.P.

²²⁴⁶ A.C.S.P., art. L. 471 ; C.S.P., art. L. 4441-2, al. 5.

trois séances consécutives peut, sur proposition de la chambre de discipline, être déclaré démissionnaire²²⁴⁷.

Afin d'asseoir l'indépendance de cette structure juridictionnelle, les fonctions de membre de la chambre de discipline sont incompatibles avec celles de membre titulaire de l'organe de l'ordre des médecins de la Nouvelle-Calédonie²²⁴⁸, comme en Métropole²²⁴⁹, et les fonctions de président et de vice-président de la chambre de discipline sont incompatibles avec l'une quelconque des fonctions correspondantes d'un syndicat professionnel de médecins, mais le cumul est autorisé avec les fonctions d'assesseur dans les sections d'assurances sociales des chambres disciplinaires de première instance²²⁵⁰.

II - Les parties à l'instance

C'est d'abord **le médecin poursuivi** qui, à ce titre, peut exercer tous les droits de la défense et notamment, comme on le verra, consulter son dossier et se faire assister ou représenter, soit par un avocat inscrit au barreau, soit par un confrère inscrit au tableau de l'ordre, et exercer le droit de récusation figurant au code de justice administrative²²⁵¹.

Les autorités et personnes susceptibles de déclencher l'instance par le dépôt d'une plainte sont le conseil national de l'Ordre des médecins, l'organe de l'ordre de la Nouvelle-Calédonie, les syndicats de médecins établis en Nouvelle-Calédonie, le représentant de l'État sur le territoire, le procureur de la République, l'autorité exécutive de la Nouvelle-Calédonie ou un médecin inscrit à un tableau de l'ordre²²⁵². Négativement, un particulier n'a pas la faculté de saisir directement la Chambre, comme c'était également le cas en Métropole avant la loi du 4 mars qui a ouvert cette possibilité. En pratique toutefois la plainte de l'Organe de l'Ordre des Médecins, relaie celle du particulier²²⁵³ ou d'une autorité administrative n'ayant pas la faculté de saisir directement la Chambre²²⁵⁴.

²²⁴⁷ A.C.S.P., art. L. 471-10.

²²⁴⁸ C.S.P., art. L. 4441-19 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 XIV, XVI, J.O.R.F. 1er mars 2003)

²²⁴⁹ A.C.S.P., art. L. 471-1, al. 2 ; C.S.P., art. L. 4441-3, al. 2.

²²⁵⁰ C.S.P., art. L. 4441-19 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 XIV, XVI, J.O.R.F. 1er mars 2003)

²²⁵¹ C.S.P., art. L. 4126-2 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art.62, qui renvoie à l'article L. 721-1 du CJA).

²²⁵² A.C.S.P., art. L. 477.

²²⁵³ Chambre de discipline de Nouméa, audience du 4 juin 1998, plainte déposée à l'encontre d'un médecin généraliste pour non assistance à personne en danger par les héritiers de Monsieur X., relayée par l'Organe de l'Ordre des Médecins (inédit) et audience du 23 avril 2003, plainte émanant d'un particulier à l'encontre d'un médecin

III - Le déroulement de l'instance

La procédure devant les chambres disciplinaires (et les sections des assurances sociales) échappe aux règles de la procédure judiciaire²²⁵⁵. C'est une procédure spéciale, publique, écrite et contradictoire²²⁵⁶. Elle se rapproche en cela de la procédure administrative, à ceci près qu'il n'y a pas de ministère public.

Elle doit respecter strictement les droits de la défense : le médecin poursuivi est invité à produire un mémoire en défense, il a accès au dossier, ainsi que le défenseur dont il peut être assisté ; lors de l'audience, il doit nécessairement avoir la parole le dernier.

La procédure est enfermée dans un délai de six mois²²⁵⁷ et la décision disciplinaire doit être motivée²²⁵⁸.

Les pénalités sont limitativement fixées par les textes, conformément aux exigences constitutionnelles²²⁵⁹. La loi du 4 mars 2002 a introduit la possibilité nouvelle de prononcer une peine d'interdiction (temporaire ou permanente) avec sursis²²⁶⁰.

Le jugement disciplinaire est dépourvu de la force exécutoire qui est normalement attachée aux décisions de justice. L'exécution forcée ne peut être obtenue qu'en saisissant les tribunaux judiciaires. Par exemple l'ordre décide de sanctionner l'un de ses membres d'une peine d'interdiction ou de radiation. Le médecin refuse de s'y soumettre. L'ordre doit alors saisir le juge pénal pour exercice illégal de la médecine.

IV - Les voies de recours

généraliste pour rédaction d'un certificat de complaisance ayant été utilisé ensuite dans une procédure de divorce requête, relayée par l'Organe de l'Ordre des Médecins (inédit).

²²⁵⁴ Chambre de discipline de Nouméa, audience du 19 novembre 2003, requête initiée par la *Direction des Affaires Sanitaires et Sociales* à l'encontre d'un médecin chirurgien orthopédiste au C.H.T. de Nouméa pour avoir fait courir des risques injustifiés à ses patients sans faire appel à des tiers compétents.

²²⁵⁵ C.E. 20 février 1985, Chaneac.

²²⁵⁶ Pour plus de détails sur ces trois points, cf L. Fougère, F. Gazier, "*Les juridictions ordinaires*", dans "*Droit médical et hospitalier*", *op.cit.*, fasc. 45 (5, 1993), p. 13.

²²⁵⁷ C.S.P., art. L. 4441-5 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 V, XVI, J.O.R.F., 1er mars 2003).

²²⁵⁸ *ibid.*

²²⁵⁹ Le Conseil constitutionnel a théoriquement imposé cette règle en matière disciplinaire en l'étendant à toute sanction ayant le caractère d'une punition (25 février 1992, Gaz. Pal., 28-30 juin 1992).

²²⁶⁰ C.S.P., art. L. 4124-6 (L.n° 2002-303 du 4 mars 2002).

L'appel des décisions rendues en première instance par la chambre de discipline doit être porté devant la chambre de discipline nationale²²⁶¹.

Cet appel peut émaner du médecin poursuivi ou de l'auteur de la poursuite (ou des autres personnes prévues à l'article L. 4124-1)²²⁶². Il est suspensif (à la différence du recours en cassation). Éventuellement le Conseil d'État peut intervenir ensuite comme organe de cassation. En principe, la cassation implique un renvoi devant une chambre de discipline appelée à rejuger. Par exception, il y a cassation sans renvoi si le Conseil d'État constate que l'amnistie s'oppose au prononcé d'une sanction. Ceci étant, les médecins condamnés en appel répugnent à se pourvoir en cassation et de tels recours sont peu nombreux²²⁶³.

Sous-paragraphes 2 - Les règles de fond

L'appareil disciplinaire est mis en œuvre en raison de la commission d'une faute déontologique.

Étant précisé que celle-ci peut amener le juge de droit commun à fonder une responsabilité civile²²⁶⁴, si les autres conditions propres à celles-ci sont réunies (dommage et lien de causalité), voire une responsabilité pénale, si l'acte concerné s'analyse également comme une infraction.

I - La nomenclature des fautes disciplinaires

À l'inverse de la règle (de légalité des incriminations) en droit pénal, le droit disciplinaire en général, le droit disciplinaire médical en particulier ne donne pas toujours de définition des faits punissables, envisagés de manière très vague, par exemple l'obligation de prudence de l'article 44²²⁶⁵, et la liste qui figure dans le C.D.M. n'a qu'un

²²⁶¹ C.S.P., art. L. 4441-10, al.5 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 11 V, XVI, J.O.R.F., 1er mars 2003).

²²⁶² *ibid.*

²²⁶³ V. Martineau-Bourginaud, "Droit privé et déontologie. Etude sur la déontologie des professions organisées en ordre", op. cit., p. 181.

²²⁶⁴ V. par ex. Cass., 1^o civ., 27 mai 1988, où le juge de droit commun s'est fondé sur l'article 18 (ancien) du C.D.M. interdisant à un médecin d'accéder aux demandes du patient qui l'exposeraient sans justification thérapeutique à un danger.

²²⁶⁵ C.D.M., art. 44 (concernant la dénonciation de sévices ou de privations). Cet article a servi de base à la sanction de l'interdiction d'exercer la médecine pendant un mois, relativement à un praticien qui avait produits deux certificats médicaux portant de graves accusations contre un père de famille, étayés sur les dires de la mère et de l'enfant, sans avoir entendu le père ni constaté médicalement les faits reprochés à celui-ci. (C.E., 4^o et 6^o sous-sect., 11 juillet 2001, Salinger, pourvoi n°216341, Rec. Dalloz 2002-3, p. 879). Et au prononcé d'un blâme pour un médecin qui avait remis au père d'un enfant un certificat affirmant que les troubles constatés sur celui-ci

caractère énonciatif. En d'autres termes, le juge disciplinaire peut toujours sanctionner un comportement qui n'est pas formellement visé par un texte quelconque. Un comportement en rapport direct avec l'activité professionnelle ou un acte de la vie privée qui indirectement porterait "atteinte à l'honneur ou à la moralité de la profession"²²⁶⁶ ou contrarierait les "usages de la profession"²²⁶⁷.

Le fait d'assimiler la médecine à un commerce est disciplinairement sanctionné²²⁶⁸, tel est le cas du recours à la publicité²²⁶⁹, de l'utilisation du nom du médecin à des fins publicitaires ou commerciales²²⁷⁰, de la délivrance de médicaments à des fins lucratives²²⁷¹ hors exception légale²²⁷², mais aussi des ristournes et autres avantages illicites accordés à la clientèle²²⁷³, de la

étaient imputables à des agressions sexuelles de sa mère, sans l'avoir médicalement constaté (C.E., 4^o et 6^o sous-sect., 11 juillet 2001, Dame Bonnet, n^o214061, Rec. Dalloz 2002-3, p. 879.

²²⁶⁶ Par ex. la publication dans une revue libertine de la photographie d'un médecin sexologue en train de diriger et d'animer une leçon de pratiques amoureuses donnée à un couple dénudé (Sect. Discipl. CNOM, 6 novembre 1997 ; A.M. Duguet, *"Jurisprudence professionnelle des médecins"*, Berger-Levrault, 1999, t. 3, p. 117).

²²⁶⁷ Cette notion a été consacrée dans certains textes (ex. C.D.M., art. 81 : "Ces indications (concernant l'individualisation du médecin sur sa plaque professionnelle) doivent être présentées avec discrétion, conformément aux usages de la profession").

²²⁶⁸ C.D.M., art. 19 : "La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce".

²²⁶⁹ Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale". Cette prohibition (consacré par le code du 28 novembre 1955) invalide une jurisprudence ancienne qui considérait que le fait pour un médecin de faire distribuer un prospectus publicitaire propre à lui attirer de la clientèle ne constituait pas un manquement à l'honneur (C.E., 12 juillet 1955, Rec., p. 407). La jurisprudence actuelle est rigoureuse (C.E., 2 octobre 1974 ; 11 janvier 1980, Rec., p. 11 ; C.E., 1^o avril 1981, Rec., p. 180). Si les faits incriminés portent préjudice à d'autres médecins, le contrevenant est de surcroît susceptible d'engager sa responsabilité civile (Cass. 4 novembre 1992 ; J.P. Alméras, H. Péquignot, *"Déontologie médicale, devoirs généraux des médecins"*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 42 (7, 1998), p. 13).

²²⁷⁰ C.D.M., art. 20 : "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".

²²⁷¹ C.D.M., art. 21.

²²⁷² C.S.P., art. L. 4211-3 concernant les médecins pharmaciens.

²²⁷³ C.D.M., art. 24 interdisant tout acte de nature à procurer à la personne examinée un avantage matériel injustifié ou illicite, toute ristourne en argent ou en nature, toute commission à quelque personne que ce soit, la sollicitation ou l'acceptation pour un acte médical quelconque d'avantages en nature ou en espèces, en dehors des conditions fixées par le C.S.P., art. L. 4113-6, al. 2, 3 et 4.

C.S.P., art. L. 4113-6 (modifié par la loi du 4 mars 2002) interdisant aux professions médicales de recevoir des avantages sous quelque forme que ce soit par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale (al. 1) sauf ceux prévus par conventions de recherche ou d'évaluation préalablement soumises pour avis au conseil de l'ordre compétent (al. 2-4) et les frais raisonnables "d'hospitalité" lors de

"dichotomie"²²⁷⁴ et du "compéragé"²²⁷⁵, tous gravement attentatoires à l'honneur de la profession.

Le fait pour un praticien syndiqué d'appeler ses confrères adhérents à ne dispenser aucun soin, même en cas d'urgence est une faute disciplinaire violant l'article 47 du code de déontologie²²⁷⁶.

Contrairement à la règle pénale de la prescription des infractions, les fautes disciplinaires sont théoriquement imprescriptibles.

Une curiosité juridique peut être signalée ici : le juge disciplinaire peut toujours se fonder sur des faits qui ont déjà fait l'objet d'une sanction pénale, **alors même que celle-ci aurait été amnistiée**. Mais évidemment il ne peut pas s'appuyer sur la condamnation pénale amnistiée...

En pratique toutefois, elles sont souvent amnistiées par la loi, réserve faite des manquements à la probité, à l'honneur et aux bonnes moeurs qui restent soumis à la sanction disciplinaire²²⁷⁷.

D'où une tendance à définir ceux-ci de manière restrictive. On pourrait en donner un exemple caricatural avec un arrêt du Conseil d'État qui a jugé que le fait pour un médecin qui avait été radié du tableau de l'ordre à ce titre d'avoir injurié et frappé l'un de ses confrères n'était pas un manquement "à la probité, aux bonnes moeurs et à l'honneur"²²⁷⁸.

L'examen va nous conduire à évoquer successivement :

- les obligations liées à la nécessité de préserver l'honneur et la dignité de la profession
- les obligations à l'égard des personnes soignées
- les obligations à l'égard des autres médecins et des autres professionnels non-médecins.

manifestations professionnelles ou scientifiques préalablement soumis pour avis au conseil de l'ordre compétent (al. 3-4).

²²⁷⁴ C.D.M., art. 22 prohibant tout partage d'honoraires entre médecins sous réserve des cas prévus à l'article 94 concernant les associations de médecins et les cabinets de groupe.

C.S.P., L. 4113-5 concernant le partage d'honoraires entre un médecin et un non-médecin chargé d'attirer de la clientèle pour le premier (par ex. C.E. sect., 20 février 1953, Delle Armerlin, S. 1953.2.77 ; voir également C.E., 18 décembre 1957, entre un chirurgien et un médecin généraliste).

²²⁷⁵ C.D.M., art. 23 interdisant tout compéragé entre médecins et pharmaciens, auxiliaires médicaux ou toutes autres personnes. Par ex. l'exercice de la médecine au domicile d'un masseur (C.E., 25 juin 1969, Rec., p. 255).

C.D.M., art. 25 défendant aux médecins de donner des consultations dans les lieux où sont mis en vente les médicaments...

²²⁷⁶ C.E., 4^o et 6^o ss., 4 mai 2001, Burin, Pourvoi n^o 205248.

²²⁷⁷ J. Penneau, "La responsabilité médicale", *op.cit.*, pp. 110-111.

²²⁷⁸ C.E., 3 juillet 1968, Rec., p. 413.

1 - Les obligations liées à la nécessité de préserver l'honneur et la dignité de la profession

Si en droit commun les relations juridiques cessent avec la mort et bien que la déontologie ne régit pas les relations entre un médecin et un mort, les obligations du praticien continuent après le décès de son patient²²⁷⁹.

Est contraire à l'honneur le fait de porter sciemment des mentions inexactes sur les feuilles de soins²²⁸⁰ ou de percevoir des honoraires qui ne seraient pas dus en vertu de la réglementation²²⁸¹.

Les médecins ont "le devoir d'entretenir et perfectionner (leurs) connaissances" médicales²²⁸² d'autant que le juge judiciaire leur fait obligation de maîtriser les "données acquises de la science"²²⁸³.

Les médecins doivent assumer personnellement leurs gardes. Bien qu'en principe un médecin puisse toujours se faire temporairement remplacer²²⁸⁴, un médecin qui se ferait régulièrement remplacer pour ne pas assurer ses gardes commettrait certainement une faute disciplinaire, le C.N.O.M. ayant rappelé que "le service de garde est une responsabilité dont on ne peut se décharger"²²⁸⁵.

Les médecins doivent s'abstenir de tout certificat de complaisance ou rapport tendancieux²²⁸⁶, qui, par exemple, auraient pour objet de dénigrer un tiers²²⁸⁷.

Enfin, suivant une règle déontologique traditionnelle, tout médecin doit s'abstenir, même en dehors de l'exercice de sa profession, de tout acte de nature à déconsidérer celle-ci²²⁸⁸.

Par exemple la participation à la rédaction et à la distribution à la sortie d'un lycée d'un tract encourageant la plus grande

²²⁷⁹ C.E. 2 juillet 1993, Milhaud.

²²⁸⁰ C.E., 1^o mars 1972 ; J.P. Alméras, H. Péquignot, *Déontologie médicale. Devoirs envers les patients et les confrères*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 43 (7, 1998), p. 9.

²²⁸¹ C.E., 1^o mars 1972 ; J.P. Alméras, H. Péquignot, *Déontologie médicale. Devoirs envers les patients et les confrères*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 43 (7, 1998), p. 9.

²²⁸² C.D.M., art. 11.

²²⁸³ Cass. civ., Dr. Nicolas c/ époux Mercier, 20 mai 1936, S. 1937.1.321, DP, 1936.1.88. Ces "données acquises de la science" sont puisées dans les ouvrages et traités de référence, mais aussi des congrès ou autres conférences de consensus réunissant des autorités reconnues de la profession médicale et les R.M.O. (supra note).

²²⁸⁴ Cf. C.D.M., art. 60-65.

²²⁸⁵ J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 44 : J.P. Alméras et H. Péquignot, *"L'exercice de la profession"*, (7, 1998), p. 4.

²²⁸⁶ C.D.M., art. 28.

²²⁸⁷ C.E., 5 juillet 1985, Rec., p. 221 concernant un psychiatre saisi par l'un de ses patients en instance de divorce pour rendre un rapport concernant la santé mentale de son épouse qu'il n'avait jamais examinée.

²²⁸⁸ C.D.M., art. 31.

permissivité en matière sexuelle²²⁸⁹. Le C.N.O.M. donne comme exemples d'actes de nature à déconsidérer la profession : l'intempérance notoire, la conduite en état d'ivresse, un délit de fuite, des abus de confiance ou la violation grave d'engagements contractuels²²⁹⁰.

2 - Les obligations à l'égard des personnes soignées

Elles ont le plus souvent un caractère personnel affirmé²²⁹¹. Sauf urgence, le médecin ne peut intervenir qu'à la demande de la personne et il s'engage alors "à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science"²²⁹². Il doit "élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire"²²⁹³, informer son patient²²⁹⁴, formuler ses prescriptions avec clarté et s'efforcer d'obtenir la bonne éducation du traitement²²⁹⁵.

Il n'a pas le droit de prescrire "un remède ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé"²²⁹⁶. C'est là l'interdiction du charlatanisme.

Il ne peut pas davantage faire courir à son patient de risque injustifié²²⁹⁷. Notamment en utilisant une technique non encore suffisamment éprouvée²²⁹⁸ et a fortiori une thérapeutique jugée dangereuse par l'Académie de médecine qui avait déconseillé son emploi²²⁹⁹. Ce risque s'apprécie au regard du danger qu'il fait courir au patient et pas à l'aune des raisons qui ont inspiré le professionnel : c'est ainsi qu'un chirurgien qui a différé l'opération d'un jeune malade pendant une heure et demie pour obtenir des parents de celui-

²²⁸⁹ C.E., 13 mai 1974 ; P. Alméras, H. Péquignot, "Déontologie médicale, devoirs généraux des médecins", dans J.-M. Auby (éd. princeps par), "Droit médical et hospitalier", fasc. 42 (7, 1998), p. 16.

²²⁹⁰ J.P. Alméras, H. Péquignot, "Déontologie médicale, devoirs généraux des médecins", dans J.-M. Auby (éd. princeps par), "Droit médical et hospitalier", fasc. 42 (7, 1998), p. 16.

²²⁹¹ J.P. Alméras, H. Péquignot, *Déontologie médicale. Devoirs envers les patients et les confrères*, dans J.-M. Auby (éd. princeps par), "Droit médical et hospitalier", fasc. 43 (7, 1998), p. 2).

²²⁹² C.D.M., art. 32.

²²⁹³ C.D.M., art. 36.

²²⁹⁴ cf. supra : A - La faute médicale à caractère éthique ou déontologique.

²²⁹⁵ C.D.M., art. 34.

²²⁹⁶ C.D.M., art. 39.

²²⁹⁷ C.D.M., art. 40.

²²⁹⁸ C.A. Paris, 17 février 1994, D. 1995, somm. p. 100, obs. J. Penneau (pour une tentative d'allongement des membres inférieurs chez une patiente de très petite taille).

²²⁹⁹ C.E., 16 juin 1971, Rec. p. 448 ; C.E., 8 mars 1972, Rec. p. 198.

ci l'autorisation d'être assisté par un autre anesthésiste a été sanctionné disciplinairement²³⁰⁰.

Il doit assurer la continuité des soins²³⁰¹. Certes il peut toujours se dégager de sa mission, mais à condition de ne pas nuire de ce fait à son malade, de s'assurer que celui-ci sera soigné et de fournir à cet effet les renseignements utiles²³⁰². L'abandon du malade, fut-ce en cas de danger public, tel qu'une guerre ou une épidémie, est prescrit²³⁰³. Contrairement à la règle déontologique admise en 1947 et encore en 1955²³⁰⁴, le médecin ne peut pas refuser de continuer ses soins s'il ne parvient pas à imposer à la personne qu'il soigne le respect des règles d'hygiène et de prophylaxie.

En ce qui concerne les honoraires dus par le patient, un certain nombre d'obligations pèsent sur le praticien.

À la différence de la règle admise pour les avocats, par exemple, le médecin ne peut pas demander de provisions ; par ailleurs il lui est interdit de proposer un forfait²³⁰⁵.

Les médecins qui bénéficient d'un droit à dépassement d'honoraires doivent fixer ceux-ci "avec tact et mesure"²³⁰⁶. Étant précisé qu'un manquement à cette règle n'est pas obligatoirement un manquement à la probité²³⁰⁷.

Les médecins sont tout d'abord tenus par un certain nombre d'obligations à caractère général : le respect de la vie²³⁰⁸, car un professionnel "n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort"²³⁰⁹, le soulagement des souffrances²³¹⁰, le respect des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la profession²³¹¹ et bien sûr le secret professionnel²³¹².

²³⁰⁰ C.E., 24 février 1988, Rec. p. 992.

²³⁰¹ C.D.M., art. 47 et 77 modifié par le décret n° 2003-881 du 15 septembre 2003 : "Il est du devoir du médecin de participer à la permanence des soins dans le cadre des lois et des règlements qui l'organisent".

²³⁰² J.P. Alméras, H. Péquignot, *Déontologie médicale. Devoirs envers les patients et les confrères*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), "Droit médical et hospitalier", fasc. 43 (7, 1998), p. 7).

²³⁰³ C.D.M., art. 48 : "Le médecin ne peut pas abandonner ses malades en cas de danger public, sauf sur ordre formel donné par une autorité qualifiée, conformément à la loi".

²³⁰⁴ "en refusant au besoin de continuer ses soins, le respect des règles d'hygiène et de prophylaxie" (C.D.M. 1947, art. 29, C.D.M. 1955, art. 31).

²³⁰⁵ C.D.M., art. 55.

²³⁰⁶ C.D.M., art. 53.

²³⁰⁷ C.E., 4 décembre 1985, Rec., p. 755.

²³⁰⁸ C.D.M., art. 2.

²³⁰⁹ C.D.M., art. 38 : "Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriées la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et réconforter son entourage. Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort".

²³¹⁰ C.D.M., art. 37.

²³¹¹ C.D.M., art. 3.

Ils sont tenus tout particulièrement à l'obligation d'assistance à personne en péril²³¹³, dont ils ne peuvent s'exonérer en adressant celle-ci à un confrère²³¹⁴ ou en se bornant à des actes sans efficacité thérapeutique²³¹⁵.

Ils sont soumis à une obligation de prudence, notamment dans l'emploi de thérapeutiques nouvelles. L'utilisation d'un vaccin non autorisé est déontologiquement répréhensible²³¹⁶.

Les médecins doivent tenir pour chaque patient une fiche d'observation, qui leur est personnelle²³¹⁷ et les établissements de santé privés doivent constituer un dossier médical pour chacun de leurs patients²³¹⁸.

Cette obligation liée à l'exercice libéral a son pendant en droit hospitalier. Un dossier médical doit être constitué à l'hôpital sous la responsabilité de l'établissement. Il est la propriété de celui-ci mais, depuis la loi de 2002, ce dossier peut faire l'objet d'une communication **directe** à l'intéressé²³¹⁹.

Ces documents doivent être confidentiels²³²⁰ et sont protégés par les règles relatives au secret médical.

Mais les médecins doivent, à la demande des patients, transmettre à ceux-ci les données qu'ils contiennent²³²¹.

Certes en principe ces informations ne sont pas communicables à des tiers²³²². Cependant si ceux-ci peuvent se prévaloir d'un mandat explicite de l'intéressé, aucun obstacle ne leur est opposable. Tel est le cas de l'avocat du patient et *a fortiori* des parents et proches de celui-ci. En l'absence de mandat, deux cas sont à considérer. Si le patient est en vie, aucune communication n'est possible. S'il est décédé, la

²³¹² C.D.M., art. 4 (et 72-73 visant respectivement le personnel et les documents médicaux).

²³¹³ C.D.M., art. 9.

²³¹⁴ C.E. 12 mars 1976, Rec. p. 154 (sanction d'un "avertissement" concernant un médecin qui se trouvait en consultation et a renvoyé la personne en péril à un confrère installé à proximité, sans s'enquérir de l'état du malade)..

²³¹⁵ C.E., 22 octobre 1952, Rec. p. 456 (sanction d'un "avertissement" concernant un médecin qui était allé visiter un malade dans un état grave sans lui donner les soins nécessaires).

²³¹⁶ C.E. 6 juillet 1951, Rec., p. 397 (trois mois de suspension).

²³¹⁷ C.D.M., art. 45.

²³¹⁸ C.S.P., art. 710-2-1 (établissant par ailleurs une liste *a minima* des pièces constituant le dossier médical).

²³¹⁹ Antérieurement à 2002, l'article L. 1112-1 ancien du C.S.P. prévoyait la communication indirecte à travers un médecin désigné à cet effet par le patient.

²³²⁰ C.D.M., art. 73 et 96.

²³²¹ C.D.M., art. 58.

²³²² Les représentants légaux du patient mineur (ou du majeur protégé) ne sont pas des tiers. Leur droit est d'ailleurs substitué à celui de l'incapable qu'il représente... laquelle ne peut donc obtenir ès-qualité communication de son dossier (M. Dupont, *Le dossier médical*, dans J.-M. Auby (éd. *princeps* par), *Droit médical et hospitalier*, fasc. 9-2 (11, 2001, p. 13).

possibilité d'accès est ouverte en principe aux ayants droit, sauf si le défunt, de son vivant, a refusé l'hypothèse d'une telle communication.

En droit médical privé, aucune disposition impérative n'impose une quelconque durée de conservation du dossier. Mais la prudence la plus élémentaire est de les conserver pendant la durée de recours contentieux.

En droit hospitalier, un arrêté interministériel du 11 mars 1968 prévoit des durées de conservation distinctes selon la nature des dossiers médicaux (au moins vingt ans).

Ils ne doivent pas bénéficier des libéralités des mourants. "Le médecin qui aura traité une personne pendant la maladie dont elle est décédée ne pourra profiter des dispositions entre vifs et testamentaires faites par celle-ci en sa faveur pendant le cours de cette maladie que dans les cas et conditions prévus par la loi"²³²³.

3 - Les obligations à l'égard des autres médecins

Les médecins sont tenus vis à vis de leurs confrères à une obligation de confraternité²³²⁴. Ils se doivent l'assistance mutuelle et ne doivent pas se dénigrer.

Le fait d'adresser publiquement à des confrères des critiques exprimées en des termes injurieux et violents et une (grave) faute disciplinaire (passible de la radiation)²³²⁵. Encore faut-il que les propos n'aient pas été dénaturés²³²⁶. Mais le fait de critiquer -modérément- l'ordre ne constitue pas une faute disciplinaire²³²⁷.

Établir à son cabinet, avec la famille d'un patient décédé une plainte *infondée* à l'encontre de son associé, pour non-assistance à personne en danger, est une faute²³²⁸.

"Le médecin appelé d'urgence auprès d'un malade doit, si celui-ci doit être revu par son médecin traitant ou un autre médecin, rédiger à l'intention de son confrère, un compte-rendu de son intervention et de ses prescriptions, qu'il remet au malade ou adresse directement à son confrère et en informant le malade..."²³²⁹.

²³²³ C.D.M., art. 52., C. civ., art. 909 interdisant aux médecins qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt de profiter de donations ou testaments qu'elle aurait fait en leur faveur pendant le cours de cette maladie.

²³²⁴ C.D.M., art. 56 : "Les médecins doivent entretenir entre eux des rapports de bonne confraternité. Un médecin qui a un différend avec un confrère doit rechercher une conciliation, au besoin par l'intermédiaire du conseil départemental. Les médecins se doivent assistance dans l'adversité".

²³²⁵ C.E., 9 novembre 1951, Rec., p. 523.

²³²⁶ C.E., 4 janvier 1952, Rec., p. 13.

²³²⁷ C.E., 17 mai 1962, Leveau, Rec., p. 1163.

²³²⁸ C.E., 28 avril 2004, n° 256169, Richard L.

²³²⁹ C.D.M., art. 59.

Le détournement de clientèle est une faute disciplinaire²³³⁰, notamment à l'occasion d'un remplacement ou d'une cession de cabinet.

4 - Les obligations à l'égard des autres professionnels

Les médecins doivent entretenir de bons rapports avec les autres professionnels de santé, notamment respecter l'indépendance professionnelle de ceux-ci et le libre choix du patient²³³¹.

En Métropole, depuis la loi du 4 mars 2002 et aux termes de l'actuel article L. 4113-6 du code de la santé publique, il faut rattacher au principe déontologique de l'indépendance professionnelle la loi anti-cadeau qui interdit aux médecins les avantages consentis par les pharmaciens²³³² et surtout par des entreprises assurant les prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale²³³³. Font exceptions les avantages légitimes, liés à des activités de recherche ou d'évaluation scientifique²³³⁴ et les frais "d'hospitalité" liés à des manifestations professionnelles ou scientifiques²³³⁵, étant précisé que les conventions qui les prévoient doivent, avant leur mise en application, être soumises pour avis au C.D.O.M. compétent²³³⁶.

Mais, en Nouvelle-Calédonie, le dispositif rigoureux de l'article L. 4113-6 n'a pas été étendu au territoire par l'ordonnance du 27 février 2003 qui a transposé localement une partie de la loi métropolitaine du 4 mars 2002²³³⁷.

Par ailleurs, à la différence du code métropolitain de 1995, plus restrictif, le code de déontologie calédonien de 1997, admet une rémunération du médecin dès lors qu'elle n'est pas calculée "de

²³³⁰ C.D.M. art. 57 : "Le détournement ou la tentative de détournement de clientèle est interdit".

²³³¹ C.D.M. art. 68.

²³³² C.S.P., art. R. 5051 interdisant aux officinaux, aux grossistes-répartiteurs, aux dépositaires et aux fabricants de produits pharmaceutiques de donner aux médecins et aux autres membres des professions de santé, des primes, des objets quelconques ou des avantages de quelque nature que ce soit, sauf ceux destinés à encourager la recherche et l'enseignement, sous réserve de leur déclaration préalable au ministre chargé de la santé.

²³³³ C.S.P., art. L. 4113-6, al. 1.

²³³⁴ C.S.P., art. L. 4113-6, al. 2.

²³³⁵ C.S.P., art. L. 4113-6, al. 3.

²³³⁶ C.S.P., art. L. 4113-6, al. 4. Ces conventions ne doivent pas prévoir de rémunérations calculées de manière proportionnelle au nombre de prestations ou de produits prescrits, commercialisés ou assurés (C.S.P., art. L. 4113-8).

²³³⁷ O. n° 2003-166 du 27 février 2003, tit. 1°, chap. IV, art. 10 (J.O.R.F., 4 février 2003).

manière proportionnelle au nombre de prestations ou produits prescrits, commercialisés aux assurés"²³³⁸.

II - La panoplie des sanctions ordinales

Les sanctions possibles sont l'avertissement, le blâme²³³⁹, l'interdiction temporaire avec ou sans sursis ou l'interdiction permanente d'exercer une, plusieurs ou la totalité des fonctions médicales du secteur public ou accomplies en application des lois sociales²³⁴⁰, l'interdiction temporaire avec ou sans sursis d'exercer la médecine (pendant un maximum de trois ans)²³⁴¹, radiation du tableau de l'ordre²³⁴². Certes aucune autre sanction (telle qu'une amende) ne peut être infligée à un médecin. Mais le principe de légalité des peines consacré avec rigueur par le droit pénal connaît ici un assouplissement remarquable. En effet le juge a le choix de la peine disciplinaire susceptible de réprimer la faute commise.

Quelques règles gouvernent le droit de la sanction disciplinaire :

Ces sanctions ne peuvent pas être assorties du sursis, sauf l'interdiction temporaire d'exercice, visée par la loi du 4 mars 2002²³⁴³. Elles se cumulent (avec une sanction pénale ou une autre sanction disciplinaire).

Toutefois, lorsqu'il y a cumul de contentieux disciplinaire de droit commun et de contentieux du contrôle technique, il y a non cumul des peines²³⁴⁴.

S'agissant de la radiation, le professionnel qui en a fait l'objet ne peut pas se faire inscrire dans un autre département. Toutefois le médecin frappé d'une radiation a la possibilité d'être relevé de cette sanction après un délai de trois ans à compter de la décision définitive de radiation. En Métropole, la demande est formée par une requête adressée au président du C.D.O.M. intéressé et elle est examinée par le C.R.O.M. qui a prononcé la radiation²³⁴⁵.

²³³⁸ C.D.M., art. 24.

²³³⁹ Ces deux peines comportent la privation de la possibilité de faire partie d'un conseil de l'ordre pendant trois ans.

²³⁴⁰ C.S.P., art. L. 4124-6-3° (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002).

²³⁴¹ C.S.P., art. L. 4124-6-4° (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002). La suspension d'exercice est sans incidence sur l'inscription au tableau (et laisse donc intacte la qualité d'électeur dans les élections ordinales).

²³⁴² C.S.P., anc. art. L. 423.

²³⁴³ C.S.P., art. L. 4124-6-3° (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002).

²³⁴⁴ C.S.S., art. L. 145-2 in fine. Ce qui veut dire que seule la peine la plus légère va s'appliquer.

²³⁴⁵ C.S.P., art. L. 315-1 à 313-3.

§. 2 - Le contentieux particulier du contrôle technique de la sécurité sociale

Un contrôle médical extra-ordinal pèse sur les médecins qui commettraient des abus en matière de soins²³⁴⁶, de prescriptions d'arrêt de travail et d'application de la tarification des actes et autres prestations, au détriment des organismes gérant les assurances maladie, maternité et invalidité²³⁴⁷. Il est organisé par les Caisses au regard des règles définies par les conventions qui régissent les relations des médecins et des organismes concernés. Ce service du contrôle médical rend des *avis* qui s'imposent aux Caisses et aux médecins.

Dans sa rédaction initiale, l'article 315-33 du code de la sécurité sociale -annulé par le Conseil d'État²³⁴⁸- prévoyait la possibilité pour le service du contrôle médical de saisir un *comité médical régional* de cinq membres pouvant demander au médecin le remboursement à la caisse des dépenses indûment supportées par elle, sous le contrôle des juridictions du contentieux général de la sécurité sociale. Cette disposition ayant été abrogée, en cas de manquement du médecin, la compétence échoit à la section des assurances du C.R.O.M., conformément aux articles L. 145-1 et suivants du code de la sécurité sociale²³⁴⁹.

*

Parallèlement à ce contrôle extérieur extra-ordinal, existe un contrôle dévolu à une institution paritaire mixte émanant de l'ordre *et* des organismes sociaux : c'est ce qu'on appelle le contrôle technique.

En Métropole, les juridictions chargées du contentieux particulier du contrôle technique de la sécurité sociale, sont les sections des assurances sociales du C.R.O.M. et du C.N.O.M., qui ont le caractère de juridictions administratives et relèvent donc de l'ordre juridictionnel administratif.

²³⁴⁶ Voir par exemple : C.A. Nouméa, 18 avril 2002, C.A.F.A.T. c./ Dr. M. (inédit) concernant un praticien qui avait déjà été alerté par le contrôle médical paritaire et continuait à pratiquer de nombreux actes (plusieurs dans la journée) non justifiés par l'état clinique des patients concernés (et relevant tous du système du tiers payant).

²³⁴⁷ C.S.S., R.145-17 et 18 ; C.E. (4° et 6° sous-section), 19 juin 2002, *Gaz. Pal. Rec.* 2003, somm. p. 1246, J. n° 84, 25 mars 2003, p. 25.

²³⁴⁸ C.E., 12 juin 1998, Cons. Nat. Ordre des Médecins et autres.

²³⁴⁹ C.E. (4° et 6° sous-sect.), 19 juin 2002, *Gaz. Pal. Rec.* 2003, somm. p. 1246, J., n° 84, 25 mars 2003, p. 25.

La section des assurances du C.R.O.M. a une compétence d'exception pour connaître des "fautes, fraudes et abus et tous faits" commis au préjudice de la sécurité sociale²³⁵⁰.

Chaque section a une composition mixte. Elle regroupe en effet :

- un membre du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel en activité, nommé par le vice-président du Conseil d'État au vu des propositions du président de la Cour administrative d'appel dans le ressort duquel se trouve le siège du Conseil régional remplissant les fonctions de président,
- deux assesseurs médecins membres du Conseil régional proposés par celui-ci,
- deux assesseurs représentant les organismes d'assurance maladie (l'un administrateur de caisse ou agent de direction, l'autre médecin conseil proposé par la Caisse régionale d'assurances maladie intéressée), nommés par le Préfet de région.

La S.A.S. du C.R.O.M. compétente pour connaître en premier ressort d'un litige est celle dans laquelle le praticien exerce son activité²³⁵¹.

Elle dépend par voie d'appel de la S.A.S. du C.N.O.M. dont les décisions sont soumises à un contrôle de cassation exercé par le Conseil d'État.

En Nouvelle-Calédonie, l'organisation du contentieux du contrôle technique résulte désormais de l'ordonnance du 27 février 2003. Les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession, relevés à l'encontre des médecins à l'occasion des soins dispensés ou des prestations servies aux assurés sociaux, sont soumis en première instance à une "section des assurances sociales de la chambre disciplinaire" et, en appel, à une section de la chambre disciplinaire nationale du conseil national de l'ordre des médecins dite : "section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des médecins"²³⁵².

La section des assurances sociales de la chambre disciplinaire de Nouvelle-Calédonie est une juridiction. Elle est présidée par un membre du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel désigné par le vice-président du Conseil d'État. Le cas échéant, deux présidents suppléants peuvent être nommés dans les mêmes conditions. Elle comprend un nombre égal

²³⁵⁰ C.S.S., art. L.145-1 et R.145-1 ss.

²³⁵¹ C.S.S., R.145-17 et 18 ; C.E. (4^o et 6^osous-section), 19 juin 2002, *Gaz. Pal. Rec.* 2003, somm. p. 1246, J. n^o 84, 25 mars 2003, p. 25.

²³⁵² C.S.S., art.L. 146-1 (O. n^o 2003-166 du 27 février 2003 art. 13, J.O.R.F., 1er mars 2003)

d'assesseurs, membres de l'ordre des médecins. Ces derniers sont nommés par le président du tribunal administratif dans le ressort territorial duquel se trouve le siège de la section. Les assesseurs membres de l'ordre sont désignés par les chambres disciplinaires en leur sein²³⁵³.

La section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des médecins est présidée par un conseiller d'État, nommé en même temps qu'un ou plusieurs conseillers d'État suppléants par le garde des sceaux, ministre de la justice. Elle comprend un nombre égal d'assesseurs membres de l'ordre et d'assesseurs représentant des organismes de sécurité sociale. Ces derniers sont nommés par l'autorité compétente de l'État sur proposition de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés. Les assesseurs membres de l'ordre des médecins sont désignés par le conseil national parmi les membres et anciens membres des conseils de l'ordre²³⁵⁴.

On peut dire quelques mots des règles de procédure et de fond qui s'appliquent devant la section des assurances sociales.

Sous-paragraphe 1 - Les règles de procédure

Certes, c'est une procédure écrite et contradictoire, qui se rapproche de la procédure disciplinaire générale.

Cependant, elle comporte des spécificités.

En ce qui concerne la saisine, cette faculté est limitativement ouverte à un certain nombre de personnes :

- les organismes d'assurance-maladie,
- les caisses de mutualité sociale agricole, ou les autres organismes sociaux,
- les directeurs régionaux des affaires sanitaires et sociales,
- certains médecins conseils expressément désignés par les textes,
- les chefs de service régionaux de l'inspection du travail,
- les syndicats de médecin,
- les Conseils départementaux

Pour ce qui a trait à la prescription, les délais ici sont de trois ans, à compter de la date des faits motivant la plainte.

Sous-paragraphe 2 - Les règles de fond

²³⁵³ C.S.S., art.L. 146-6 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 13, J.O.R.F., 1er mars 2003)

²³⁵⁴ C.S.S., art.L. 146-7 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 13, J.O.R.F., 1er mars 2003)

Les faits punissables doivent avoir été commis "à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux". En pratique, il s'agit des abus en matière d'honoraires et des prescriptions abusives.

Les sanctions qui peuvent être prononcées par la section des assurances sociales sont :

- l'avertissement
- le blâme avec ou sans publication²³⁵⁵,
- l'interdiction temporaire ou permanente, avec ou sans sursis, du droit de donner des soins aux assurés sociaux -ce qui équivaut presque à une interdiction d'exercer la médecine²³⁵⁶- avec ou sans publication²³⁵⁷,
- le remboursement à l'assuré du trop perçu en cas d'abus d'honoraires, même s'il n'est prononcé aucune des sanctions prévues ci-dessus²³⁵⁸.

Ces sanctions ne sont pas cumulables avec celles prononcées par la chambre de discipline lorsqu'elles ont été prononcées à l'occasion des mêmes faits²³⁵⁹. Mais elles sont cumulables avec les peines prononcées par les tribunaux répressifs).

Devenues définitives, elles revêtent force exécutoire²³⁶⁰.

L'appréciation à laquelle se livre la section disciplinaire pour décider d'une sanction déterminée n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation²³⁶¹.

²³⁵⁵ Aucun texte ne règlemente cette publication (J.Penneau, *"La responsabilité médicale"*, op.cit., p.117).

²³⁵⁶ Toutefois "après qu'un intervalle de trois ans se sera écoulé depuis une décision définitive d'interdiction permanente du droit de donner des soins aux assurés sociaux, le praticien frappé de cette sanction pourra être relevé de l'incapacité en résultant par une décision de la section des assurances sociales de la chambre disciplinaire de première instance qui a prononcé la sanction" (C.S.S., art. L. 146-3, O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 13, J.O.R.F., 1er mars 2003).

²³⁵⁷ C.S.S., art. L. 146-2 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 13, J.O.R.F., 1er mars 2003).

²³⁵⁸ En outre le praticien qui contrevient à l'interdiction de donner des soins à un assuré social est tenu de rembourser à la Caisse de sécurité sociale le montant des prestations qu'elle a versées à l'assuré du fait des prescriptions de ce praticien (J. Penneau, op. cit., p. 117).

²³⁵⁹ C.S.S., art. L. 146-2 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 13, J.O.R.F., 1er mars 2003) : "Les sanctions prévues au présent article ne sont pas cumulables avec les peines prévues aux articles L. 4124-6, L. 4234-6, L. 4441-10 ou L. 4443-4 du code de la santé publique lorsqu'elles ont été prononcées à l'occasion des mêmes faits. Si les juridictions compétentes prononcent des sanctions différentes, la sanction la plus forte peut être seule mise à exécution".

²³⁶⁰ C.S.S., art. L. 146-2 (O. n° 2003-166 du 27 février 2003 art. 13, J.O.R.F., 1er mars 2003).

²³⁶¹ C.E., 7 décembre 1984, Rec. p. 411.

SECTION 3 LA RESPONSABILITE ADMINISTRATIVE

(G. Agniel, N. Bescond)

Aborder la notion de responsabilité administrative en matière de service public hospitalier nécessite une importante précision liminaire : le développement de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de responsabilité a permis au médecin hospitalier de bénéficier d'une véritable irresponsabilité devant la juridiction administrative, puisqu'il ne peut être personnellement poursuivi devant le tribunal administratif. L'hôpital public est en effet une structure administrative dont l'objet, qui a longtemps été d'abord d'hébergement, est aujourd'hui complété par l'activité thérapeutique. Cependant, l'acte thérapeutique, qui s'inscrit dans la mission de santé des pouvoirs publics, n'est pas réductible à l'acte administratif de droit commun : il ne se différencie pas de l'acte accompli par le médecin privé et il est soumis à des règles particulières d'ordre technique et éthiques, dont notamment, l'indépendance du praticien. En cas de préjudice causé au patient, c'est le service public hospitalier qui sera considéré comme responsable, sauf si l'acte dommageable peut être considéré comme "détachable" du service. La responsabilité du médecin pourra alors être engagée sur le fondement de la faute personnelle, pour laquelle les tribunaux judiciaires sont compétents. Le présent développement traitera donc de la responsabilité du service public hospitalier telle qu'elle peut être engagée par les actes du praticien.

En ce qui concerne les règles applicables en matière de responsabilité administrative, elles sont déterminées par trois grands principes :

1. Il convient tout d'abord de rechercher si l'acte incriminé peut être rattaché ou non au fonctionnement du service public hospitalier. Dans la négative, la responsabilité administrative du service public n'est pas engagée et le médecin sera alors poursuivi devant les tribunaux judiciaires.

2. Les soins courants doivent être distingués des actes médicaux. Les premiers relèvent de l'organisation du service, tandis que les seconds relèvent de l'activité médicale proprement dite.

3. Enfin, depuis le revirement jurisprudentiel du 10 avril 1992²³⁶², il n'est plus nécessaire qu'une faute lourde ait été commise pour que la responsabilité d'un hôpital soit engagée en raison d'un dommage consécutif à un acte médical. Plus même, cette responsabilité pourra jouer, sous certaines conditions, en l'absence même de faute.

²³⁶² C.E. n° 79027 du 10 avril 1992, époux V. Voir notamment les conclusions du commissaire du gouvernement Legal, A.J.D.A. 1992, n° 5, pages 355 et suivantes.

§ 1 - La responsabilité de l'hôpital public : uniquement si l'acte médical peut être rattaché au fonctionnement du service public

La responsabilité de l'hôpital public est engagée par les actes fautifs des agents hospitaliers, mais à condition que ces actes lui soient imputables en raison d'un manquement à ses obligations de service public. En revanche, il en sera exonéré dans deux hypothèses :

- lorsque le médecin a fait admettre le patient à titre privé : il est alors considéré comme médecin libéral ayant contracté avec le malade.

- lorsque le médecin commet une faute personnelle "détachable" du service public.

§ 2 - L'exercice privé de la médecine par un médecin agent du service public

En application des dispositions de l'ordonnance du 11 décembre 1958, complétée par les lois du 31 décembre 1970 et du 31 juillet 1991, les médecins peuvent disposer, dans les hôpitaux publics, de lits pour leur clientèle personnelle²³⁶³. De même, le médecin agent du service public peut recevoir des malades en consultation privée.

Concrètement, cela signifie que le médecin bénéficie des installations médico-techniques de l'hôpital. Dans cette hypothèse, les rapports entre le médecin et son patient et entre le médecin et l'hôpital sont différents de ceux qui existent lorsque le médecin est considéré comme agent du service public hospitalier. Ainsi :

I - Les rapports avec le patient relèvent d'un contrat de droit privé et le médecin est réputé intervenir comme praticien libéral.

II - La relation entre le médecin et l'hôpital relève d'un contrat de droit public. Ce contrat fixe les modalités de l'exercice de l'activité du praticien libéral et notamment le montant de la redevance qu'il devra verser en contrepartie de l'utilisation du plateau technique et du personnel de l'hôpital.

Il est donc impératif d'identifier avec précision à quel titre le médecin intervient dans l'établissement public car cela détermine la règle de responsabilité applicable et le tribunal qui sera compétent en cas de dommages dont se prévaudrait le patient. Le Conseil d'État a

²³⁶³ Cf l'article 12 du décret du 24 septembre 1960 qui dispose que les médecins, chirurgiens et spécialistes qui exercent leurs fonctions à temps plein dans un centre hospitalier et universitaire peuvent "*faire admettre des malades à l'hôpital à titre privé et à les y traiter*" et qu'ils sont "*pour cette partie de leurs activités, rémunérés directement par les malades*".

posé des principes clairs dans l'arrêt du 9 avril 1986²³⁶⁴ : les malades admis dans un établissement hospitalier à titre privé ne peuvent pas mettre en cause la responsabilité de l'hôpital pour des dommages qu'ils auraient subi "*lorsque ces dommages trouvent leur origine dans un agissement prétendument fautif²³⁶⁵ imputé aux médecins, chirurgiens ou spécialistes auxquels ces malades ses sont confiés*". La responsabilité de l'hôpital sera en revanche engagée s'il est prouvé que "*ces dommages ont pour cause un mauvais fonctionnement du service public résultant :*

I - Soit d'une mauvaise installation des locaux ;

II - Soit d'un matériel défectueux ;

III - Soit d'une faute commise par un membre du personnel auxiliaire de l'hôpital mis à la disposition des médecins, chirurgiens et spécialistes".

La notion de faute commise par un membre du personnel mis à disposition du praticien a été précisée par le même arrêt : il doit s'agir d'un "*acte de soin courant et de caractère bénin* ».

§ 3 - Le mécanisme de la responsabilité lorsque le praticien agit en qualité d'agent public

La responsabilité ne sera donc appréciée par le juge administratif que dans un nombre limité d'hypothèses et il est important de rappeler que ce n'est pas la responsabilité personnelle du praticien qui est recherchée, mais celle de l'hôpital, la responsabilité du praticien n'étant engagée qu'en cas de faute personnelle détachable du service public.

Cette distinction entre la faute personnelle et la faute de service est très ancienne²³⁶⁶ : si l'acte à l'origine du dommage révèle non pas "*un administrateur, plus ou moins sujet à erreur*" mais au contraire "*l'homme, avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences*", l'acte est alors imputable au fonctionnaire et non à la fonction²³⁶⁷.

La qualification de la faute commise est donc essentielle. On relèvera cependant que la jurisprudence ne reconnaît que très rarement la responsabilité personnelle du médecin comme le prouve l'examen des décisions des cours administratives d'appel et du Conseil d'État. Cette tendance, qui est générale en matière de responsabilité

²³⁶⁴ C.E. n° 43699 du 9 avril 1986, "Monsieur L.", inédit.

²³⁶⁵ En l'espèce, le patient avait subi une opération à l'estomac au cours de laquelle il avait souffert d'une "brûlure d'origine électrique au cuir chevelu, ayant entraîné la destruction d'implants capillaires greffés plusieurs années auparavant ainsi que d'insensibilité de deux doigts de la main gauche".

²³⁶⁶ T.C. 5 mai 1877, *Laumonnier-Carriol*.

²³⁶⁷ Laferrière, conclusions sur *Laumonnier-Carriol*

administrative pour faute, vise à garantir les victimes en cas de cumul de fautes, car l'indemnisation du dommage par l'auteur de l'acte se heurte souvent aux limites de la solvabilité de ce dernier. Pour pallier cet inconvénient, depuis le début du siècle dernier²³⁶⁸, la victime ou ses ayants droit peut s'adresser au juge administratif si la faute personnelle et la faute de service ont cumulé leurs effets. Quelques années plus tard²³⁶⁹, un nouvel assouplissement sera apporté en décidant qu'un fait dommageable peut avoir à son origine une faute composite : même si la faute personnelle semble prédominante, elle n'est pas entièrement détachable du service selon la formule du commissaire du Gouvernement "*la faute se détache peut-être du service (...) mais le service ne se détache pas de la faute*"²³⁷⁰.

Au titre de la faute personnelle, détachable du service public et entraînant la mise en cause de la responsabilité du praticien, on peut citer trois cas d'espèce : dans le premier²³⁷¹, une personne avait été blessée par balle à l'abdomen ; admise à l'hôpital elle y a reçu des premiers soins par l'interne de garde au service des urgences. Celui-ci, constatant l'état inquiétant de l'intéressée, a appelé à deux reprises le chirurgien de garde afin de pratiquer les soins chirurgicaux qui s'imposaient. Or ce chirurgien ayant décidé d'assurer la nuit de service de garde à son domicile et non au sein de l'établissement devait refuser de se déplacer, n'estimant pas que la gravité de l'état de la patiente nécessitait une intervention d'urgence. Le Conseil d'État a estimé que le fait de laisser le choix d'assurer la garde à domicile ou au sein de l'établissement ne constituait pas une faute dans l'organisation du service et que l'entière responsabilité de la mort de l'intéressée résultait du refus du chirurgien de se déplacer, refus constitutif d'une faute personnelle justement sanctionnée au pénal.

Dans la deuxième affaire²³⁷², plus récente, le contexte de la faute est presque semblable : le chef du service de la maternité avait reçu en consultation privée une femme enceinte et avait conservé son dossier sans le transmettre à l'hôpital. Le docteur H., médecin gynécologue du centre hospitalier, qui était de garde à son domicile, est averti à 23 h 00 par la sage-femme de service qui lui fournit des indications détaillées sur l'état inquiétant de la parturiente. Selon les experts, ces informations permettaient au Dr H. "d'apprécier l'imminence du danger pour la mère et l'enfant et l'urgence d'intervenir immédiatement" ; or, le Dr H. se contente de prescrire une médication et ne pratiquera une césarienne que le lendemain matin, ce qui causera à l'enfant des préjudices. Pour sa défense, le gynécologue

²³⁶⁸ C.E. 3 février 1911, Anguet.

²³⁶⁹ C.E. 26 juillet 1918, Époux Lemonnier.

²³⁷⁰ Léon Blum, conclusions sur C.E. époux Lemonnier

²³⁷¹ C.E. n° 63930 du 4 juillet 1990, *Le sou médical*.

²³⁷² C.A.A. Bordeaux, n° 97BX00510 du 14 mai 2001, Dr H...

devait invoquer la faute de service et la faute d'organisation du service en s'appuyant sur le fait que, d'une part, la sage-femme ne l'avait pas rappelé après la médication qu'il avait prescrite et que, d'autre part, il y avait une insuffisance du nombre de médecins dans le service de la maternité, ce qui, en entraînant une multiplication des gardes à sa charge, était à l'origine d'une déficience physique dont il souffrait. La Cour administrative d'appel ne l'a pas suivi, pas plus qu'elle n'a accepté son argumentation selon laquelle le dossier de l'intéressée n'ayant pas été transmis à l'hôpital, il ne pouvait juger de l'urgence de l'intervention et elle a donc reconnu sa faute personnelle.

Enfin, dans le troisième cas ²³⁷³, un patient admis dans un service de radiologie avait fait l'objet d'un choc septique après s'être vu injecter, par erreur, de l'eau non stérile contenue dans une seringue. Le chef du service de radiologie avait été informé des faits le 29 juillet mais il attendra le 1^{er} août pour en informer les praticiens qui recherchaient la cause du choc septique et de la détresse respiratoire aiguë. Le Conseil d'État estime qu'il s'agit là d'un comportement inexcusable au regard de la déontologie de la profession, constitutif d'une faute personnelle, "*alors même que les faits reprochés avaient été commis dans le cadre du service et qu'ils auraient pu être invoqués par le patient à l'appui d'une action en responsabilité devant la juridiction administrative*".

Il ne faut cependant pas en déduire de règles trop générales, notamment que le refus de se déplacer est automatiquement constitutif d'une faute personnelle. La juridiction apprécie au cas par cas et il semble que la tendance (constante en matière de responsabilité administrative) à garantir la victime joue à plein en matière de responsabilité administrative. Ainsi, sur les dix dernières années, on peut relever trois espèces allant dans ce sens :

I - Un gynécologue obstétricien, de garde à son domicile, est informé à deux reprises par une sage-femme du centre hospitalier des symptômes inquiétants présentés par une patiente en début de travail d'accouchement. Il décide de ne pas se déplacer et ordonne un traitement anti-infectieux pensant ainsi éviter les risques pour elle et son enfant à naître. La césarienne nécessaire ne sera donc réalisée qu'avec retard, entraînant un handicap pour l'enfant. Le médecin a été condamné au pénal pour la faute commise et le centre hospitalier a voulu s'exonérer de sa responsabilité administrative vis-à-vis des parents en invoquant la faute personnelle détachable du service, mais la Cour administrative d'appel de Lyon²³⁷⁴ a considéré qu'en dépit de la condamnation pénale, la responsabilité du centre hospitalier était engagée en raison d'une faute non détachable du service.

²³⁷³ C.E. n° 213931 du 28 décembre 2001, Pr. V...

²³⁷⁴ C.A.A. Lyon, n° 97LY00579 du 24 novembre 1998, *Centre hospitalier de Valence*.

II - Une patiente atteinte d'une crise de coliques néphrétiques est hospitalisée au service des urgences. Les soins et traitements qui lui sont dispensés sont adaptés à son état mais ils le sont trop tardivement (deux jours après son admission), ce qui entraîne son décès à la suite d'un choc septique. Le centre hospitalier de Tourcoing reconnaît l'existence d'une faute médicale mais l'impute uniquement et personnellement au médecin anesthésiste de garde, lequel ne s'était pas déplacé et n'avait donc pas décidé le transfert de la patiente en réanimation. La Cour administrative d'appel de Douai²³⁷⁵ estime que le décès provient non seulement de la faute du praticien mais également d'un défaut dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier et retient donc la responsabilité administrative de l'établissement.

III - Un médecin en chef du service de santé des armées, en fonction dans une circonscription médico-sociale de Nouvelle-Calédonie, a examiné une patiente et, ne jugeant pas son état alarmant, l'a laissé regagner son domicile. Alerté durant la nuit de l'absence d'amélioration de l'état de la personne, puis averti le lendemain matin de la présence de celle-ci au dispensaire, il n'a pas estimé nécessaire de réexaminer lui-même la patiente ni de modifier les soins prescrits. La patiente devait mourir le lendemain. La Cour d'appel de Nouméa a reconnu le médecin coupable de non-assistance à personne en péril et le tribunal administratif a condamné la Province à verser des indemnités aux ayants droit de la défunte. La Province a tenté d'obtenir le remboursement des sommes qu'elle avait versé en émettant un titre de perception à l'encontre du médecin (action récursoire). Elle n'a pu obtenir satisfaction car le Conseil d'État a estimé que la faute médicale commise "ne se détache pas des fonctions exercées au dispensaire provincial"²³⁷⁶.

Le comportement personnel du médecin joue donc un rôle dans la détermination des règles de responsabilité, même si cela aboutit rarement à l'irresponsabilité de l'hôpital public.

§ 4 - La détermination de la nature de l'acte engageant la responsabilité de l'hôpital public

L'acte incriminé, qui engage la responsabilité de la personne publique, doit être un acte médical fautif ou, depuis 1993²³⁷⁷, un acte non fautif dans l'hypothèse d'un risque exceptionnel. Cette faute peut résulter soit de l'activité médicale elle-même, soit de l'organisation ou du fonctionnement du service hospitalier. Cet acte se distingue de l'acte de soins courants, dont la difficulté est moindre. La distinction a

²³⁷⁵ C.A.A. Douai, n° 01DA00824 du 6 mai 2003, *Centre Hospitalier de Tourcoing*.

²³⁷⁶ C.E. n° 224330 du 3 novembre 2003, *M. X...*

²³⁷⁷ C.E. 9 avril 1993, *Bianchi*.

été posé par le Conseil d'État il y a presque un demi-siècle²³⁷⁸ : l'acte de soins peut être exécuté sans l'intervention ou la surveillance personnelle d'un médecin, alors que l'acte médical est réservé au médecin ou à un auxiliaire médical agissant sous sa surveillance. Ainsi que le précisait le Commissaire du gouvernement, les actes médicaux sont "tous les actes, qu'ils soient intellectuels ou matériels, dont l'accomplissement présente des difficultés sérieuses et requiert des connaissances spéciales acquises au prix d'études prolongées. N'est pas médical l'acte de pratique courante qui peut sans inconvénient être confié à un auxiliaire de moindre qualification"²³⁷⁹.

L'activité médicale fautive est une notion qu'il convient de préciser. Jusqu'à l'arrêt du 10 avril 1992, une faute lourde était exigée pour engager la responsabilité de l'hôpital dans le domaine de l'activité médicale. Pour autant, il est difficile de cerner la notion de faute lourde, ainsi que le constate le professeur R. Chapus pour qui entreprendre de la définir aboutit à conclure "par cette belle formule que la faute lourde est une faute plus grave que la faute simple". Il appartiendra au juge d'apprécier et de qualifier la faute lourde. La jurisprudence du Conseil d'État ne met cependant en évidence aucun critère objectif et semble essentiellement consister à affirmer que l'acte n'est pas constitutif d'une faute lourde ou bien suivre le rapport d'expertise demandé au cours de l'instruction²³⁸⁰. On peut néanmoins estimer que la faute lourde consiste en une erreur grossière dans l'accomplissement de l'acte médical ou encore révèle une carence professionnelle au moment du diagnostic ou du traitement. Il convient cependant de préciser que l'erreur de diagnostic n'est pas assimilée à une faute lourde sauf si l'examen médical a été insuffisant²³⁸¹, défectueux ou non effectué²³⁸².

La décision du 10 avril 1992 concerne l'indemnisation d'une anoxie cérébrale à la suite d'un arrêt cardiaque survenu au cours d'une césarienne. L'examen des faits et décisions ne met pas en lumière un élément qui soit massivement et indiscutablement fautif et, comme l'indique le commissaire du gouvernement, "si faute il y a, elle résulte de l'enchaînement d'une série d'imprudences, d'imprévisions et

²³⁷⁸ C.E. 26 juin 1959, *Rouzet*, Recueil page 405.

²³⁷⁹ Conclusions du commissaire du gouvernement Jacques Fournier sur C.E. 26 juin 1959.

²³⁸⁰ Ainsi : "la responsabilité du centre hospitalier de Remiremont ne saurait être engagée à l'égard de l'intéressée que sur le fondement d'une faute lourde commise par le chirurgien; considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'expertise, que la lésion de l'uretère qui s'est produite au cours de l'intervention n'a pas été le résultat d'une faute de cette nature et que les interventions ultérieures ont été pratiquées selon les règles de l'art", C.E. n° 39529 du 6 mai 1985.

²³⁸¹ En matière d'examen radiologique insuffisant : C.E. 22 novembre 1967, *Crobrini*, recueil page 439.

²³⁸² C.E. 1^{er} décembre 1^{er} décembre 1978, *Artéon*, Dalloz 1979 page 330

d'erreur médicales agissant par leur effets conjugués"²³⁸³. Selon les rapports des experts, les dommages subis par la patiente provenaient du choix d'un protocole d'anesthésie aux effets hypotenseurs reconnus, le risque d'accident circulatoire ayant été accru par l'administration consécutive de deux produits hypotenseurs, alors qu'une alerte tensionnelle avait été enregistrée après la première. Le tout étant aggravé par une perfusion de plasma à une température très inférieure à celle du corps. Jusqu'alors, les dommages imputables à un protocole d'anesthésie en matière de chirurgie obstétrique ne donnaient droit à indemnisation qu'en cas de faute médicale lourde. Or, comme le fait remarquer le Commissaire du gouvernement, une suite d'erreurs ou d'imprudences peut constituer une faute simple, et un ensemble de comportements fautifs une faute lourde, mais les éléments de l'espèce ne permettaient pas de qualifier les faits de faute lourde. La solution proposée, et retenue par le Conseil d'État, fut d'abandonner la recherche de la faute lourde pour estimer que la responsabilité de l'établissement hospitalier était engagée dès lors qu'une faute médicale pouvait être prouvée.

Cette décision posait donc la distinction entre **l'erreur non fautive** (une faute isolée, une maladresse légère ou une imprudence minime trouvant sa source dans une situation d'urgence), qui n'engage pas la responsabilité pécuniaire de l'établissement hospitalier et **la faute**, constituée par l'option ou le geste clairement contraire aux règles de l'art. Une jurisprudence postérieure abondante est venue préciser le contenu de cette notion. Ainsi on relèvera :

- Des erreurs techniques comme une ablation trop importante de l'exostose et une correction excessive des métatarses²³⁸⁴, pose d'un cathéter jugulaire dans l'artère carotide droite²³⁸⁵, non respect des règles de l'art dans l'injection d'un corticoïde ayant entraîné une paraplégie subaiguë²³⁸⁶.

- La méconnaissance, au cours d'une séance de dilatation de l'oesophage, des règles habituelles d'emploi des sondes utilisées²³⁸⁷.

- Le retard ou l'erreur de diagnostic²³⁸⁸. Le juge administratif apprécie cependant les conditions et les difficultés de l'établissement du diagnostic pour déterminer si la faute médicale est constituée ou non.

²³⁸³ Conclusions du commissaire du Gouvernement Legal, A.J.D.A. 1992, pages 355 et suivantes

²³⁸⁴ C.A.A. Paris n° 96PA04653 du 22 septembre 1998, *Lyscar*.

²³⁸⁵ C.E. 30 juin 1999, *Lachaud*.

²³⁸⁶ C.A.A. Bordeaux, n° 96 BX01266 du 15 février 1999, *Cauhape*.

²³⁸⁷ C.A.A. Nantes, n° 94NT00534 du 30 octobre 1997, *Ali Abdelkader*.

²³⁸⁸ C.A.A. Nancy n° 95NC00066 du 4 mai 1999 et T.A. Rennes 16 juin 1999, *Watrin*

- L'erreur de choix thérapeutique²³⁸⁹ : la Cour, dans cette espèce, a indiqué que l'opération pratiquée "résulte du choix du chirurgien de pratiquer une hypercorrection qui n'était pas nécessaire ; que ce choix thérapeutique erroné est constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier de Valenciennes et ce alors même que l'opération aurait été effectuée dans les règles de l'art, conformément aux connaissances scientifiques de l'époque, et que l'intervention se présentait comme délicate à raison de l'obésité de l'intéressée".

On rappellera cependant que la responsabilité de l'hôpital sera exonérée en cas de faute médicale :

I- Dans l'hypothèse où le médecin exerce en secteur privé de l'hôpital : si le préjudice est dû à l'acte médical, le médecin est responsable ; mais si le dommage est dû à un défaut d'organisation ou de fonctionnement ou à une faute du personnel, la responsabilité de l'hôpital peut être engagée.

II- Dans l'hypothèse où le médecin exerce en secteur public de l'hôpital : le médecin est responsable s'il a commis "une faute personnelle détachable du service", faute que la Cour de cassation a défini comme celle "qui révèle un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique"²³⁹⁰.

Cette évolution de la jurisprudence ne modifiait pas le concept de faute médicale : l'obligation de moyens n'est pas pour autant transformée en obligation de résultat et la faute médicale continue à être une faute spécifique, régie par les lois particulières de la discipline. Cependant elle ouvrait la voie à une novation importante, puisque, dès l'année suivante, le Conseil d'État introduisait la responsabilité sans faute dans l'hypothèse d'un risque exceptionnel. En effet dans un arrêt du 9 avril 1993, la Haute Cour énonçait : "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 client comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité"²³⁹¹.

On notera que le Conseil d'État s'est livré dans ce considérant à une recherche de la précision qui lui est peu habituel. Cela rend très strictes les conditions d'engagement de la responsabilité :

²³⁸⁹ C.A.A. Nancy n° 95NC00069 du 3 décembre 1998, Centre hospitalier de Valenciennes.

²³⁹⁰ Cassation criminelle, 2 avril 1992, *Dr. H.*

²³⁹¹ C.E. n°69336 du 9 avril 1993, *Bianchi*.

- III- Existence d'un risque connu
- IV- Dommage d'une exceptionnelle gravité
- V- Preuve du lien de causalité entre l'acte médical et le dommage subi
- VI- Spécialité du préjudice.

*

**

À titre de conclusion sur cette troisième partie, on notera que le système français actuel, comme la plupart des droits occidentaux, a privilégié la responsabilité sur la garantie -à la différence du système néo-zélandais depuis le *Compensation Act* de 1972²³⁹²- et la responsabilité pour faute sur la responsabilité pour risque.

Il apparaît tempéré dans ses solutions (moins systématiquement favorables aux patients que le système des États-Unis d'Amérique).

À ce sujet, il faudrait d'ailleurs ne pas exagérer le nombre de poursuites atteignant chaque année les médecins. Certes il existe sur un temps long une tendance historique à la hausse. Toutefois, les statistiques métropolitaines, dont on dispose, invitent à introduire de la nuance. Le nombre de demandes d'indemnisation en responsabilité civile a doublé entre 1992 et 1998²³⁹³. Mais elles représentent peu de choses en chiffres absolus et même en pourcentages. Sur l'exercice 1998 du GAMM²³⁹⁴, M. Sicot dénombrait 241 plaintes pénales²³⁹⁵, alors que les compagnies concernées couvraient 119.318 médecins accomplissant, en 1991, 365 millions d'actes médicaux annuels²³⁹⁶, puis, en 1999, environ huit cents millions d'actes²³⁹⁷. Sur l'exercice 1999, parmi les 2244 déclarations d'accidents corporels recensées,

²³⁹² A. Leca, *"La réparation des dommages médicaux en Nouvelle-Zélande et en France : étude comparative des lois françaises des 4 mars/ 30 décembre 2002 et de l'Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Amendment Act 2005"*, Revue Juridique politique et économique de Nouvelle-Calédonie, 2005 n° 6, (À paraître).

²³⁹³ *"Droit des victimes et responsabilité médicale : vers une solution législative"*, Colloque organisé en novembre 1999 à l'Assemblée nationale par Claude Huriet et Claude Evin, compte-rendu édité par M.& M.Conseil, 13 rue du 4-Septembre, 75002 Paris, p. 36. Entre 1985 et 2002, les sinistres corporels déclarés à la MACSF et au Sou Médical ont plus que doublé (L'Argus de l'Assurance, 12 décembre 2003).

²³⁹⁴ Le Groupe d'assurances mutuelles médicales (Sou médical et MASCF) couvre la RCP de plus de 200.000 sociétaires dont environ 120.000 médecins libéraux ce qui représente 60% des médecins libéraux et 2/3 des praticiens en activité sous les différents statuts, libéraux, hospitaliers et salariés (C. Evin, *"L'indemnisation des accidents médicaux"*, R.G.D.M. n° 6, 2001, pp. 73-74).

²³⁹⁵ Conc. Méd., septembre 1999.

²³⁹⁶ J. Pouletty et Ph. Saricat, *"La responsabilité civile professionnelle médicale : une approche statistique"*, Risques, n°6/juin 1991, 47.

²³⁹⁷ Pdt Glorion, intervention au colloque IRH, *"L'éthique de l'information médicale des patients hospitalisés"*, Paris, 29 juin 2000.

20 % sont restées sans suite²³⁹⁸, 249 ont abouti à une plainte pénale²³⁹⁹, 334 à une plainte ordinale, 570 ont fait l'objet d'une assignation en référé²⁴⁰⁰. C'est très peu de chose parmi les millions d'actes médicaux pratiqués annuellement en France. Globalement, le contentieux de l'activité médicale reste un fait marginal, si on le met en relation au volume de l'activité médicale française²⁴⁰¹. D'autant que les litiges concernent très peu la médecine de ville. Les cinq spécialités les plus concernées par le montant global des indemnités versées sont par ordre décroissant la chirurgie esthétique, la chirurgie générale, l'anesthésie réanimation, la gynécologie obstétrique et la radiologie²⁴⁰². Ce qui explique les hausses des primes d'assurances²⁴⁰³, qui, même si elles ne sont pas usurpées²⁴⁰⁴, sont particulièrement mal

²³⁹⁸ "Conférence des A.R.A.P.L. Responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé", Bulletin n° 54, septembre 2001, p. 5.

²³⁹⁹ Seulement 14,6% des actions pénales (contre 20,2% des actions intentées devant les juridictions civiles) ont entraîné la condamnation de praticiens (*ibid.*, p. 5).

²⁴⁰⁰ C. Evin, "L'indemnisation des accidents médicaux", R.G.D.M. n° 6, 2001, pp. 73-74).

²⁴⁰¹ Sur ce point tous les auteurs ont des points de vue convergents (voir par ex. G. Mémeteau, "Traité de la responsabilité médicale", op. cit, p. 13 ; C. Esper, "Responsabilité et accident médical", dans "L'exercice médical dans la santé", Conseil national de l'Ordre des Médecins, 1995 ; A. Garay, "L'avocat, menace pour l'exercice médical ? ", R.G.D.M. n° 11, 2003, p. 128).

²⁴⁰² "Conférence des A.R.A.P.L. Responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé", Bulletin n° 54, septembre 2001, p.5.

²⁴⁰³ Pour donner un exemple concret, en septembre 2001 un gynécologue-obstétricien libéral, qui n'avait jamais eu de contentieux et qui payait 29.000 F d'assurances, a vu son contrat résilié par AGF Courtaige. La seule compagnie qui a accepté de couvrir son activité obstétricale en 2002 lui a proposé une cotisation de 87.000 F l'an ("Le Monde", 15 janvier 2002, p. 13). Au lendemain de l'affaire Lionel (Cass. ass. plén., 28 novembre 2001, Gaz. Pal., 5-6 décembre 2001), M. Nicolas Gombaud, Directeur du *Sou médical*, a indiqué que les tarifs pour un radiologue pratiquant l'échographie foetale, qui étaient d'environ 3000 F par an ("Le Monde", 30 novembre 2001, p.13) devraient être désormais multipliés par huit ou dix, ce qui préfigurerait une dérive des primes "à l'américaine". Ainsi, aux États-Unis, depuis 2002, les médecins ont subi des augmentations de primes pouvant atteindre 70%, voire plus pour les spécialistes des pathologies les plus lourdes, notamment les gynécologues-obstétriciens. L'*American Medical Association* (AMA), indique que dans l'État de Floride, la prime RC peut atteindre 210 000 \$ par an (Lee Coppack "La dérive de la RC médicale américaine coûte cher aux salariés et aux sociétés", L'Argus de l'Assurance n° 6820 du 7 février 2003, p. 11). En 2002, la prime d'assurance moyenne d'un généraliste était de 56.153 \$ (le double du montant moyen en 1999). Pour un obstétricien la facture grimpeait à 201.376 \$ par an, ce qui est très élevé malgré des prix de consultation à 400 \$ et plus (pour des spécialistes à Manhattan) (N. Barré, "L'enfer judiciaire américain", dans "Les Echos", 19 novembre 2003, p. 9). Sur ces questions, cf. J.F. Abeille et A. Leca (dir.), "L'indemnisation et l'assurabilité du risque médical", C.D.S.S., n° 4, Aix-en-Provence, 2005 (À paraître).

²⁴⁰⁴ Il faut savoir que la responsabilité civile professionnelle est pour les assureurs un poste déficitaire, du fait de l'explosion des sommes allouées par les tribunaux au titre des dommages-intérêts. D'ailleurs, le nombre de compagnies et de mutuelles professionnelles assurant le risque médical s'est drastiquement réduit. En 2001, les

ressenties par les gynécologues-obstétriciens dont les conditions de travail sont dures et dont les revenus se situent aujourd'hui dans la petite moyenne des spécialités médicales²⁴⁰⁵.

En réalité, statistiquement, l'essentiel du contentieux auquel les médecins sont confrontés ne concerne pas le domaine de la responsabilité mais ... les litiges d'ordre contractuel entre médecins, autres professionnels de santé et cliniques.

résultats IARD (Incendie Accidents Risques divers) des autres ont été éloquentes. C'est ainsi que la *Médicale de France* (qui est une société anonyme) a eu un rapport sinistre à prime général de 81,5%, c'est à dire que lorsqu'elle avait encaissé 100 euros de prime, elle avait décaissé 81,5 euros de sinistre. Et lorsqu'on passait au secteur spécifique RC, le même rapport s'élevait à 111,6% (*"L'Argus de l'Assurance"*, supplément au n° 6766 du 21 décembre 2001, p. 68). La MACSF quant à elle avait un rapport sinistre à prime toutes branches confondues de 83,1% et un rapport sinistre à prime de sa RC de 233,6% (*ibid.*, p. 64). Pour l'ensemble de la branche RC médicale, le rapport sinistre à prime a crû de 15 points entre 1999 et 2000 (*"L'Argus de l'Assurance"*, n° 6795, 19 juillet 2002, p. 9).

²⁴⁰⁵ Selon la CNAM, le revenu moyen par médecin en 2000 dissimulait de grandes disparités :

Radiologues : 187 462 euros	Anesthésistes : 121 600	Chirurgiens : 115 253
Cardiologues : 94 437	Ophtalmologues 90 237	Stomatologues : 81 925
Gastro-entérologues : 81 140	ORL : 72 225	Gynécologues : 69 635
Pneumologues 63 450	Rhumatologues : 58 397	Dermatologues : 52 825
Pédiatres : 50 501	Psychiatres : 49 916	

(*"Le Monde"*, 14 mars 2003, p. 10).

GLOSSAIRE

Aléa thérapeutique : "Événement dommageable survenu au patient sans qu'une maladresse et plus généralement une faute quelconque puisse être imputée au praticien et sans que ce dommage se relie à l'état initial du patient ou à son évolution prévisible"²⁴⁰⁶.

Ambulatoire (se dit d'un traitement ou de l'exercice de la médecine) : Qui peut être pratiqué sans hospitalisation.

Auxiliaire médical : Aucun texte ne donne de définition précise de ce terme. Cependant le livre IV, titre IV du CSP y fait entrer les professions suivantes : infirmier et infirmière, masseur-kinésithérapeute, pédicure-podologue, diététicien, manipulateur d'électroradiologie médicale, opticien-lunetier, audioprothésiste, ergothérapeute (professionnel de la réadaptation sociale par l'activité physique, spécialement le travail manuel), psychomotricien, orthophoniste (spécialisé dans la rééducation du langage, en particulier de la prononciation) et orthoptiste (professionnel de la rééducation de certains défauts de l'oeil, comme le strabisme).

Bacille de Calmette et Guérin (B.C.G.) : Vaccination appliquée pour la première fois chez l'homme en 1921 (et rendue obligatoire en France par la loi du 5 janvier 1950).

Carte sanitaire et schéma d'organisation sanitaire territoriale : Documents fixés par le Congrès du Territoire ayant pour objet de déterminer les évolutions de l'offre de soins en vue de satisfaire de manière optimale la demande de santé de la population²⁴⁰⁷.

Chiropraxie : Sciences des manipulations vertébrales née aux États-Unis et introduite en France vers 1945. Mais les chiropracteurs ne reçurent le droit d'exercer qu'avec la loi du 4 mars 2002 (art. 75). Pas plus que les ostéopathes, ils ne figurent dans les professions paramédicales regroupées dans le Conseil créé par ladite loi (C.S.P., art. L. 4391-1).

Clause de conscience : Faculté pour le médecin de se refuser d'accomplir un acte médical qui, bien qu'autorisé par la loi, est contraire à ses convictions éthiques ou religieuses.

²⁴⁰⁶ P.Sargos, "*L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire*", J.C.P. 2000.I.202, n°13.

²⁴⁰⁷ Délibération n° 429 du 3 novembre 1993 portant organisation sanitaire et sociale de la Nouvelle-Calédonie, art. 6 et 8 (J.O.N.C., 14 décembre 1993, p. 3830).

Cour nationale de l'incapacité et de l'assurance des accidents de travail : Juridiction judiciaire née de la loi n°94-43 du 18 janvier 1994 qui a remplacé l'ancienne *Commission nationale technique de la sécurité sociale*. Juge d'appel du contentieux de l'incapacité, qui relève des *Tribunaux du contentieux de l'incapacité* qui ont succédé, en vertu de la même loi, aux *Commissions régionales de sécurité sociale*.

Dichotomie : Partage illicite des honoraires médicaux avec un tiers à la profession.

Dystocie (du grec *dustokia*) : Accouchement difficile entraînant le recours à la césarienne et l'obligation pour la sage-femme d'appeler un docteur en médecine (C.S.P., art. L. 4151-3).

Eutocie (du grec *eutokia*) : Accouchement heureux.

Iatrogènes, affections iatrogènes : Trouble, affection provoqué par un acte médical ou par la prise de médicaments.

Médecine foraine : Exercice habituel et organisé de la médecine hors d'une installation professionnelle régulière).

Nosocomial, infections nosocomiales (du grec *nosos*, maladie et *komeîn*, soigner) : se dit d'infections (qui supposent donc la pénétration de micro-organismes : bactéries, virus, agents parasites...) qui ont été contractées à l'occasion d'un soin médical ou d'un séjour à l'hôpital.

Obligation de sécurité : Découverte dans le contrat de transport en 1911, par un arrêt de principe par lequel la Cour de cassation a assigné au transporteur l'obligation nouvelle de conduire le passager à destination "sain et sauf"²⁴⁰⁸. Transposée au contrat médical à partir de 1985 : sans aller jusqu'à imposer un résultat thérapeutique positif, la jurisprudence exige du professionnel qu'il garantisse la sécurité de son patient. L'obligation de sécurité peut être de moyen ou de résultat.

Palliatif (soin ou traitement dit) : Qui soulage sans pouvoir guérir. S'utilise en particulier pour l'accompagnement médical et psychologique des malades en fin de vie.

²⁴⁰⁸ Cass. civ. 19 novembre 1911, Zbidi Hamida ben Mahmoud c. / Cie Gale Transatlantique.

ANNEXE

CODE DE DEONTOLOGIE MEDICALE

TERRITOIRE DE NOUVELLE- CALÉDONIE

CODE DE DÉONTOLOGIE MÉDICALE

Délibération du Congrès du Territoire de Nouvelle-Calédonie n° 67
du 1^{er} août 1997
(J.O.N.C. du 2 septembre 1997)

Délibération n°67 du 1^{er} août 1997 portant code de déontologie médicale

Le Congrès du Territoire de la Nouvelle-Calédonie.

Délibérant conformément à la loi modifiée n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, modifiée et complétée par les lois n° 49-757 du 9 juin 1949, n° 50-920 du 9 août 1950 et n° 51-443 du 19 avril 1951 ;

Vu la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 modifiée relative aux sociétés civiles professionnelles :

Vu la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ;

Vu le décret n° 52-964 du 9 août 1952 rendant applicable aux territoires d'Outre-Mer l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, modifiée et complétée par les décrets n° 65-920 du 13 septembre 1956 et n° 65-726 du 26 août 1965 ;

Vu la délibération n° 483 du 13 juillet 1994 prise pour l'application aux médecins de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles :

Vu l'avis des organismes représentant la profession de médecin auprès des pouvoirs publics ;

Vu l'avis du Comité Consultatif en sa séance du 12 décembre 1996 ;

Entendu le rapport de l'Exécutif du Territoire ;

A adopté les dispositions dont la teneur suit :

Art 1^{er}. - Les dispositions du présent code s'imposent aux médecins inscrits au tableau de l'ordre, à tout médecin exécutant un acte professionnel ainsi qu'aux étudiants en médecine effectuant un remplacement ou assistant un médecin dans le cas prévu à l'article 87 du présent code.

L'inscription au tableau de la section locale de l'ordre des médecins s'impose. Toutefois, cette condition ne s'applique pas aux médecins appartenant aux cadres actifs du service de santé des années. Elle ne s'applique pas non plus à ceux des médecins qui, ayant la qualité de fonctionnaires de l'État ou d'agents titulaires d'une collectivité locale, ne sont pas appelés, dans l'exercice de leurs fonctions, à exciter la médecine.

Conformément à l'article 19 de l'ordonnance susvisée de 1945, l'ordre des médecins est chargé de veiller au respect de ces dispositions.

Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'ordre, conformément à l'article 8 du décret susvisé du 9 août 1952.

TITRE I - Devoirs généraux des médecins

Art. 2. - Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité.

Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort.

Art. 3. - Le médecin doit, en toutes circonstances, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine.

Art 4. - Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi.

Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris.

Art. 5. - Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit.

Art. 6. - Le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin. Il doit lui faciliter l'exercice de ce droit.

Art. 7. - Le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur

appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard.

Il doit leur apporter son concours en toutes circonstances.

Il ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée.

Art. 8 - Dans les limites fixées par les dispositions législatives et réglementaires, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance.

Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins.

Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles.

Art. 9. - Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires.

Art. 10. - Un médecin amené à examiner une personne privée de liberté ou à lui donner des soins ne peut, directement ou indirectement, serait-ce par sa seule présence favoriser ou cautionner une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de cette personne ou à sa dignité.

S'il constate que cette personne a subi des sévices ou des mauvais traitements, il doit, sous réserve de l'accord de l'intéressé, en informer l'autorité judiciaire.

Toutefois, s'il s'agit des personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 44, de la présente délibération, l'accord des intéressés n'est pas nécessaire.

Art. 11. - Tout médecin doit entretenir et perfectionner ses connaissances ; il doit prendre toutes dispositions nécessaires pour participer à des actions de formation continue.

Tout médecin participe à l'évaluation des pratiques professionnelles.

Art. 12. - Le médecin doit apporter son concours à l'action entreprise par les autorités compétentes en vue de la protection de la santé et de l'éducation sanitaire.

La collecte, l'enregistrement, le traitement et la transmission d'informations nominatives ou indirectement nominatives sont autorisés dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires.

Art. 13. - 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.

Art. 14. - Les médecins ne doivent pas divulguer dans les milieux médicaux un procédé nouveau de diagnostic ou de traitement insuffisamment éprouvé sans accompagner leur communication des réserves qui s'imposent. Ils ne doivent pas faire une telle divulgation dans le public non médical.

Art. 15. - Le médecin ne peut participer à des recherches biomédicales sur les personnes que dans les conditions prévues par la loi il doit s'assurer de la régularité et de la pertinence de ces recherches ainsi que de l'objectivité de leurs conclusions.

Le médecin traitant qui participe à une recherche biomédicale en tant qu'investigateur doit veiller à ce que la réalisation de l'étude n'altère ni la relation de confiance qui le lie au patient ni la continuité des soins.

Art 16 - La collecte de sang ainsi que les prélèvements d'organes, de tissus, de cellules ou d'autres produits du corps humain sur la personne vivante ou décédée ne peuvent être pratiqués que dans les cas et les conditions définis par la loi.

Art. 17. - Le médecin ne peut pratiquer un acte d'assistance médicale à la procréation que dans les cas et conditions prévus par les dispositions législatives et réglementaires.

Art. 18 - Un médecin ne peut pratiquer une interruption volontaire de grossesse que dans les cas et les conditions prévus par la loi ; il est toujours libre de s'y refuser et doit en informer l'intéressée dans les conditions et délais prévus par les dispositions législatives et réglementaires.

Art 19. - 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.

Art 20. - 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.

Art 21. - Il est interdit sa médecins, sauf dérogations accordées dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires, de distribuer à des fins lucratives des remèdes, appareils ou produits présentés comme ayant un intérêt pour la santé.

Il leur est interdit de délivrer des médicaments non autorisés.

Art. 22. - Tout partage d'honoraires entre médecins est interdit sous quelque forme que ce soit, hormis les cas prévus à l'article 94 de la présente délibération

L'acceptation, la sollicitation ou l'offre d'un partage d'honoraires, même non suivies d'effet, sont interdites.

Art. 23. - Tout compéragé entre médecins, pharmaciens, auxiliaires médicaux ou toutes autres personnes physiques ou morales est interdit.

Art- 24. - Sont interdits au médecin :

- tout acte de nature à procurer au patient un avantage matériel injustifié ou illicite ;

- toute ristourne en argent ou en nature, toute commission à quelque personne que ce soit ;

- toute sollicitation ou l'acceptation d'un avantage en nature ou en espèces, sous quelque forme que ce soit d'une façon directe ou indirecte, pour une prescription ou un acte médical quelconque.

Toutefois, l'alinéa précédent ne s'applique pas aux avantages prévus par conventions passées entre les membres de ces professions médicales et des entreprises. dès lors que ces conventions ont pour objet explicite et but réel des activités de recherche ou d'évaluation scientifique, qu'elles sont, avant leur mise en application, soumises pour avis à la section locale du Pacifique de l'ordre des médecins et notifiées, lorsque les activités de recherche ou d'évaluation sont effectuées, même partiellement dans un établissement de santé au responsable de l'établissement, et que les rémunérations ne sont pas calculées de manière proportionnelle au nombre de prestations ou produits prescrits, commercialisés ou assurés.

Art. 25. - Il est interdit aux médecins de dispenser des consultations, prescriptions ou avis médicaux dans des locaux commerciaux ou dans tout autre lieu où sont mis en vente des médicaments, produits ou appareils qu'ils prescrivent ou qu'ils utilisent.

Art. 26. - Un médecin ne peut exercer une autre activité que si un tel cumul est compatible avec l'indépendance et la dignité professionnelles et n'est pas susceptible de lui permettre de tirer profit de ses prescriptions ou de ses conseils médicaux.

Art. 27. - Il est interdit à un médecin qui remplit un mandat électif ou une fonction administrative d'en user pour accroître sa clientèle.

Art. 28. - La délivrance d'un rapport tendancieux ou d'un certificat de complaisance est interdite.

Art. 29. - Toute fraude, abus de cotation, indication inexacte des honoraires perçus et des actes effectués sont interdits.

Art. 30. - Est interdite toute facilité accordée à quiconque se livre à l'exercice illégal de la médecine.

Art. 31. - Tout médecin doit s'abstenir, même en dehors de l'exercice de sa profession de tout acte de nature à déconsidérer celle-ci.

TITRE II - DEVOIRS ENVERS LES PATIENTS

Art. 32. - Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents.

Art. 33. - Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant. dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu de concours appropriés.

Art. 34. - Le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté indispensable, veiller à leur compréhension par le patient et son entourage et s'efforcer d'en obtenir la bonne exécution.

Art. 35. - Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.

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

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

Art. 36. - Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas.

Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences.

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.

Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies à l'article 42 de la présente délibération.

Art. 37. - En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances de son malade, l'assister moralement et éviter

toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique.

Art. 38. - Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et reconforter son entourage.

Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort.

Art. 39. - Les médecins ne peuvent proposer aux malades ou à leur entourage comme salutaire ou sans danger un remède ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé.

Toute pratique de charlatanisme est interdite.

Art. 40. - Le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié.

Art- 41. - Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement.

Art. 42. - Un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement.

En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires.

Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible.

Art. 43. - Le médecin doit être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage.

Art. 44. - Lorsqu'un médecin discerne qu'une personne auprès de laquelle il est appelé est victime de sévices ou de privations, il doit mettre en œuvre les moyens les plus adéquats pour la protéger en faisant preuve de prudence et de circonspection.

S'il s'agit d'un mineur de quinze ans ou d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique il doit, sauf circonstances particulières qu'il apprécie en conscience, alerter les autorités judiciaires, médicales ou administratives.

Art. 45. - Indépendamment du dossier de suivi médical prévu par les textes en vigueur, le médecin doit tenir pour chaque patient une fiche d'observation qui lui est personnelle cette fiche est confidentielle et comporte les éléments actualisés, nécessaires aux décisions diagnostiques et thérapeutiques.

Dans tous les cas, ces documents sont conservés sous la responsabilité du médecin.

Tout médecin doit, à la demande du patient ou avec son consentement, transmettre aux médecins qui participent à sa prise en

charge ou à ceux qu'il entend consulter, les informations et documents utiles à la continuité des soins.

Il en va de même lorsque le patient porte son choix sur un autre médecin traitant.

Art. 46 - Lorsque les dispositions législatives et réglementaires prévoient qu'un patient peut avoir accès à son dossier par l'intermédiaire d'un médecin, celui-ci doit remplir cette mission d'intermédiaire en tenant compte des seuls intérêts du patient et se récuser si les siens sont en jeu.

Art 47. - Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée.

Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles.

S'il dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins.

Art 48. - Le médecin ne peut pas abandonner ses malades en cas de danger public, sauf sur ordre formel donné par une autorité qualifiée, conformément aux textes en vigueur.

Art. 49. - Le médecin appelé à donner ses soins dans une famille ou une collectivité doit tout mettre en œuvre pour obtenir le respect des règles d'hygiène et de prophylaxie.

Il doit informer le patient de ses responsabilités et devoirs vis-à-vis de lui-même et des tiers ainsi que des précautions qu'il doit prendre.

Art. 50. - Le médecin doit sans céder à aucune demande abusive, faciliter l'obtention par le patient des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit

A cette fin, il est autorisé, sauf opposition du patient, à communiquer au médecin-conseil nommément désigné de l'organisme de protection sociale dont il dépend, ou à un autre médecin relevant d'un organisme public décidant de l'attribution d'avantages sociaux, les renseignements médicaux strictement indispensables.

Art. 51. - Le médecin ne doit pas s'immiscer sans raison professionnelle dans les affaires de famille ni dans la vie privée de ses patients.

Art. 52. - Le médecin qui aura traité une personne pendant la maladie dont elle est décédée ne pourra profiter des dispositions entre vifs et testamentaires faites par celle-ci en sa faveur pendant le cours de cette maladie que dans les cas et conditions prévus par les textes en vigueur.

Il ne doit pas davantage abuser de son influence pour obtenir un mandat ou contacter à titre onéreux dans des conditions qui lui seraient anormalement favorables.

Art. 53. - Les honoraires du médecin doivent être déterminés avec tact et mesure, en tenant compte de la réglementation en vigueur, des actes dispensés ou de circonstances particulières.

Ils ne peuvent être réclamés qu'à l'occasion d'actes réellement effectués. L'avis ou le conseil dispensé à un patient par téléphone ou correspondance ne peut donner lieu à aucun honoraire.

Un médecin doit répondre à toute demande d'information préalable et d'explications sur ses honoraires ou le coût d'un traitement. Il ne peut refuser un acquit des sommes perçues.

Aucun mode particulier de règlement ne peut être imposé aux malades.

Art. 54. - Lorsque plusieurs médecins collaborent pour un examen ou un traitement, leurs notes d'honoraires doivent être personnelles et distinctes.

La rémunération du ou des aides opératoires, choisis par le praticien et travaillant sous son contrôle, est incluse dans ses honoraires.

Art. 55. - Le forfait pour l'efficacité d'un traitement et la demande d'une provision sont interdits en toute circonstance.

TITRE III- Rapports des médecins entre eux et avec les membres des autres professions de santé

Art. 56. - Les médecins doivent entretenir entre eux des rapports de bonne confraternité.

Un médecin qui a un différend avec un confrère doit rechercher une conciliation, au besoin par l'intermédiaire de la section locale de l'ordre.

Les médecins se doivent assistance dans l'adversité.

Art 57. - Le détournement ou la tentative de détournement de clientèle est interdit.

Art 58 - Le médecin consulté par un malade soigné par un de ses confrères doit respecter :

- l'intérêt du malade on traitant notamment toute situation d'urgence ;

- le libre choix du malade qui désire s'adresser à un autre médecin.

Le médecin consulté doit, avec l'accord du patient, informer le médecin traitant et lui faire part de ses constatations et décisions. En cas de refus du patient, il doit informer celui-ci des conséquences que peut entraîner son refus.

Art. 59. - Le médecin appelé d'urgence auprès d'un malade doit, si celui-ci doit être revu par son médecin traitant ou un autre médecin, rédiger à l'intention de son confrère un compte-rendu de son

intervention et de ses prescriptions qu'il remet au malade ou adresse directement à son confrère en informant le malade.

Il en conserve le double.

Art. 60. - Le médecin doit proposer la consultation d'un confrère dès que les circonstances l'exigent ou accepter celle qui est demandée par le malade ou son entourage.

Il doit respecter le choix du malade et, sauf objection sérieuse, l'adresser ou faire appel à tout consultant en situation régulière d'exercice.

S'il ne croit pas devoir donner son agrément au choix du malade, il peut se récuser. Il peut aussi conseiller de recourir à un autre consultant, comme il doit le faire à défaut de choix exprimé par le malade.

A l'issue de la consultation, le consultant informe par écrit le médecin traitant de ses constatations, conclusions et éventuelles prescriptions en avisant le patient.

Art 61. - Quand les avis du consultant et du médecin traitant diffèrent profondément, à la suite d'une consultation, le malade doit en être informé. Le médecin traitant est libre de cesser ses soins si l'avis du consultant prévaut auprès du malade ou de son entourage.

Art 62. - Le consultant ne doit pas de sa propre initiative, au cours de la maladie ayant motivé la consultation, convoquer ou réexaminer, sauf urgence, le malade sans en informer le médecin traitant.

Il ne doit pas, sauf volonté contraire du malade, poursuivre les soins exigés par l'état de celui-ci lorsque ces soins sont de la compétence du médecin traitant et il doit donner à ce dernier toutes informations nécessaires pour le suivi du patient.

Art. 63. - Sans préjudice des dispositions applicables aux établissements publics de santé et aux établissements privés participant au service public hospitalier, le médecin qui prend en charge un malade à l'occasion d'une hospitalisation doit en aviser le praticien désigné par le malade ou son entourage. Il doit le tenir informé des décisions essentielles auxquelles ce praticien sera associé dans toute la mesure du possible.

Art. 64. - 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.

Chacun des médecins peut librement refuser de prêter son concours, ou le retirer, à condition de ne pas nuire au malade et d'en avertir ses confrères.

Art 65. - Un médecin ne peut se faire remplacer dans son exercice que temporairement et par un confrère inscrit au tableau de l'ordre ou par un étudiant en médecine, français ou ressortissant de

l'un des États membres de l'Union européenne et inscrit en troisième cycle des études médicales en France.

Le médecin qui se fait remplacer doit en informer préalablement, sauf urgence, le conseil de l'ordre dont il relève en indiquant les nom et qualité du remplaçant ainsi que les dates et la durée du remplacement.

Le remplacement est personnel.

Le médecin remplacé doit cesser toute activité médicale libérale pendant la durée du remplacement.

Art. 66. - Le remplacement terminé, le remplaçant doit cesser toute activité s'y rapportant et transmettre les informations nécessaires à la continuité des soins.

Art. 67. - Sont interdites au médecin toutes pratiques tendant à abaisser, dans un but de concurrence, le montant de ses honoraires.

Il est libre de donner gratuitement ses soins.

Art. 68. - Dans l'intérêt des malades, les médecins doivent entretenir de bons rapports avec les membres des professions de santé. Ils doivent respecter l'indépendance de ceux-ci et le libre choix du patient.

TITRE IV - DE L'EXERCICE DE LA PROFESSION

I - Règles communes à tous les modes d'exercice

Art. 69. - L'exercice de la médecine est personnel chaque médecin est responsable de ses décisions et ses actes.

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

Art. 71. - Le médecin doit disposer, au lieu de son exercice professionnel, d'une installation convenable, de locaux adéquats pour permettre le respect du secret professionnel et de moyens techniques suffisants en rapport avec la nature des actes qu'il pratique ou de la population qu'il prend en charge. Il doit notamment veiller à la stérilisation et à la décontamination des dispositifs médicaux qu'il utilise et l'élimination des déchets médicaux selon les procédures réglementaires.

Il ne doit pas exercer sa profession dans des conditions qui puissent compromettre la qualité des soins et des actes médicaux ou la sécurité des personnes examinées.

Il doit veiller à la compétence des personnes qui lui apportent leur concours.

Art. 72. - Le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment.

Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle.

Art. 73. - Le médecin doit protéger contre toute indiscretion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, quels que soient le contenu et le support de ces documents.

Il en va de même des informations médicales dont il peut être le détenteur.

Le médecin doit faire en sorte, lorsqu'il utilise son expérience ou ses documents à des fins de publication scientifique ou d'enseignement, que l'identification des personnes ne soit pas possible. A défaut leur accord doit être obtenu.

Art. 74. - L'exercice de la médecine foraine est interdit toutefois, des dérogations peuvent être accordées par la section locale de l'ordre dans l'intérêt de la santé publique.

Art. 75. - Il est interdit d'exercer la médecine sous un pseudonyme.

Un médecin qui se sert d'un pseudonyme pour des activités se rattachant à sa profession est tenu d'en faire la déclaration à la section locale de l'ordre.

Art. 76. - L'exercice de la médecine comporte normalement l'établissement par le médecin, conformément aux constatations médicales qu'il est en mesure de faire, des certificats, attestations et documents dont la production est prescrite par les textes législatifs et réglementaires.

Tout certificat, ordonnance, attestation ou document délivré par un médecin doit être rédigé lisiblement en langue française et daté, permettre l'identification du praticien dont il émane et être signé par lui. Le médecin peut en remettre une traduction au patient dans la langue de celui-ci.

Art. 77. - Dans le cadre de la permanence des soins, c'est un devoir pour tout médecin de participer aux services de garde de jour et de nuit.

La section locale de l'ordre peut néanmoins accorder des exemptions, compte tenu de l'âge du médecin, de son état de santé, et, éventuellement, de ses conditions d'exercice.

Art. 78. - Lorsqu'il participe à un service de garde, d'urgences ou d'astreinte, le médecin doit prendre toutes dispositions pour être joint au plus vite.

Il est autorisé, pour faciliter sa mission à apposer sur son véhicule une plaque amovible portant la mention "médecin-urgences", à l'exclusion de toute autre. Il doit la retirer dès que sa participation à l'urgence prend fin.

Il doit tenir informé de son intervention le médecin habituel du patient, dans les conditions prévues à l'article 59.

Art. 79. - Les seules indications qu'un médecin est autorisé à mentionner sur ses feuilles d'ordonnances sont :

1° Ses nom, prénoms, adresse professionnelle, numéros de téléphone et de télécopie, jours et heures de consultation ;

2° Si le médecin exerce en association ou en société, les noms des médecins associés ;

3° Sa situation vis-à-vis des organismes d'assurance maladie ;

4° La qualification qui lui aura été reconnue conformément au règlement de qualification établi par l'ordre et approuvé par le ministre chargé de la santé ;

5° Ses diplômes, titres et fonctions lorsqu'ils ont été reconnus par le Conseil national de l'ordre ;

6° Ses distinctions honorifiques reconnues par la République française.

Art. 80. - Les seules indications qu'un médecin est autorisé à faire figurer dans les annuaires à usage du public, quel qu'en soit le support, sont :

1° Ses nom, prénoms, adresse professionnelle, numéros de téléphone et de télécopie, jours et heures de consultation ;

2° Sa situation vis-à-vis des organismes d'assurance maladie ;

3° La qualification qui lui aura été reconnue conformément au règlement de qualification, les diplômes d'études spécialisées complémentaires et les capacités dont il est titulaire.

Art 81. - Les seules indications qu'un médecin est autorisé à faire figurer sur une plaque à son lieu d'exercice sont ses nom, prénoms, numéro de téléphone, jours et heures de consultations, situation vis-à-vis des organismes d'assurance maladie, diplômes, titres et qualifications reconnus conformément aux 4 et 5 de l'article 79 de la présente délibération.

Une plaque peut être apposée à l'entrée de l'immeuble et une autre à la porte du cabinet, lorsque la disposition des lieux l'impose, une signalisation intermédiaire peut être prévue.

Ces indications doivent être présentées avec discrétion, conformément aux usages de la profession.

Art 82. - Lors de son installation ou d'une modification de son exercice, le médecin peut faire paraître dans la presse une annonce sans caractère publicitaire dont le texte et les modalités de publication doivent être préalablement communiqués à la section locale de l'ordre.

Art. 83. - L'exercice habituel de la médecine, sous quelque forme que ce soit, au sein d'une entreprise, d'une collectivité ou d'une institution ressortissant au droit privé doit, dans tous les cas, faire l'objet d'un contrat écrit.

Ce contrat définit les obligations respectives des parties et doit préciser les moyens permettant aux médecins de respecter les dispositions du présent code.

Tout projet de contrat peut être communiqué à la section locale de l'ordre, qui doit faire connaître ses observations dans le délai d'un mois.

Toute convention ou renouvellement de convention avec un des organismes prévus au premier alinéa, en vue de l'exercice de la médecine, doit être communiqué à la section locale de l'ordre, de même que les avenants et règlements intérieurs lorsque le contrat y fait référence. Celui-ci vérifie sa conformité avec les prescriptions du présent code ainsi que, s'il en existe, avec les clauses essentielles des contrats types établis soit par un accord entre le conseil national et les collectivités ou institutions intéressées, soit conformément aux dispositions législatives ou réglementaires.

Le médecin doit signer et remettre à la section locale de l'ordre une déclaration aux termes de laquelle il affirmera sur l'honneur qu'il n'a passé aucune contre-lettre ou avenant relatifs au contrat soumis à l'examen du conseil.

Art. 84. - L'exercice habituel de la médecine, sous quelque forme que ce soit, au sein de l'administration de l'État, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public, doit faire l'objet d'un contrat écrit, hormis les cas où le médecin est soumis à un statut réglementaire du droit public qui ne prévoit pas la conclusion d'un contrat.

Le médecin est tenu de communiquer ce contrat à l'instance compétente de l'ordre des médecins. Les observations que cette instance aurait à formuler sont adressées par elle à l'autorité administrative intéressée et au médecin concerné.

2- Exercice en clientèle privée

Art. 85. - Un médecin ne doit avoir, en principe, qu'un seul Cabinet.

Il y a cabinet secondaire lorsqu'un médecin reçoit en consultation de façon régulière ou habituelle des patients dans un lieu différent du cabinet principal ; la création ou le maintien d'un cabinet secondaire, sous quelque forme que ce soit, n'est possible qu'avec l'autorisation de la section locale de l'ordre.

Cette autorisation doit être accordée si l'éloignement d'un médecin de même discipline est préjudiciable aux malades et sous réserve que la réponse aux urgences, la qualité et la continuité des soins soient assurées.

L'autorisation est donnée à titre personnel et n'est pas cessible.

Elle est limitée à trois années et ne peut être renouvelée qu'après une nouvelle demande soumise à l'appréciation de la section locale de l'ordre.

L'autorisation est révocable tout moment et doit être retirée lorsque l'installation d'un médecin de même discipline est de nature à satisfaire les besoins des malades.

En aucun cas, un médecin ne peut avoir plus d'un cabinet secondaire.

Les dispositions du présent article ne font pas obstacle à l'application, par les sociétés civiles professionnelles de médecins et leur membres, de l'article 50 de la délibération n° 483 du 13 juillet 1994 et par les sociétés d'exercice libéral des dispositions de l'article 11 de la délibération n° 114/CP du 21 mars 1997.

Les interventions ou investigations pratiquées pour des raisons de sécurité dans un environnement médical adapté ou nécessitant l'utilisation d'un équipement matériel lourd soumis à autorisation ne constituent pas une activité en cabinet secondaire.

Art 86. - Un médecin ou un étudiant qui a remplacé un de ses confrères pendant trois mois, consécutifs ou non, ne doit pas, pendant une période de deux ans s'installer dans un cabinet où il puisse entrer en concurrence directe avec le médecin remplacé et avec les médecins qui, le cas échéant, exercent en association avec ce dernier, à moins qu'il n'y ait entre les intéressés un accord qui doit être notifié à la section locale de l'ordre.

A défaut d'accord entre tous les intéressés, l'installation est soumise à l'autorisation de la section locale de l'ordre.

Art 87. - Il est interdit à un médecin d'employer pour son compte, dans l'exercice de sa profession, un autre médecin ou un étudiant en médecine.

Toutefois, le médecin peut être assisté en cas d'afflux exceptionnel de population dans une région déterminée.

Dans cette éventualité, si l'assistant est un docteur en médecine, l'autorisation fait l'objet d'une décision de l'Exécutif du Territoire ; s'il s'agit d'un étudiant, l'autorisation est donnée par l'Exécutif du Territoire, dans les conditions définies par la réglementation.

Les dispositions du présent article ne font pas obstacle à l'accomplissement de stages de formation universitaire auprès du praticien par des étudiants en médecine, dans les conditions légales.

Art. 88. - Par dérogation au premier alinéa de l'article 87, le médecin peut être assisté dans son exercice par un autre médecin en cas de circonstances exceptionnelles, notamment d'épidémie, ou lorsque, momentanément son état de santé le justifie. L'autorisation est accordée à titre exceptionnel par la section locale de l'ordre pour une durée limitée à trois mois éventuellement renouvelable.

Art. 89. - Il est interdit à un médecin de faire gérer son cabinet par un confrère.

Toutefois, la section locale de l'ordre peut autoriser, pendant une période de trois mois, éventuellement renouvelable une fois, la tenue par un médecin du cabinet d'un confrère décédé.

Art 90.- Un médecin ne doit pas s'installer dans un immeuble où exerce un confrère de même discipline sans l'accord de celui-ci ou sans l'autorisation de la section locale de l'ordre. Cette autorisation ne peut être refusée que pour des motifs tirés d'un risque de confusion pour le public.

Art. 91. - Toute association ou société entre médecins en vue de l'exercice de la profession doit faire l'objet d'un contrat écrit qui respecte l'indépendance professionnelle de chacun d'eux.

Il en est de même dans les cas prévus aux articles 65, 87 et 88 de la présente délibération.

Les contrats et avenants doivent être communiqués, conformément aux articles L.462 et suivants du code de la santé publique à la section locale de l'ordre, qui vérifie leur conformité avec les principes du présent code, ainsi que, s'il en existe, avec les clauses essentielles des contrats types établis par le conseil national.

Toute convention ou contrat de société ayant un objet professionnel entre un ou plusieurs médecins d'une part, et un ou plusieurs membres des professions de santé d'autre part, doit être communiqué à la section locale de l'ordre des médecins. Celui-ci le transmet avec son avis au conseil national, qui examine si le contrat est compatible avec les lois et les règlements en vigueur, avec le code de déontologie et notamment avec l'indépendance des médecins.

Les projets de convention ou de contrat établis en vue de l'application du présent article peuvent être communiqués à la section locale de l'ordre, qui doit faire connaître ses observations dans le délai d'un mois.

Le médecin doit signer et remettre à la section locale de l'ordre une déclaration aux termes de laquelle il affirme sur l'honneur qu'il n'a passé aucune contre-lettre ou avenant relatifs au contrat soumis à l'examen du conseil.

Art. 92. - Un médecin ne peut accepter que dans le contrat qui le lie à l'établissement de santé où il est appelé à exercer figure une clause qui, en faisant dépendre sa rémunération ou la durée de son engagement de critères liés à la rentabilité de l'établissement aurait pour conséquence de porter atteinte à l'indépendance de ses décisions ou à la qualité de ses soins.

Art. 93. - Dans les cabinets regroupant plusieurs praticiens exerçant en commun, quel qu'en soit le statut juridique, l'exercice de la médecine doit rester personnel. Chaque praticien garde son indépendance professionnelle.

Le libre choix du médecin par le malade doit être respecté.

Sans préjudice des dispositions particulières aux sociétés civiles professionnelles ou aux sociétés d'exercice libéral lorsque plusieurs médecins associés exercent en des lieux différents, chacun d'eux doit, hormis les urgences et les gardes, ne donner des consultations que dans son propre cabinet.

Il en va de même en cas de remplacement mutuel et régulier des médecins au sein de l'association.

Le médecin peut utiliser des documents à en-tête commun de l'association ou de la société d'exercice dont il est membre. Le signataire doit être identifiable et son adresse mentionnée.

Art. 94. - Dans les associations de médecins et les cabinets de groupe, tout versement, acceptation ou partage de sommes d'argent entre praticiens est interdit, sauf si les médecins associés pratiquent tous la médecine générale, ou s'ils sont tous spécialistes de la même discipline, et sous réserve des dispositions particulières relatives aux sociétés civiles professionnelles et aux sociétés d'exercice libéral.

3 - Exercice salarié de la médecine

Art 95. - Le fait pour un médecin d'être lié dans son exercice professionnel par un contrat ou un statut à une administration, une collectivité ou tout autre organisme public ou privé n'enlève rien à ses devoirs professionnels et en particulier à ses obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions.

En aucune circonstance, le médecin ne peut accepter de limitation à son indépendance dans son exercice médical de la part de l'entreprise ou de l'organisme qui l'emploie. Il doit toujours agir en priorité, dans l'intérêt de la santé publique et dans l'intérêt des personnes et de leur sécurité au sein des entreprises ou des collectivités où il exerce.

Art. 96. Sous réserve des dispositions applicables aux établissements de santé, les dossiers médicaux sont conservés sous la responsabilité du médecin qui les a établis.

Art. 97. - Un médecin salarié ne peut, en aucun cas, accepter une rémunération fondée sur des normes de productivité, de rendement horaire ou toute autre disposition qui auraient pour conséquence une limitation ou un abandon de son indépendance ou une atteinte à la qualité des soins.

Art. 98. - Les médecins qui exercent dans un service privé ou public de soins ou de prévention ne peuvent user de leur fonction pour accroître leur clientèle.

Art. 99. - Sauf cas d'urgences ou prévus par des dispositions statutaires, réglementaires, territoriales ou provinciales, un médecin

qui assure un service de médecine préventive pour le compte d'une collectivité n'a pas le droit de donner de soins curatifs.

Il doit adresser la personne qu'il a reconnue malade au médecin traitant ou à tout autre médecin désigné par celle-ci.

4- Exercice de la médecine de contrôle

Art 100. - Un médecin exerçant la médecine de contrôle ne peut être à la fois médecin de prévention ou, sauf urgence, médecin traitant d'une même personne.

Cette interdiction s'étend aux membres de la famille du malade vivant avec lui et, si le médecin exerce au sein d'une collectivité, aux membres de celle-ci.

Art. 101. - Lorsqu'il est investi de sa mission, le médecin de contrôle doit se récuser s'il estime que les questions qui lui sont posées sont étrangères à la technique proprement médicale, à ses connaissances, à ses possibilités ou qu'elles l'exposeraient à contrevenir aux dispositions du présent code.

Art 102. - Le médecin de contrôle doit informer la personne qu'il va examiner de sa mission et du cadre juridique où elle s'exerce et s'y limiter.

Il doit être très circonspect dans ses propos et s'interdire toute révélation ou commentaire.

Il doit être parfaitement objectif dans ses conclusions.

Art. 103. - Sauf dispositions contraires prévues par les textes en vigueur, le médecin chargé du contrôle ne doit pas s'immiscer dans le traitement ni le modifier. Si, à l'occasion d'un examen, il se trouve en désaccord avec le médecin traitant sur le diagnostic, le pronostic ou s'il lui appose qu'un élément important et utile à la conduite du traitement semble avoir échappé son confrère, il doit le lui signaler personnellement. En cas de difficultés à ce sujet, il peut en faire part à la section locale de l'ordre.

Art. 104.- Le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration ou l'organisme qui fait appel à ses services. Il ne peut et ne doit lui fournir que ses conclusions sur le plan administratif, sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent.

Les renseignements médicaux nominatifs ou indirectement nominatifs contenus dans les dossiers établis par ce médecin ne peuvent être communiqués ni aux personnes étrangères au service médical ni à un autre organisme.

5 - Exercice de la médecine d'expertise

Art 105. - Nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade.

Un médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services.

Art 106. Lorsqu'il est investi d'une mission, le médecin expert doit se récuser s'il estime que les questions qui lui sont posées sont étrangères à la technique proprement médicale, à ses connaissances, à ses possibilités ou qu'elles l'exposeraient à contrevenir aux dispositions du présent code.

Art 107. - Le médecin expert doit, avant d'entreprendre toute opération d'expertise, informer la personne qu'il doit examiner de sa mission et du cadre juridique dans lequel son avis est demandé.

Art. 108. - Dans la rédaction de son rapport le médecin expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées. Hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise.

Il doit attester qu'il a accompli personnellement sa mission.

TITRE V - DISPOSITIONS DIVERSES

Art. 109. - Tout médecin, lors de son inscription au tableau doit affirmer devant la section locale de l'ordre qu'il a eu connaissance du présent code et s'engager sous serment et par écrit à le respecter.

Art. 110. - Toute déclaration volontairement inexacte ou incomplète faite au conseil de l'ordre par un médecin petit donner lieu à des poursuites disciplinaires.

Art. 111 - Tout médecin qui modifie ses conditions d'exercice ou cesse d'exercer est tenu d'en avertir la section locale de l'ordre. Celui-ci prend acte de ces modifications et en informe le conseil national.

Art. 112. - Toutes les décisions prises par l'ordre des médecins en application du présent code doivent être motivées.

Celles de ces décisions qui sont prises par la section locale peuvent être réformées ou annulées par le conseil national soit d'office, soit à la demande des intéressés : celle-ci doit être présentée dans les deux mois de la notification de la décision.

Art 113. - Est abrogé le décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 ponant code de déontologie médicale.

Art. 114. - La présente délibération sera transmise au Délégué du Gouvernement, Haut-Commissaire de la République.

Délibéré en séance publique, le 1^{er} août 1997.

le Secrétaire,
S. XOZAME

Le Président,
H. MARTIN

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux :

J.-M. Auby (éd. *princeps* dir. par), C. Esper, "*Droit médical et hospitalier*", Paris, Litec (3 vol.) ; "Lamy - Droit de la Santé" (dir. A. Laude, J.L. Mouralis, J.M. Pontier), Paris, 2002 (2 vol.) ; G. Mémeteau, "*Cours de droit médical*" Les Études hospitalières, Bordeaux, 2^o éd., 2003 (544 p.).

Sur l'histoire de la discipline :

Jean Verdier, "*La jurisprudence de la médecine en France ou traité historique et juridique des établissements, règlement, police, devoirs, fonctions, honneurs, droits et privilèges des trois corps de médecine; avec les devoirs, fonctions et autorité des juges à leur égard*", 2 vol. in-8^o, Paris, Prault, 1763. Ou son édition abrégée : J. Verdier, "*Essai sur la jurisprudence de la médecine en France*", Paris, Prault, 1763, 383 p. in-12^o ; Adolphe Trébuchet, "*Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France*", Paris, J.B. Baillière, 1834 ; Élias Régnauld, "*Du degré de compétence des médecins*", 1828 ; F.E. Fodéré, "*Essai médico-légal*", 1832 ; Edmond Locard, "*La médecine judiciaire en France au XVII^e siècle*" (tiré de sa thèse "*La médecine légale sous le grand roy*", Lyon, 1902)

Sur le droit des établissements de santé :

J.-M. de Forges (dir.), "*L'hospitalisation privée*", n^o spécial de la R.D.S.S., 1990 ; E. Rossini, "*Les établissements de santé à but non lucratif*", L.G.D.J., 1992 ; F. Vialla, "*La responsabilité des établissements de soins*", Litec, 2001, I. Lucas-Baloup, B. Worms, "*Médecins-cliniques. Le contrat d'exercice*", S.C.R.Q.F., 2001 ; M. Dupont, C. Esper, C. Paire, "*Droit hospitalier*", Dalloz, 4^o éd. 2003 ; J.-M. Clément, C. Clément, "*Cours de droit hospitalier*", 2 vol., Les Études hospitalières, Bordeaux, 2004.

Sur la responsabilité médicale :

J. Penneau, "*La responsabilité du médecin*", Dalloz, 3^o édition, Paris, 2004 ; S. Welsh, "*Responsabilité du médecin : Risques et réalités judiciaires*", éd. Litec, Paris, 2000 ; A. Castelletta, "*Responsabilité médicale. Droits des malades*", Dalloz, Paris, 2002 (à jour de la loi du 4 mars 2002) ; M. Daury-Fauveau, "*La responsabilité pénale du*

médecin. Les principales infractions contre les personnes", Études Hospitalières, Bordeaux, 2003 ; J.F. Abeille, M. Albertin, J.C. Duchon-Doris, A. Leca, X. Leduc *"Le risque médical"*, Cahiers de droit de la santé, n°1, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2003; M.-H. Barges-Bertocchio, *"L'hôpital public confronté au juge pénal"*, thèse Droit, Aix-en-Provence, 2005.

Sur l'éthique et la déontologie

Max Simon, *"Déontologie médicale. Des devoirs et des droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation"*, Paris, Baillière, 1845; E. Martin, *"Précis de déontologie et de médecine professionnelle"*, Paris, Masson, 1923; A. Claas, *"Contribution à l'étude de la déontologie médicale. Essai historique et critique sur la discipline et la réglementation dans la profession médicale"*, Thèse Médecine, Paris, Imprimerie artistique, 1930; Robert Cordier, *"Droit disciplinaire médical"*, L'ordre des Médecins, Besançon, 1936; L. Portes, *"À la recherche d'une éthique médicale"*, Paris, Masson-P.U.F., 1964; J.P. Almeras et H. Péquignot, *"La déontologie médicale"*, Litec, Paris, 1996; L. Dubouis, *"Le nouveau code de déontologie : Quoi de neuf?"*, R.D.S.S. 1995, p. 725; C. Hervé, *"Éthique, politique et santé"*, Paris, P.U.F., coll. Médecine et société, 2000; E. Martinez, *"Le comité consultatif national d'éthique et la formation du droit"*, Thèse Droit, Aix-en-Provence, 2002.

Sur la médecine légale

Ch. Desmazes, *"Histoire de la médecine légale en France"*, G. Charpentier, Paris, 1880 (numérisé par la Bibliothèque nationale et accessible sur le site <http://gallica.bnf.fr>); C. Simonin, *"Éléments de médecine légale"*, 1941 ; J. Planques, *"La médecine légale et judiciaire"*, P.U.F., Coll. Q.S.J., 2° éd. 1967.

TABLE DES MATIERES

Avertissement	7
Préface	9
Principales abréviations	11
Sommaire	15
Introduction	20

PREMIÈRE PARTIE LES INSTITUTIONS MÉDICALES ET SANITAIRES

Titre I - Les institutions ordinales	60
Chapitre préliminaire - L'origine, la nature juridique et l'environnement de l'Ordre des Médecins.....	62
Section 1 - L'origine de l'Ordre des Médecins.....	62
Section 2 - La nature juridique de l'Ordre des Médecins	64
Section 3 - L'environnement institutionnel de l'Ordre des Médecins	66
Chapitre 1 - L'organisation de l'ordre	70
Section 1 - Les règles générales prévalant dans les structures ordinales du secteur de la santé	70
Section 2 - La structure interne particulière de l'Ordre national des médecins (en Métropole).....	71
Section 3 - L'organe de l'ordre des médecins de Nouvelle-Calédonie	73
§ 1 - La transposition des structures ordinales en Nouvelle-Calédonie	73
§ 2 - Le dispositif actuel en Nouvelle-Calédonie	74
Chapitre 2 - Les attributions de l'ordre	76
Section 1 - La réglementation interne à la profession.....	76
Section 2 - Le contrôle de la légalité et de la moralité professionnelles	78
§ 1 - Le contrôle lors de l'accès à la profession : la procédure administrative de l'inscription au tableau de l'ordre	80
§ 2 - Le contrôle de l'exercice professionnel.....	81
Sous-paragraphe 1 - Les procédures préventives	81
Sous-paragraphe 2 - La procédure juridictionnelle	

disciplinaire	83
1 - La saisine de la chambre de discipline	85
2 - Le déroulement de l'instance ouverte devant la chambre de discipline	86
Section 3 - La représentation de la profession auprès de l'État et de ses juridictions.....	88
Titre 2 - L'organisation sanitaire et sociale	89
Chapitre 1 - Les institutions sanitaires	89
Section 1 Le système hospitalier	89
Sous section 1 - L'organisation du système hospitalier public.....	89
§ 1 - Historique	89
§ 2 - L'organisation hospitalière contemporaine	90
A - Les installations de la Province Sud.....	90
B - Les installations de la Province Nord	91
§ 3 - La représentation médicale au sein de l'institution hospitalière.....	91
A - Composition de la commission médicale d'établissement	92
1. Membres ayant voix délibérative.....	92
2. Membres ayant voix consultative	93
B - Compétence de la commission médicale d'établissement	93
1. En matière d'organisation et de fonctionnement de l'établissement	93
2. Le pouvoir délibérant de la commission médicale d'établissement	94
3. Compétence en matière de gestion de la carrière des médecins hospitaliers.....	94
Sous section 2 - L'organisation sanitaire de la Nouvelle-Calédonie	96
§ 1 - La carte sanitaire de la Nouvelle-Calédonie.....	96
§ 2 - Les schémas d'organisation sanitaire	97
A - Les objectifs et les champs d'application	97
B - Le schéma d'organisation du système de soins	97
1 - Les niveaux de l'offre de soins.....	97
2 - Les dispositifs proposés.....	97
C - La mise en œuvre.....	98
Section 2 - Les autres institutions sanitaires	98
§ 1 - Les dispensaires.....	98
Sous-paragraphe 1 - L'héritage colonial.....	100
Sous-paragraphe 2 RÉléments de statut	109
Sous-paragraphe 3 - Quelques aspects des activités et du contentieux.....	122
§ 2 - Les établissements de santé privés	140
Chapitre 2 - Les conventions médicales	145

Section 1 - Le mécanisme conventionnel choisi afin de maîtriser les dépenses de santé	146
§ 1 - Négociation et conclusion des conventions médicale	146
Sous-paragraphe 1 - Le dispositif en Métropole.....	146
Sous-paragraphe 2 - le dispositif en Nouvelle-Calédonie	149
§ 2 - Régime juridique de la convention médicale	151
Sous-paragraphe 1 - Les parties signataires.....	151
Sous-paragraphe 2 - Nature juridique.....	153
Section 2 - Les dispositions conventionnelles envisagées pour maîtriser les dépenses de santé	155
§ 1 - Des mesures dont certaines transposent des dispositions déjà adoptées en métropole et d'autres plus originales qui sont spécifiques à la Nouvelle-Calédonie	155
Sous-paragraphe . 1 - les obligations conventionnelles	156
Sous-paragraphe 2 - les sanctions conventionnelles.....	158
§ 2 - la crise du système conventionnel ?	160

DEUXIÈME PARTIE

STATUT ET EXERCICE DE LA PROFESSION DE MÉDECIN

Titre 1 - Le statut de la profession :	165
Chapitre 1 - Le statut privé.....	167
Section 1 - Le médecin libéral	167
§. 1 - L'exercice individuel - ou exercice en clientèle privé.....	167
Sous-paragraphe 1 - L'exercice libéral en cabinet.....	167
Sous-paragraphe 2 - L'exercice libéral en établissement privé.....	169
§. 2 - L'exercice en groupement	173
Sous-paragraphe 1 - Les sociétés civiles professionnelles	175
1 - La constitution de la société civile professionnelle	175
A - Conditions de fond	176
B - Conditions de forme	177
2. Le fonctionnement de la société civile professionnelle.....	177
A - Les associés	177
B - Le gérant	179
Sous-paragraphe 2 - La société d'exercice libéral	181
1 - La constitution des S.E.L.	183
A - Éléments constitutifs généraux des S.E.L.....	183
B - Le capital social	185
2. Le fonctionnement de la S.E.L.	187
A - Les associés	187
B - La direction des S.E.L.	189
Section 2 - Le médecin salarié (C.A.F.A.T., Mutuelles...)	191

Chapitre 2 - Le statut public	193
Section 1 - Le médecin hospitalier	193

§ 1 - Les conditions de l'exercice de la médecine en milieu hospitalier	194
Sous-paragraphe 1 - Le déroulement de la carrière des praticiens hospitaliers	194
1 - Recrutement et nomination	194
2 - L'exercice de la profession	195
3 - Cessation des fonctions du praticien hospitalier	200
Sous-paragraphe 2 - Les exigences déontologiques	201
1 - Le secret professionnel	201
2 - L'indépendance professionnelle	202
3 - Responsabilités disciplinaire et déontologique	203
§ 2 - La position juridique des médecins recrutés par contrat	204
Sous-paragraphe 1 - Le recours aux praticiens contractuels	204
1 - Le recrutement temporaire	205
2 - Le recrutement par contrat à durée indéterminée	206
Sous-paragraphe 2 - Dualité de juridictions	207
1 - La dualité droit public - droit privé	207
2 - Droit du travail et service public	210
Section 2 - Les autres statuts publics	212
§ 1. Les médecins de santé publique	212
A. Recrutement	212
B. Conditions d'exercice de la profession	213
§ 2 - Les assistants des établissements publics territoriaux d'hospitalisation	214
A. Recrutement et fonctions	214
B. Statut juridique	214
Chapitre 3 - Le statut fiscal	216
Section 1 - La fiscalité des médecins relevant de l'impôt sur le revenu	219
§. 1 - Le résultat fiscal par catégories de revenus	219
Sous-paragraphe 1 - Le résultat fiscal des médecins relevant des BNC	220
1 - Le résultat fiscal du médecin libéral individuel	220
2 - Le bénéfice imposable du médecin libéral exerçant au sein d'une société de personnes	226
Sous-paragraphe 2 - Le revenu imposable du médecin salarié	228
Sous-paragraphe 3 - Les activités du médecin pouvant relever des BIC	231
§. 2 - Le calcul de l'impôt	232
§. 3 - La déclaration fiscale et le recouvrement de l'impôt	235
Sous-paragraphe 1 - La déclaration fiscale	237
1 - Les principes généraux	237
2 - Les particularités propres aux différents revenus	

catégoriels	238
Sous-paragraphe 2 - Le recouvrement de l'impôt	239
Section 2 - La fiscalité des médecins regroupés en sociétés d'exercice libéral	240
§. 1 - Le résultat fiscal de la S.E.L.....	241
Sous-paragraphe 1 -Le recours à la comptabilité d'engagement.....	241
Sous-paragraphe 2 - La détermination du bénéfice net de la S.E.L.	242
1 - Le calcul du bénéfice net.....	242
2 - Les charges déductibles.....	242
Sous-paragraphe 3 - La détermination du résultat fiscal de la S.E.L.	243
§. 2 - Le calcul et le recouvrement de l'impôt	245
Sous-paragraphe 1 - Le calcul de l'impôt effectué par l'entreprise	245
Sous-paragraphe 2 - Le recouvrement de l'impôt	246
1 - Le versement des acomptes	246
2 - Le versement du solde	248
Section 3 - La territorialité de l'impôt	249
§. 1 - La territorialité de l'impôt sur le revenu.....	249
§. 2 - La territorialité de l'impôt sur les sociétés	251
Titre 2 - L'exercice de la profession de médecin	253
Chapitre 1 - Le monopole d'exercice de la profession	253
Section préliminaire - L'affirmation historique et le contenu du monopole	253
§. 1 - La formation progressive du monopole médical	253
§. 2 - Le contenu actuel du monopole médical	259
Section 1 - L'accès à la profession médicale	260
§. 1 - Les conditions traditionnelles affectées par l'intégration européenne : les conditions de nationalité et de titre	261
Sous-paragraphe 1 - La condition de nationalité	262
Sous-paragraphe 2 - La condition de titre.....	263
§. 2 - Les conditions traditionnelles demeurées largement inchangées : les conditions de moralité, d'indépendance et d'aptitude à exercer.....	266
Sous-paragraphe 1 - La double condition de moralité et d'indépendance.....	266
Sous-paragraphe 2 - L'absence d'infirmité ou d'état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession.....	269
§. 3 - L'inscription au tableau de l'ordre	270
Section 2 - L'exercice légal de la médecine, son étendue et ses limites.....	270

§. 1 - La liberté d'installation272

Sous-paragraphe 1 - Les conditions particulières pour s'installer	273
A - Le rattachement à un cabinet	273
B - L'existence d'un équipement professionnel adapté	273
Sous-paragraphe 2 - Les différentes modalités d'exercice	273
§. 2 - La liberté de choix du médecin par la personne requérant des soins	275
§. 3 - La liberté de diagnostic et de traitement	278
Sous-paragraphe 1 - Un principe théoriquement intangible	279
Sous-paragraphe 2 - Une liberté affectée de restrictions croissantes nées dans le droit de la sécurité sociale	281
§. 4 - Le droit du praticien d'être rémunéré à l'acte et le paiement direct par la personne soignée.	286
Sous-paragraphe 1 - Le système libéral originel (1928-1945)	287
Sous-paragraphe 2 - Le système classique, fondé sur l'équilibre entre caractère libéral de la médecine et le financement public des dépenses de santé (seconde moitié du XX ^e siècle).	288
Sous-paragraphe 3 - Le système actuellement en vigueur, marqué par la prépotence de l'État sur les partenaires conventionnels et la dilution croissante du caractère libéral de la médecine.	292
Chapitre 2 - La protection du monopole	297
Section 1 - Les conditions de l'exercice illégal de la médecine	297
Section 2 - Les effets de l'exercice illégal de la médecine	298

TROISIÈME PARTIE LA RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN

Titre 1 - Une responsabilité fondée sur des obligations composites	301
Chapitre 1 - Des obligations formellement issues d'ordres juridiques distincts	303
Chapitre 2 - Des obligations convergentes : l'exemple du secret médical	309
Section préliminaire - L'évolution historique de l'exigence de secret dans le domaine médical	309
Section 1 - Le fondement juridique du secret médical	314
Section 2 - La réglementation actuelle du secret	317
§. 1 - L'étendue du secret	317
Sous-paragraphe 1 - L'étendue du secret à l'égard de la personne soignée	321

Sous-paragraphes 2 - L'étendue du secret à l'égard des tiers	325
1 - L'étendue du secret vis-à-vis des tiers liés à la personne soignée par des liens familiaux ou affectifs	326
A - L'étendue du secret à l'égard des proches et des ayants droit du patient majeur et capable.....	326
B - L'étendue du secret à l'égard des représentants légaux du patient mineur ou majeur incapable.....	327
2 - L'étendue du secret à l'égard de l'assureur	329
§. 2 - Les exceptions et les atténuations à la règle du secret.....	333
Sous-paragraphes 1 - Les exceptions à la règle du secret	333
1 - Les exceptions à la règle du secret imposant au médecin de communiquer l'information.....	333
2 - Les exceptions autorisées offrant une marge d'appréciation au médecin	338
Sous-paragraphes 2 - Les atténuations à la règle du secret	339
Titre 2 - Des responsabilités plurales	344
Chapitre préliminaire - Des responsabilités aussi anciennes que la médecine, qui ont connu bien des vicissitudes.....	344
Chapitre 1 - Les obligations et la responsabilité de droit commun	352
Sous-chapitre 1 - La responsabilité personnelle pour les préjudices subis par les patients.....	352
Section 1 - La nature juridique de la responsabilité médicale en droit civil français : une responsabilité pour faute comportant deux volets.....	353
§. 1 - La nature essentiellement contractuelle de la responsabilité médicale.....	356
Sous-paragraphes 1 - L'obligation de soin qu'induit le contrat médical est en principe une obligation de moyens	356
Sous-paragraphes 2 - L'obligation de soin que le contrat médical met à la charge du médecin peut parfois s'analyser comme une obligation <i>sui generis</i> (obligation de moyen renforcée, obligation de sécurité dite parfois "de sécurité résultat" ou "de sécurité de résultat"	359
Sous-paragraphes 3 - L'obligation que le contrat médical met à la charge du médecin ne peut engendrer un mécanisme de responsabilité sans faute	368
§. 2 - Les cas résiduels dans lesquels la responsabilité médicale ne peut avoir qu'une nature extracontractuelle	369
Sous-paragraphes 1 - Les cas de responsabilité médicale extracontractuelle concernant des patients	370
1 - La mise en jeu de la responsabilité médicale en dehors du cadre contractuel malgré l'existence d'un contrat.....	370

2 - La mise en jeu de la responsabilité médicale en dehors du cadre contractuel du fait de l'absence de contrat	370
Sous-paragraphes 2 - Les cas de responsabilité médicale extracontractuelle concernant des tiers	371
Section 2 - Les conditions communes à toutes les formes de responsabilité médicale	371
§. 1 - Les deux éléments constitutifs de la mise en jeu de la responsabilité médicale : le dommage et le préjudice	372
Sous-paragraphes 1 - Le fait dommageable	372
1 - La faute médicale à caractère éthique ou déontologique	373
A) le défaut d'information du patient	376
B) le défaut de consentement du patient	392
2 - La faute médicale à caractère technique	409
1 - La responsabilité délictuelle du fait des choses, lorsque l'acte dommageable est accompli en dehors de tout lien contractuel	414
2 - La responsabilité contractuelle du fait des choses	415
Sous-paragraphes 2 - Le préjudice	415
§. 2 - La relation de causalité entre le fait dommageable et le préjudice	417
Section 3 La mise en œuvre de la responsabilité médicale	420
§. 1 - Les mécanismes généraux de mise en œuvre de la responsabilité médicale	420
1 - Le caractère en principe personnel de la responsabilité du médecin	420
A - Le principe	420
B - Les limites du principe : l'assurance de la responsabilité	420
2 - Les juridictions compétentes pour connaître des actions en responsabilité : les tribunaux civils et criminels	421
3 - La prescription	422
§. 2 - La preuve de la responsabilité médicale	422
1 - La faute prouvée	423
A - La preuve de l'information et du consentement	423
B - La preuve de la faute technique et du lien de causalité	424
2 - La faute présumée	424
A - L'admission de la faute présumée à partir de la constatation de l'infection nosocomiale	424
B - La non-admission de la faute présumée en cas d'accident thérapeutique	426
Sous-chapitre 2 - La responsabilité collective au sein d'une équipe ou d'un groupe médical	426

Section 1 - La responsabilité respective des médecins et des cliniques en cas de dommage survenu dans un établissement privé	427
§. 1 - La responsabilité de l'établissement.....	427
§. 2 - La responsabilité des médecins exerçant dans l'établissement.....	429
1 - La difficulté à circonscrire la responsabilité des médecins salariés et de la clinique qui les emploie.....	429
2 - Le principe de la responsabilité exclusive du médecin exerçant au sein de l'établissement privé de santé au terme d'un contrat d'exercice libéral pour les dommages par lui causés.....	432
Section 2 - La responsabilité des médecins exerçant en équipe ou dans un groupe médical.....	433
§. 1 - La responsabilité au sein d'une équipe médicale	434
1 - La responsabilité du chef d'équipe seul cocontractant avec la victime du dommage	434
2 - La responsabilité du chef d'équipe cocontractant non-exclusif avec la victime du dommage.....	435
§. 2 - La responsabilité au sein des sociétés d'exercice	435
Chapitre 2 - Les règles spéciales en matière de responsabilité (pénale et disciplinaire).....	438
Section 1 - La responsabilité pénale	439
§. 1 - L'atteinte volontaire à l'intégrité corporelle.....	441
Sous-paragraphes 1 - Le meurtre.....	441
Sous-paragraphes 2 - Le fait de causer à autrui une incapacité totale de travail	442
§. 2 - L'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle	443
Sous-paragraphes 1 - Principes généraux.....	443
A - La possibilité pour le patient de se constituer partie civile	443
B - La faculté pour le juge pénal d'admettre ou d'interdire toute réparation civile	444
Sous-paragraphes 2 - Règles particulières.....	445
A - L'appréciation particulière de la faute pénale	445
B - L'estimation du lien de causalité	446
Section 2 - La responsabilité disciplinaire.....	447
§. préliminaire - Une responsabilité fondée sur la déontologie médicale de type parapénal	448
§. 1 - Le contentieux général du contrôle disciplinaire.....	452
Sous-paragraphes 1 - Les règles de procédure	453
Sous-paragraphes 2 - Les règles de fond.....	457
1 - Les obligations liées à la nécessité de préserver l'honneur et la dignité de la profession.....	460
2 - Les obligations à l'égard des personnes soignées	461

3 - Les obligations à l'égard des autres médecins.....	464
4 - Les obligations à l'égard des autres professionnels	465
§. 2 - Le contentieux particulier du contrôle technique de la sécurité sociale	467
Sous-paragraphe 1 - Les règles de procédure	469
Sous-paragraphe 2 - Les règles de fond.....	469
Section 3 - La responsabilité administrative	471
§ 1 - La responsabilité de l'hôpital public : uniquement si l'acte médical peut être rattaché au fonctionnement du service public	472
§ 2 - L'exercice privé de la médecine par un médecin agent du service public	472
§ 3 - Le mécanisme de la responsabilité lorsque le praticien agit en qualité d'agent public.....	473
§ 4 - La détermination de la nature de l'acte engageant la responsabilité de l'hôpital public.....	476
Glossaire	483
Annexe : Code de déontologie médicale	485
Bibliographie	507
Table des matières	509

Achever d'éditer en mai 2011
ISBN 978-2-84874-244-1

Cette édition numérique correspond à la version intégrale de l'ouvrage *Le droit médical en Nouvelle-Calédonie*, publié dans sa version imprimée en 2005.

Mise en page : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE (F.F)

Les textes de santé publique auxquels les médecins exerçant en Nouvelle-Calédonie se réfèrent sont-ils applicables ?
Quelles sont les spécificités du droit médical et du code de déontologie de Nouvelle-Calédonie ?

Avec la participation de Nicolas Clinchamps, Anne-Marie Gilles, Patrice Jean, Thierry Granier et Nathalie Bescond

Organe de l'Ordre de Nouvelle-Calédonie (cnom@ordmed.nc)

**Département Droit de l'Université
de la Nouvelle-Calédonie**

**Centre de Droit de la Santé de l'Université Paul Cézane
(Aix-Marseille III)**

**© Centre de documentation pédagogique
de Nouvelle-Calédonie**

BP 215 - 98845 Nouméa CEDEX

Téléphone : (687) 242828 – télécopie : (687) 283113

www.cdp.nc

Directeur de publication : Pierre Cadéot

Juin 2005

ISBN : 978-2-84874-244-1

Référence CDP : 976B192M



Les Études Hospitalières

Diffusion LEH