

LE DROIT MÉDICAL EN POLYNÉSIE FRANÇAISE

par **Antoine Leca, Arnaud Hellec, Christophe Psychogios,
Gaëtan di Marino, Gregory Detrun, Jean-Paul Pastorel,
Maiana Bambridge, Marc Debène et Teva Jeannette**



Préface du **Dr Richard Wong Fat**
Président du Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française

Les Études Hospitalières

LE DROIT MÉDICAL

EN POLYNÉSIE FRANÇAISE

**Antoine Leca, Arnaud Hellec, Christophe Psychogios,
Gaëtan di Marino, Gregory Detrun, Jean-Paul Pastorel,
Maiana Bambridge, Marc Debène et Teva Jeannette**

LE DROIT MÉDICAL

EN POLYNÉSIE FRANÇAISE

Les Études Hospitalières

Dans la même collection	
Christian BYK <i>Traité de bioéthique</i>	Alix MOURET <i>Guide pratique et juridique de l'administrateur de garde à l'hôpital</i>
Dominique PELJAK <i>Traité de finances publiques hospitalières</i> et <i>Guide des personnels médicaux hospitaliers</i>	Grégory AUBRY, en col. avec Vincent ROUSSELET <i>Le contentieux devant les juridictions de la tarification sanitaire et sociale</i>
Gérard MEMETEAU <i>Cours de droit médical (4^e édition)</i>	Jean-Raoul MONTIES (sous la direction de) <i>Alzheimer à domicile : le « Cantou partagé »</i>
Marc SABEK <i>Les responsabilités du chirurgien-dentiste (2^e édition)</i>	Michel ANGELLOZ-NICOUD <i>La réforme du mode de financement des établissements de santé (la tarification à l'activité : T2A)</i>
Bertille PATIN <i>Les conflits à l'hôpital</i>	Gérard BRAMI <i>La nouvelle conception des EHPAD</i>
Jean-Marie CLÉMENT et Cyril CLÉMENT <i>Cours de droit hospitalier</i> (t. I – t. II – éditions 2004)	Jean-Pierre DANOS, Michel GARCIA-GIL, Laurence RAOUST <i>Guide pratique de la gestion du temps et des plannings à l'hôpital (2^e édition)</i>
Jean-Marie CLÉMENT <i>Les grands principes du droit de la santé</i> et <i>La nouvelle loi Hôpital Patients Santé Territoires</i> et <i>Précis de droit hospitalier (2^e édition)</i>	Daniel SOUVIGNES <i>Le guide des recommandations des bonnes pratiques de la logistique hospitalière</i>
Olivier DUPUY <i>La gestion des informations relatives au patient</i>	Antoine LECA <i>Droit pharmaceutique (6^e édition)</i> et <i>Droit de l'exercice médical en clientèle privée (3^e édition)</i>
Jacques SOUFRON <i>La responsabilité du chirurgien viscéral et la pratique de la cœlioscopie</i>	

© Tous droits réservés – 2013

Les Études Hospitalières Éditions – 253-255 cours du Maréchal Gallieni – 33000 Bordeaux
Tél. 05 56 98 85 79 – Fax 05 56 96 88 79 – info@leh.fr
www.leh.fr

Consultation du catalogue et commande en ligne sur : www.bnds.fr

Attention, la photocopie tue le livre

Nous alertons nos lecteurs sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit et de la gestion, le développement massif du « photocopillage ». Le Code de la propriété intellectuelle interdit, en effet, expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or cette pratique s'est développée dans de nombreux cabinets, entreprises, administrations, organisations professionnelles et établissements d'enseignement, provoquant une baisse notable des achats de livres et de revues au point que la possibilité même de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer est aujourd'hui menacée.



Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^e et 3^e 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.

**Laboratoire Gouvernance
développement insulaire
(EA 4240)**

**UPF (Université de la Polynésie
française)**

**Cercle de formation juridique en
droit de la santé**

Partenaire de l'Ordre des médecins de la
Polynésie française

**Centre de droit de la santé (UMR
7268 ADÉS)**

Aix-Marseille Université-EFS-CNRS



Faculté de Droit et
de Science Politique
Aix-Marseille Université

ADES | UMR 7268

LE DROIT MÉDICAL EN POLYNÉSIE FRANÇAISE



Cercle de Formation Juridique
en Droit de la Santé



CENTRE DE
DROIT DE LA SANTÉ



**Préface par Dr Richard Wong Fat,
Président du Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française**

SOMMAIRE

INTRODUCTION

- I - DÉFINITION DU DROIT MÉDICAL ET DE LA DÉONTOLOGIE
- II - LES DIFFÉRENTS ASPECTS DU DROIT MÉDICAL, PRIVÉ ET PUBLIC
EN FRANCE MÉTROPOLITAINE
- III - L'ORIGINALITÉ DE LA SITUATION INSTITUTIONNELLE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE
- IV - DE LA COMPÉTENCE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE SANTÉ
- V - LA DÉMOGRAPHIE MÉDICALE

PREMIÈRE PARTIE : LES INSTITUTIONS MÉDICALES ET SANITAIRES

TITRE 1. LES INSTITUTIONS ORDINALES

- CHAPITRE 1. L'ORGANISATION DE L'ORDRE
- CHAPITRE 2. LES ATTRIBUTIONS DE L'ORDRE

TITRE 2. L'ORGANISATION SANITAIRE ET SOCIALE

- INTRODUCTION : LA DÉLIBÉRATION RELATIVE À L'ORGANISATION SANITAIRE
ET LA DÉLIBÉRATION RELATIVE AU STOS
- CHAPITRE 1. LES INSTITUTIONS SANITAIRES
- CHAPITRE 2. LA CPS ET LES CONVENTIONS MÉDICALES

DEUXIÈME PARTIE : STATUT ET EXERCICE DE LA PROFESSION DE MÉDECIN

TITRE 1. LE STATUT DU MÉDECIN

- CHAPITRE 1. LE STATUT PRIVÉ
- CHAPITRE 2. LE STATUT PUBLIC

TITRE 2. L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE MÉDECIN

- CHAPITRE 1. LES CONDITIONS D'EXERCICE DE LA PROFESSION
- CHAPITRE 2. LA PROTECTION DE LA PROFESSION

TROISIÈME PARTIE : LA RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN

TITRE 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE

- CHAPITRE 1. LES OBLIGATIONS DES MÉDECINS
- CHAPITRE 2. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU MÉDECIN
- CHAPITRE 3. LA RESPONSABILITÉ DU SERVICE PUBLIC DE LA SANTÉ EN POLYNÉSIE
FRANÇAISE

TITRE 2. LES RESPONSABILITÉS PÉNALE ET DISCIPLINAIRE

CHAPITRE 1. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

CHAPITRE 2. LA RESPONSABILITÉ DISCIPLINAIRE

EN GUISE DE CONCLUSION

ANNEXE : CODE DE DÉONTOLOGIE MÉDICALE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE
DÉLIBÉRATION N° 96-115 APF DU 10 OCTOBRE 1996

LES AUTEURS DE CE LIVRE

M. Antoine Leca, Directeur du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille (UMR ADÉS 7268), Professeur à la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille (Aix-Marseille Université).

M. Arnaud Hellec, Doctorant au Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille (UMR ADÉS 7268), Juriste au Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française.

M. Christophe Psychogios, Directeur juridique du Centre hospitalier de la Polynésie française, membre du Conseil supérieur de la fonction publique de la Polynésie française et vice-président de l'Association de défense des consommateurs polynésiens (agrée par l'État).

M. Gaëtan di Marino, Professeur à la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille (Aix-Marseille Université), Directeur du Master Lutte contre l'insécurité, Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence.

Dr Gregory Detrun, Médecin généraliste, coordonnateur de l'enseignement de la médecine générale en Polynésie française.

M. Jean-Paul Pastorel, Professeur à l'Université de la Polynésie française, Avocat au Barreau de Papeete. Membre du Laboratoire Gouvernance et développement insulaire (EA 4240).

Mme Maiana Bambridge, Conseiller du Président de la Polynésie française, ancienne Directrice de la Caisse de Prévoyance sociale.

M. Marc Debène, Recteur honoraire, Professeur à l'Université de la Polynésie française, ancien Directeur du Laboratoire Gouvernance et développement insulaire (EA 4240).

M. Teva Jeannette, Souscripteur en assurance (Allianz/Polynésie française).

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A. : Arrêté

Ac BUS : Accord de bon usage des soins

ACSP : Ancien Code de la santé publique

ANAES : Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (supprimée en 2004)

APIPP : Atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique

BICC : Bulletin d'information des arrêts de la Cour de cassation¹

BOM : Bulletin de l'Ordre des médecins

CAFAT : 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.

CASF : Code de l'action sociale et des familles (transposé en 2001)²

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

C. civ. : Code civil

CCAM : Classification commune des actes médicaux, utilisée en métropole depuis 2005

CCNE : Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé³

C. cons. : Conseil constitutionnel

CDAM : Catalogue des actes médicaux

CDMPF : Code de déontologie médicale de la Polynésie française.

CDO : Conseil département de l'Ordre

CDOM : Conseil département de l'Ordre des médecins

CDSA : Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille

CDSS : *Cahiers de droit de la santé du sud-est* (revue aixoise de droit de la santé, éditée par les PU d'Aix-Marseille jusqu'en 2008 et par LEH après cette date)

CE : Conseil d'État

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CEL : Convention d'exercice libéral

CEP : Centre d'Expérimentation du Pacifique

CGI : Code général des impôts

CHDPI : Chambre disciplinaire de première instance

CHN : Chambre disciplinaire nationale

CHPF : Centre hospitalier de la Polynésie française

CJA : Code de justice administrative

CJCE : Cour de justice des communautés européennes.

1. Voir : www.courdecassation.fr/_BICC/610a619/612/sommaire.htm

2. *JOPF*, n° 3 du 18 janvier 2001.

3. Voir : www.ccne-ethique.fr/francais/htm/present.htm

CJUE : Cour de justice de l'union européenne (nouveau nom de la CJCE depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009)
CLAHP : Comité de liaison et d'action de l'hospitalisation privée
CLIN : Comité de lutte contre les infections nosocomiales
CMPL : Comité médical paritaire local
CMU : Couverture maladie universelle
CNAM : Commission nationale des accidents médicaux
CNAMTS : Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés
CNITAAT : Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail
CNO : Conseil national de l'Ordre
CNOM : Conseil national de l'Ordre des médecins⁴
COMPF : Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française
C. org. jud. : Code de l'organisation judiciaire
CP : Code pénal
CPAM : Codification polynésienne des actes médicaux (applicable au 1^{er} janvier 2013)
CPP : Code de procédure pénale
CPS : Caisse de prévoyance sociale (de la Polynésie française)
CRCI : Commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales
CRCPF : Chambre régionale des comptes de la Polynésie française
CRDS : Contribution au remboursement de la dette sociale
CRO : Conseil régional de l'Ordre
CROM : Conseil régional de l'Ordre des médecins
CSMF : Confédération des Syndicats Médicaux Français⁵
CSP : Code de la santé publique
CSPPF : Code de la santé publique de la Polynésie française
CSS : Code de la Sécurité sociale
C. trav. : Code du travail
CTSP : Conseil territorial de la santé publique
CTS : Centre(s) de transfusion sanguine
D. : Décret
DPI : Diagnostic génétique préimplantatoire
EFO : Établissements français de l'Océanie
EURL : Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
EVASAN : Évacuation sanitaire
FEHAP : Fédération des établissements hospitaliers d'assistance privée à but non lucratif
FHP : Fédération de l'hospitalisation privée
FMCC : Formation médicale continue conventionnelle
GAMM : Groupe d'assurances mutuelles médicales (Sou médical et MACSF)
Gaz. Pal. : *Gazette du Palais*
GCS : Groupement de coopération sanitaire

4. Voir : www.conseil-national.medecin.fr

5. <http://www.csmf.org>

GEMA : Groupement des entreprises mutuelles d'assurances

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). Devenu ensuite le GTREM

GTREM : Groupement temporaire de réassurance médicale, *pool* de co-assureurs mis en place pour un an en décembre 2003 et renouvelé en 2005

HAS : Haute autorité de santé

HCG : Hormone chorionique gonadotrope

ICALIN : Indicateur composite des activités de lutte contre les infections nosocomiales

IGAS : Inspection générale des affaires sociales

IGF : Inspection générale des finances

IPP : Incapacité permanente partielle

ITT : Incapacité temporaire de travail

JO : *Journal officiel* (*JORF*/de la république française, *JOPF*/de la Polynésie française, *JOUE*/de l'union européenne)

L. : Loi

LEH : Les Études Hospitalières

Lp : Loi de pays

LPA : *Les Petites Affiches*

MACSF : Mutuelle d'Assurance du Corps de Santé Français.

MCO : Médecine, Chirurgie, Obstétrique (= soins dits de court séjour)

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.

MIC : *Medical Insurance Company Limited*, société de droit irlandais créée en 2002 par le courtier en risques médicaux François Branchet.

NGAP : Nomenclature générale des actes professionnels

O. : Ordonnance

ONIAM : Office national d'indemnisation des accidents médicaux⁶

ONDAM : Objectif national des dépenses d'assurance maladie

PAE : Procédure d'assistance éducative

PF : Polynésie française

PH : Praticien hospitalier

PSPH : Établissement privé participant au service public hospitalier

RAA : Rhumatisme articulaire aigu

RBP : Recommandation de bonnes pratiques

RC(M) : Responsabilité civile (médicale)

RCP : Responsabilité civile professionnelle

Rec. : Recueil des arrêts du Conseil d'État

RFAS : Revue française des affaires sociales

RGDA : *Revue générale de droit des assurances* (Paris)

RGDM : *Revue générale de droit médical* (Bordeaux)

6. Voir : www.oniam.fr

RGS : Régime général des salariés
RDS : *Revue Droit & Santé* (Montpellier)
RMO : Références médicales opposables
RNS : Régime des non-salariés (agriculteurs, pêcheurs, commerçants et professions libérales)
RPO : Références professionnelles opposables
RPSMR : Régime de protection sociale en milieu rural
RRJ : *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif* (Aix en Provence)
RSDS : Revue suisse de droit de la santé, *Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht* (Berne)
RSPF : Régime de solidarité de la Polynésie française
RST : Régime de solidarité territoriale
RTDC : Revue trimestrielle de droit civil (Paris)
Samu : Service d'aide médicale urgente⁷
SAU : Service d'accueil et de traitement des urgences
SCM : Société civile de moyens
SCP : Société civile professionnelle
SEL : Société d'exercice libéral
SELAFA : Société d'exercice libéral à forme anonyme
SELAS : Société d'exercice libéral par actions simplifiées
SELARL : Société d'exercice libéral à responsabilité limitée
SELCA : Société d'exercice libéral en commandite par actions
SELURL : Société d'exercice libéral unipersonnelle à responsabilité limitée
SHAM : Société hospitalière d'assurance mutuelle⁸
SYNGOF : Syndicat des gynécologues-obstétriciens⁹
SML : Syndicat des Médecins libéraux¹⁰
SNJMG : Syndicat national des jeunes médecins généralistes¹¹
SSR : Soins de suite et de réadaptation*... ou Sous-sections réunies (du Conseil d'État)
STOS : Schéma territorial d'organisation sanitaire
TAPF : Tribunal administratif de la Polynésie française
TASS : Tribunal des affaires de Sécurité sociale
Trib. Confl. : Tribunal des conflits
UCCMSF : Union collégiale des chirurgiens médecins et spécialistes français
UFP : Université française du Pacifique
UPF : Université de la Polynésie française
UNCSS : Union nationale des caisses de Sécurité sociale
UPATOU : Unité de proximité d'accueil et de traitement des urgences
URML : Union(s) régionale(s) de médecins libéraux
USLD : Unités de soins de longue durée

7. Ancien SMUR (jusqu'en 2005).

8. Voir : <http://www.sham.fr>

9. Voir : <http://www.syngof.fr>

10. Voir : <http://www.gie-sml.fr>

11. Voir : <http://www.snjmg.org>

PRÉFACE

par Richard Wong Fat

Le présent ouvrage, conçu et réalisé à l'initiative du Conseil de l'Ordre des Médecins de Polynésie Française consacré au droit médical de Polynésie française, était très attendu par les professionnels de santé.

Il a vocation à nous interroger, et à nous suggérer des réponses et solutions à deux principales problématiques.

La première est d'ordre juridique : il s'agit de savoir, à la faveur d'une présentation la plus exhaustive et à jour possible, quel est le droit médical applicable en Polynésie française.

La seconde problématique concerne la définition de la politique de santé publique en Polynésie française : il s'agit de prendre de la hauteur pour s'intéresser non plus seulement à ce qu'est ce droit, mais à ce qu'il doit et peut être.

Ainsi, cet ouvrage est appelé à servir de base de travail à toute personne intéressée par la santé publique, tant les médecins, patients, juristes, associations et autres personnes à la recherche d'informations juridiques, que les élus, décideurs et administrateurs publics, appelés à concevoir la politique de santé publique du pays d'aujourd'hui et de demain¹².

Cet intérêt pour le droit médical polynésien est inédit. Mais cet ouvrage nous aidera à répondre à un double impératif de sécurité.

Sécurité juridique, afin que chacun connaisse mieux ses droits, obligations,

12. Pour d'avantage d'informations sur la santé publique en Polynésie française, cf. notamment : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000306/0000.pdf>. Lire également : Association Formation Action Recherche en Polynésie française (AFAREP), *Accompagner le travail de deuil – Approche interculturelle et transdisciplinaire de la mort en Polynésie*, Actes du colloque des 23 et 24 octobre 2008, Editions AFAREP, 2009 ; J.-L. Durcher, *Tahiti, mythes et paradoxes*, mémoire pour l'obtention du certificat d'études spéciales de psychiatrie, Université Clermont-Ferrand 1, Faculté de médecine, 1981 ; Charles Gibert, *Des fiu et des hommes – De l'énergie et des vides, des pressions et des stress*, édition Le Bambou, 2000 ; Christian Huetz de Lemps, « Populations indigènes et maladies nouvelles au moment de la découverte », in *L'Homme, la santé et la mer*, Actes du colloque international tenu à l'Institut Catholique de Paris les 5 et 6 décembre 1995, Paris, Honoré Champion Editeur, 1997 ; Teva Jeannette, *L'Ordre des Médecins en Polynésie française – Spécificités et enjeux au regard du principe de spécialité législative*, Mémoire de Master II Droit mention « Droit des activités économiques », 2009-2010, Université de la Polynésie française ; Lapeysonnie, *La médecine coloniale, mythes et réalités*, Seghers, 1988 ; Marie-Odile Perouse de Montclos, *Santé mentale de l'enfant et de l'adolescent dans le Pacifique – Violences face à l'autre*, L'Harmattan, 2005 ; Christine Salomon, *Savoirs et pouvoirs thérapeutiques kanaks*, PUF, 2000 ; Emmanuel Vigneron, *Recherches sur l'histoire des attitudes devant la mort en Polynésie française*, Thèse de doctorat de 3^e cycle, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales – Toulouse, 1985 ; Emmanuel Vigneron, *Le territoire et la santé – la transition sanitaire en Polynésie française*, CNRS éditions, 1999 ; « Le paradis, savoir médical et pouvoir de guérir à Tahiti », *Nouvelle Revue d'ethnopsychiatrie*, revue trimestrielle mai 1996, La Pensée Sauvage Editions, 1996.

et responsabilités : autant le corps médical, que les patients et leurs familles, ainsi que les institutions.

Sécurité sanitaire, afin que l'on conçoive le meilleur système de santé publique possible, eu égard aux spécificités, aux besoins, et aux moyens du Pays.

* * *

Quel est donc ce droit médical en vigueur en Polynésie française ?

La Polynésie française, en tant que Collectivité d'Outre-mer (COM) régie par l'article 74 de la Constitution, jouit d'un statut particulier au sein de la République, tenant compte de ses spécificités.

Notre Pays bénéficie de la « spécialité législative ». En conséquence, la plupart des textes métropolitains intéressant le droit médical ne sont pas applicables en Polynésie française, sauf mention expresse d'applicabilité, et adaptation éventuelle.

Plus encore, l'autonomie dont jouit le Pays au sein de la République, lui consacre des compétences propres – dont celle de la santé publique – laquelle confère au Pays la capacité d'établir ses propres règles en la matière.

Cette autonomie et cette « spécialité législative » permettent aux autorités locales de mieux adapter le droit médical aux particularismes locaux, et sont donc à l'origine d'un droit médical polynésien spécifique.

L'une des grandes questions que le droit polynésien doit appréhender s'agissant des spécificités du Pays réside dans le conflit entre certaines pratiques traditionnelles et culturelles polynésiennes, et la conception plus récente et occidentale de l'exercice légal de la médecine (lequel est dévolu à un médecin).

Ainsi, la médecine traditionnelle pratiquée par les *tahu'a rāa'u* – ces guérisseurs traditionnels pratiquant une médecine recourant aux *rāa'u Tahiti*¹³ (les médicaments tahitiens préparés à partir de plantes médicinales polynésiennes) – se voit conférer un début de reconnaissance officielle. En 2006, a été créé un ministère « de la Santé et de la Médecine traditionnelle », ministère reconduit depuis, y compris par le dernier gouvernement d'avril 2011. Une maison de la médecine traditionnelle *Pū Ora* avait également été créée en 2006, même si ses arrêtés de création ont été annulés par le tribunal administratif¹⁴. L'assemblée de la Polynésie française compte également une Commission « Santé et médecine traditionnelle » depuis quelques années.

Mais quelle marge de manœuvre le droit polynésien consent-il aux *tahu'a rāa'u*, tout en garantissant la qualité des soins et la sécurité des patients ?

Le même conflit de conceptions et de valeurs peut se retrouver sur cette question de l'exercice illégal de la médecine, avec la « médecine chinoise »,

13. Sur le sujet du *rāa'u Tahiti*, lire notamment : F. Grepin et M. Grepin, *La médecine tahitienne traditionnelle* – Raa'u Tahiti, Les éditions du Pacifique, 1984 ; Simone Grand, Tahu'a, Tohunga, Kahuna, *Le monde polynésien des soins traditionnels*, Au vent des îles, 2007.

14. Jugement n° 0700031 du 25 octobre 2007 du tribunal administratif de la Polynésie française, annulant les arrêtés du Conseil des ministres n° 847 et n° 848 du 17 août 2006 portant création, organisation et fonctionnement de la Maison polynésienne des médecines traditionnelles.

largement représentée en Polynésie française¹⁵, et à laquelle la Chambre de Commerce et d'Industrie des Services et des Métiers consacre à présent des formations, ce qui présage l'ouverture de nouvelles officines³.

Outre les spécificités culturelles, le droit médical polynésien doit tenir compte des spécificités géographiques du Pays, et là encore la question de la légalité de l'exercice de la médecine se pose de façon particulière. La Polynésie française compte 270 000 habitants, et 118 îles, sur un espace d'une dimension équivalente à l'Europe occidentale. Il va de soi qu'il ne peut y avoir un médecin dans chaque île. De fait, un infirmier ou un adjoint de soins se trouve souvent en situation de pallier l'absence de médecin, et donc de pratiquer des actes médicaux. Mais comment le droit polynésien appréhende-t-il ces pratiques ?

Ainsi, de nombreuses spécificités historiques, culturelles et géographiques expliquent les particularismes du droit médical polynésien.

Mais aujourd'hui, les particularismes juridiques de ce droit sont tout autant générés et expliqués par... les particularismes juridiques eux-mêmes.

C'est ainsi que s'opère, sous l'effet conjugué de la non-extension automatique du droit médical métropolitain (résultant de la « spécialité législative ») et de la production normative insuffisante du Pays, une rupture significative. Rupture entre d'une part les progrès de la médecine et les évolutions du droit métropolitain, et d'autre part la relative inertie du droit médical local. Cette rupture génère des spécificités et vides juridiques, recelant des incertitudes et interrogations quotidiennes pour les praticiens et administrateurs de la santé publique.

Le comble du paradoxe est que, pour pallier ces vides juridiques issus d'un dispositif initialement conçu pour préserver les spécificités, la tentation est grande en pratique de s'en remettre purement et simplement, par analogie, aux normes en vigueur en métropole en l'absence de textes et repères locaux.

Mais ces règles métropolitaines « étendues de fait » pour pallier des vides juridiques sont-elles les mieux adaptées au contexte polynésien ?

* * *

Nous touchons alors au deuxième intérêt de cet ouvrage. La réflexion porte alors non plus sur la recherche de ce qu'est le droit médical polynésien, mais sur ce qu'il doit et peut être, eu égard à nos besoins, spécificités, et moyens.

Comment financer, avec nos moyens limités, le degré de sécurité des soins attendu ?

Quel niveau de qualité de soins devons-nous/pouvons-nous nous fixer

15. La délibération de l'Assemblée de la Polynésie française n° 80-107 AT du 29 août 1980, fixant les conditions d'importation des médicaments en Polynésie française, permet l'exercice de la « médecine chinoise », ainsi que divers arrêtés d'application (dont l'arrêté n° 2015 S du 21 novembre 1980 fixant la liste des médicaments et produits de la pharmacopée traditionnelle chinoise et autres spécialités asiatiques dont l'importation est autorisée aux herboristes chinois agréés et aux herboristes-importateurs agréés, établie après consultation d'un « comité consultatif des herboristes »).

3 Tahiti Presse du 21/02/11, « Ouverture d'une formation à la médecine traditionnelle chinoise par la CCISM ».

dans le système polynésien, eu égard à nos difficultés et moyens ?

L'article 1^{er} de la délibération de l'assemblée de la Polynésie française n° 91-49 AT du 21 février 1991¹⁶, pose cette problématique de façon très réaliste. La préservation de la santé y est évoquée telle une « mission » à assurer, mais « dans la limite des moyens » du Pays.

Cette formulation est à lire en perspective avec celle du Code de la santé publique de métropole¹⁷, qui met avant tout en exergue l'objectif de protection des patients. Ce Code érige en obligation la mise en œuvre du « droit fondamental à la protection de la santé ».

La formule métropolitaine, plus idéaliste, affirme une ambition et le respect d'un droit fondamental, qui imposent pour leur mise en œuvre de mobiliser, voire développer, tous les moyens possibles.

La formule polynésienne, plus réaliste, annonce une mission, qui pourra ne pas être accomplie si les moyens ne sont pas suffisants.

Car dans le contexte de la Polynésie française, tout invite à l'humilité et au réalisme, que ce soit l'immensité de son territoire, l'isolement d'une grande partie de la population, le manque de personnel médical, la modestie des ressources, les déficits en matière de Sécurité sociale, l'accroissement et le vieillissement de la population...

Comment garantir les droits fondamentaux tout en prenant en compte cet ensemble de contraintes ? La réflexion sur ce que peut et doit être la politique de santé publique en Polynésie, est nécessairement impactée par ces données géographiques, économiques, techniques, médicales et sociales...

Une autre réflexion afférente à ce que doit ou peut être notre politique de santé publique, concerne nos relations avec nos voisins de la région. Ne devrait-on pas, au cœur du Pacifique, renforcer nos liens avec la Nouvelle-Zélande ou l'Australie, afin notamment de solliciter davantage le concours de leurs personnels médicaux ? Nous évacuons régulièrement nos patients dans ces pays et des experts médicaux de ces pays viennent en mission sur le Territoire à la demande des responsables de la CPS et du CHPF dans le cadre d'une convention cadre établi entre le médecin expert et la CPS et le CHPF.

Si cette réflexion était admise, il conviendrait dès lors de surmonter certaines difficultés de répartitions de compétences se posant en la matière, la Polynésie française étant compétente s'agissant de la santé publique, et l'État s'agissant des diplômes.

16. « Le territoire de la Polynésie française a pour mission de promouvoir, consolider ou rétablir la santé de ses habitants afin que chacun puisse prétendre au meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre, dans la limite des moyens économiques, techniques, médicaux, sanitaires et sociaux du territoire », article 1^{er} de la délibération n° 91-49 AT du 21 février 1991 portant création du service public hospitalier et définissant les missions du service de la santé publique.

17. « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible », Article L. 1110-1 du Code de la santé publique.

* * *

À l'origine du premier service d'anesthésie réanimation de notre hôpital, premier directeur civil de la santé de la Polynésie française, aujourd'hui président du conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française je suis au quotidien depuis une trentaine d'années confronté à la difficulté d'appréhender ce contexte juridique particulier, et au questionnement de l'adaptation de notre système de santé publique au monde polynésien. C'est pourquoi, j'ai émis ce vœu des praticiens et administrateurs de pouvoir disposer d'un recueil permettant d'avoir une connaissance relativement complète et critique du droit médical en Polynésie française.

Ce vœu se réalise aujourd'hui avec l'édition du présent ouvrage. Nous en sommes obligés et infiniment reconnaissants à Antoine Leca et toutes celles et ceux qui y ont contribué, mais aussi aux laboratoires de recherches concernés à l'Université d'Aix-Marseille et à l'Université de la Polynésie française.

La réunion de toutes ces contributions dévouées fait œuvre d'intérêt public, en attendant notamment qu'une indispensable codification du droit de la santé publique en Polynésie française voie le jour.

AVERTISSEMENT

par Antoine Leca

Le droit médical en Polynésie française est une matière d'appréhension délicate. Cela s'explique par l'absence sur le territoire d'un véritable Code de la santé publique : à la rubrique «Code de la santé publique» le site gouvernemental local *Lexpol*¹⁸ ne reproduit en tout et pour tout que le livre V sur la pharmacie, et encore seulement dans sa version parue au *Journal Officiel des Établissements Français de l'Océanie* le 10 décembre 1955. Il en résulte une extrême difficulté pour accéder aux textes applicables, même à partir du Code de la santé publique en vigueur en métropole, qui est régulièrement réactualisé sur le site métropolitain *Legifrance*. En effet, du fait du vieux principe de spécialité législative, initialement conçu pour les colonies¹⁹, puis adapté aux Territoires d'Outre-Mer (TOM)²⁰ et maintenu pour les Collectivités d'Outre-Mer (COM) qui leur ont succédé en 2003²¹, les textes adoptés à Paris ne sont pas systématiquement transposés : il faut qu'ils visent spécialement la Polynésie ou qu'ils aient été publiés ensuite par le JO de la Polynésie française (qui a succédé au JO des EFO en 1957²²). Il faut donc reprendre tous les textes un à un pour vérifier s'ils sont localement applicables. Par exemple la loi du 21 juillet 2009 en son article 107 dispose que «le chapitre V du titre Ier du livre Ier de la présente partie est applicable [...] en Polynésie française», ce qui concerne le contrôle sanitaire aux frontières figurant à l'article L3115-1 et suivants du CSP. Mais les choses peuvent se corser, car certaines publications sont parfois très tardives et finissent par devenir parfaitement inattendues. C'est ainsi que le décret du 20 mai 1940 relatif au contrôle des sérums et vaccins²³ n'a été publié en Polynésie que

18. Service public de la diffusion du droit en Polynésie française.

19. En effet, les colonies françaises ont toujours été régies par des textes spéciaux, dérogeant au droit métropolitain. Le principe était connu dès l'Ancien Régime. Les lettres royales du 26 octobre 1744 et du 9 mars 1746, comme l'ordonnance du 18 mars 1766 s'en sont fait l'écho. La règle a été réaffirmée par la constitution de l'an VIII (1799) et s'est maintenue ensuite sous tous les régimes : la loi adoptée à Paris ne s'applique dans les TOM (ou les COM) que si le législateur le prévoit expressément ou si cette application résulte de l'objet même du texte adopté en métropole (voir par ex. : Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1989, n° 87-14233).

20. La constitution de 1946 – qui a créé les TOM – disposait en son article 72 : «Dans les territoires d'outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative». Dérogeant à la spécialité législative, ces domaines relèvent de l'identité législative.

21. C'est sur la base de cette révision constitutionnelle de 2003 (évoquée plus loin par le Recteur Debène) qu'a été votée la loi organique du 27 février 2004 qui reprend présente la Polynésie française comme un «pays d'outre mer au sein de la République» qui «se gouverne librement et démocratiquement...» (art. 1 al. 2). Cette qualification de «pays d'outre mer» a une grande portée psychologique mais n'apporte rien au plan juridique.

22. <http://histoire.assemblee.pf/articles.php?id=494>

23. *JORF* du 26 mai 1940, p. 3934.

quinze ans plus tard²⁴, où il est toujours formellement en vigueur, alors qu'il a été abrogé à Paris depuis des lustres. L'ordonnance n° 45-2729 du 2 novembre 1945 sur la protection maternelle et infantile a été étendue localement un quart de siècle plus tard²⁵. Le record appartient à l'ordonnance du 27 janvier 1815 contenant les mesures à prendre pour préserver la contagion des maladies épizootiques, transposée soixante-neuf ans plus tard²⁶, et au décret du 16 novembre 1901, transposé après soixante-treize ans²⁷. Parfois la recherche est, non seulement fastidieuse, mais vaine. Ainsi, après vérification, il apparaît que des textes aussi importants que les lois de 1838 et de 1990 sur les malades mentaux, par exemple, n'ont jamais été publiés en Polynésie, si bien que jusqu'en 2008 on y a appliqué un décret gubernatorial remontant à 1913²⁸. Enfin la course au texte devient parfois un impossible jeu de piste. Ainsi si on recherche les modalités d'indemnisation des victimes contaminées par le SIDA, il faut un guide très sûr pour savoir qu'il faut se reporter, non seulement aux délibérations n° 93-117 AT du 4 novembre 1993 relative à l'infection par le VIH et n° 90-67 AT du 14 juin 1990 (seules mentionnées sur *Lexpol*), mais surtout aux articles L3841-1 à L3844-2 du Code de la santé publique connu en métropole²⁹. Or ces dispositions précieuses ne figurent pas dans le Code Dalloz, qui ne daigne pas les reproduire, car elles ne concernent que (la Nouvelle-Calédonie et) la Polynésie française. Le site *Legifrance* indique à l'article L3841-1 : « Les dispositions du chapitre II du titre II du livre Ier de la présente partie sont applicables en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française. Codifié par : Ordonnance 2000-548 2000-06-15 Loi 2002-303 2002-03-04 art. 92 JORF 5 mars 2002 ». Le premier onglet commence par rediriger le chercheur sur le *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du Code de la santé publique*³⁰, silencieux sur le Pacifique insulaire, et le second l'adresse finalement au texte de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des

24. *JOEFO*, 1955 n° 26 du 10 décembre 1955, p. 541.

25. *JOPF* du 15 septembre 1970.

26. http://www.polynesie-francaise.pref.gouv.fr/sections/droits_et_demarches/les_textes_promulgue/les_textes_promulgue/attachedFile_f2

27. *JOPF* du 15 avril 1974.

28. *JOEFO* 1° septembre 1913, n° 35, p. 303. C'est le titre III de l'ordonnance n° 2008-858 du 28 août 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit de l'outre-mer (*JORF*, 29 août) qui a abrogé ce texte (art. 8) et modernisé le régime de l'hospitalisation des personnes sans leur consentement en Polynésie française, en y introduisant un dispositif législatif présentant des garanties similaires à celles applicables en métropole.

L'ordonnance de 2008 a cru utile d'abroger la loi n° 7443 du 30 juin 1838 relative aux aliénés « en tant qu'elle s'applique en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna ; elle demeure abrogée en tant qu'elle s'applique en métropole, dans les départements d'outre-mer et dans les autres collectivités d'outre-mer ».

Depuis cette date la matière psychiatrique a été rénovée par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 qui a été en partie transposée localement : cf. CSP, art. L. 3844-1 « Le titre Ier du livre II de la présente partie (concernant les hospitalisations psychiatriques) est applicable [...] en Polynésie française, sous réserve des adaptations suivantes... »

29. Le ministère de la Santé local dispose d'un cédérom recensant les textes applicables. Le document n'est pas parfait. Il contient d'ailleurs des textes qui ne sont plus en vigueur (comme l'A. du ministre des colonies du 15 novembre 1910, paru au *JOEFO* du 23 février et absent du site *Lexpol*). Mais il a le grand mérite d'exister. Malheureusement pour le juriste, celui-ci n'est pas diffusé...

30. *JORF* n° 143 du 22 juin 2000 p. 9337.

malades et à la qualité du système de santé. Après 124 articles qui ne concernent que la métropole, on découvre à l'article 125 que « dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre, par ordonnances [...] en tant qu'elles concernent les compétences de l'État, en Polynésie française [...] les mesures législatives nécessaires à l'extension et l'adaptation des dispositions de la présente loi³¹ », ce qui ne fait que relancer la recherche. En fait la solution se trouve aux articles L3122-1 et suivant, tels qu'ils résultent de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004, modifiée depuis par la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008... sauf que celle-ci ne mentionne pas la Polynésie ! Cette situation – qui n'est pas propre au droit médical³² – complique sérieusement la tâche du juriste, lorsqu'il se trouve à la recherche du droit applicable et elle est susceptible de l'induire gravement en erreur. Il n'est donc pas à exclure que des omissions, voire des inexactitudes, aient été commises dans les pages qui suivent. Elles ont été réalisées par neuf co-auteurs : des enseignants-chercheurs des universités, ainsi que des professionnels de haut-niveau, tous intervenus à titre strictement bénévole, sans aucun autre appui matériel que celui fourni par l'Ordre des Médecins de la Polynésie française. Le lecteur est invité à me communiquer toute erreur (ant.leca@wanadoo.fr), afin qu'elle puisse être rectifiée sur la version numérisée offerte sur le site des Études hospitalières : <http://www.leh.fr/>.

On ajoutera qu'à l'heure où ces lignes sont écrites tout n'est pas stable, car certains pans de la discipline sont actuellement en voie de redéfinition³³.

Pour conclure, on dira, en écho du dernier rapport de la Chambre territoriale des Comptes de la Polynésie française, que cette compilation réfléchie permettra de cibler une faiblesse structurelle : « le déficit de réglementation est aussi bien quantitatif que qualitatif : il manque des textes et les normes existantes souffrent souvent d'un défaut d'actualisation »³⁴. La Polynésie française aurait besoin d'un vrai Code de la santé publique. Puisse cet ouvrage en être la matrice.

31. C'est chose faite depuis l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003 prise pour l'application outre-mer de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. (Arrêté de promulgation n° 285 DRCL du 27 mars 2003), *JOPF* 10 avril.

32. C'est ainsi que l'Arrêté ministériel du 8 décembre 1943 fixant la liste des marchandises dont les pharmaciens peuvent faire le commerce dans leur officine (*JORF* du 6 janvier 1944, p. 111) n'a été publié en Polynésie qu'en 1955 (*JOEFO*, n° 26 du 10/12/1955, p. 542). On n'y a pas publié l'arrêté du 19 mars 1990 (*JORF* n° 75 du 29 mars 1990 p. 3833) qui régit la question aujourd'hui en métropole.

33. *Les Nouvelles de Tahiti*, n° 16162, mardi 4 décembre 2012, *CPS-Taote : le Pays dicte sa loi* (renvoyant à l'article de L. Rabréaux aux pages 6-7). A l'heure où ces lignes sont écrites (14 décembre 2012) on apprend que le Projet de loi du Pays relatif aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la Caisse de prévoyance sociale a été retiré de l'ordre du jour de la huitième et dernière séance de la session budgétaire 2013. « Le texte n'est pas mûr » aurait-on entendu dans les couloirs de l'Assemblée de la Polynésie (http://www.tahiti-infos.com/CPS-professionnels-de-sante-le-reglement-conventionnel-passe-a-la-trappe_a63342.html).

34. CTCPF, *Rapport d'observations définitives*, 17 août 2011, p. 28.

INTRODUCTION

I – DÉFINITION DU DROIT MÉDICAL ET DE LA DÉONTOLOGIE

par Antoine Leca

L'expression de « droit médical » mérite sans doute une explication. C'est en 1890 qu'elle est apparue pour la première fois dans un titre d'ouvrage³⁵. Ses auteurs englobaient sous cette appellation nouvelle les règles juridiques (plus ou moins spécifiquement) applicables à l'exercice de la médecine et aux médecins (ainsi qu'à un certain nombre d'autres professionnels de santé).

Pourtant, la médecine et le droit sont depuis longtemps de vieux compagnons de route. Leur liaison est attestée dès le Code... d'Hammourabi³⁶. En effet, depuis des siècles existent une législation et une réglementation applicables à l'activité médicale³⁷.

En droit français, les plus anciennes règles juridiques encadrant l'activité médicale remontent au Moyen âge et relevèrent longtemps de la procédure en justice, du droit administratif et du droit pénal. En effet les règles juridiques spécialement applicables aux médecins concernaient essentiellement leur conduite vis-à-vis des autorités judiciaires, en cas de procès et à l'égard des pouvoirs publics, notamment les autorités administratives, dans les situations d'épidémie. De bonne heure, on y ajouta les sanctions pénales frappant les professionnels qui auraient violé un certain nombre de règles de base.

Aux premiers temps de sa jeune existence, cette discipline encore innommée, ne comportait que des règles assez simples, n'impliquant pas une connaissance approfondie des choses juridiques. Concrètement, elle n'était pas vraiment distinguée de la médecine légale³⁸. D'ailleurs, au XVI^e et au XVII^e

35. A. Lechopie, Ch. Floquet, *Droit médical ou Code des médecins (Docteurs, officiers de santé, sages-femmes, pharmaciens, vétérinaires, étudiants, etc.)*, Octave Doin éditeur, Paris, 1890 (530 p.).

36. Le Code d'Hammourabi, rédigé en Mésopotamie plus de deux mille ans avant l'ère chrétienne, renfermait déjà des prescriptions pénales en la matière. Le lecteur curieux pourra se reporter sur ce point aux extraits de la traduction du père Scheil (1904), rapportés par Henri Joubrel dans sa thèse *La responsabilité civile des médecins*, Rennes, Imp. Centrale de Rennes, 1939, p. 23.

37. Voir par ex. P. Zaccarias, *Questions médico-légales* (1674), éd. bilingue latin-français établie par L. Laugier, PUAM, Collection « Histoire du droit », Aix-en-Provence, 2006 ; 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*, 2 vol., Alençon, Prault, in-8°, 1762 ; A. Trébuchet, *Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France*, Paris, J.-B. Baillière, 1834.

38. Les premiers ouvrages mentionnant des règles de ce type sont ceux du chirurgien autodidacte

siècle, les premiers auteurs qui s'y intéressèrent furent tous des médecins, notamment P. Zacchias³⁹. Mais au fur et à mesure du développement des règles médicales, la médecine légale et le droit ont commencé à diverger de plus en plus nettement, ce qui conduira la première à devenir finalement, après quelques hésitations⁴⁰, une branche de la médecine⁴¹ et la seconde, un des rameaux de la discipline juridique⁴².

À partir du second tiers du XIX^e siècle la séparation était consommée. À cette époque, avec le développement du contentieux judiciaire (et donc de la jurisprudence), le droit privé a graduellement étendu son emprise sur l'activité médicale, et d'abord en l'assujettissant aux règles de la responsabilité civile⁴³. Le phénomène n'était pas évident, car le Code civil français de 1804, qui consacre le principe de la responsabilité en des termes très généraux⁴⁴, ne soufflait mot de la médecine et de la responsabilité particulière des «hommes de l'art». Pendant longtemps, il y a eu fort peu de règles de droit privé spécifiques à l'activité médicale. Même le célèbre arrêt Mercier⁴⁵, qui 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

Ambroise Paré, le *Traité de la peste, de la petite vérolle et rougeolle* publié en 1568 puis en 1580, qui contient divers développements administratifs relatifs à la lutte contre les épidémies, et surtout *La science des rapports* en 1575. Mais ce sont essentiellement les Italiens qui ont dominé le genre avec trois médecins : Giovanni Battista Codronchi d'Imola avec son *Methodus testificandi* en 1597, Fortunato Fedeli (ou Fidelis) de Palerme, auteur en 1598 de *Quatre livres sur les rapports médicaux*, et surtout le grand Paulo Zacchia de Venise, dont l'ouvrage en 1674 comporte dans son titre même les termes «médico-légaux». La première traduction française en a été publiée récemment, à Aix-en-Provence (voir note ci-après). À cette époque, le mouvement gagna l'Allemagne, avec Heinrich Kornmann en 1610, puis Christian Friedrich Garmann en 1670, dont les ouvrages sont expressivement intitulés *De miraculis mortuorum*, «Des miracles des morts», en référence aux enseignements que l'on peut tirer des cadavres. À cette période, les ouvrages se multiplièrent dans le sillage du recours croissant aux médecins comme experts dans certaines affaires de justice qui les conduisaient à l'examen minutieux des dépouilles.

39. P. Zacchias, *Questions médico-légales* (1674), éd. bilingue établie par L. Laugier, PUAM, Collection «Histoire du droit», Aix-en-Provence, 2006.

40. La définition donnée de la médecine légale par F.-E. Fodéré (1764-1835) 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, *Les lois éclairées par les sciences physiques ou Traité de médecine légale et d'hygiène publique*, Paris, Croullebois, 1799, cité dans A. Delon et alii, *Dictionnaire des sciences médicales*, Paris, CLF, Panckouke, 1818, t. 27, p. 278-398), c'est-à-dire ce que nous appelons aujourd'hui le droit de la santé.

41. Elle pourrait être définie comme «l'ensemble des connaissances médicales propres à éclairer diverses questions de droit et à diriger les législateurs dans la composition des lois» (M. J. B. Orfila (1787-1853), cité par A. Trébuchet, *Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France*, Paris, J.-B. Baillière, 1834, p. 4).

42. Cette bipartition se retrouve ailleurs en Europe. Les Britanniques et les Allemands, par exemple, distinguent droit médical *Jus medicum* (*Medical Law*, *Medizinisches Recht*) et médecine légale, *Medicina legalis* ou *forensis* (*Medical Jurisprudence*, *Legal Medicine*, *Forensic Medicine*). 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» (Annexe à l'A. du 2 avril 2003 modifiant l'A. du 28 juin 1999 relatif à l'organisation du concours national de praticien des établissements publics de santé, JO, 15 avril).

43. Cass. civ. 18 juin 1835 (S. 1835, I, 401).

44. 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».

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

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 vif particularisme dans l'ordre privé. L'apparition de règles de droit privé propres à l'activité médicale a débuté à partir des années 1950, quand il est apparu que le droit commun ne suffisait pas à résoudre tous les problèmes et lorsque les tribunaux ordinaires ont reconnu peu à peu la juridicité de la déontologie médicale et des usages professionnels.

Déontologie, le mot appelle lui-même des éclaircissements. Le néologisme vient de l'Anglais *Deontology*, lui-même tiré de *δεοντολογία* qui vient de *deonontos*, ce qu'il convient de faire et *logos*, discours. Il a été conçu par Jeremy Bentham qui trouvait le vocable plus expressif que celui d'éthique : « *Ethics has received the more expressive name of Deontology...* ». Il figure dans le titre même de son ouvrage posthume publié en 1834 : *Deontology or Science of morality*.

En français, le Dr Max-Simon est le premier à l'avoir appliqué à la médecine⁴⁶. Le succès de la greffe sera tel qu'en 1929 le Larousse définit la déontologie (sans précision) comme « l'ensemble des règles qui régissent la conduite du médecin vis-à-vis de ses malades, de ses confrères ou de la société »⁴⁷.

À l'origine il ne pouvait s'agir que de devoirs moraux du médecin et la notion se confondait avec celle d'éthique médicale. Aujourd'hui encore, dans le monde anglo-américain on parle toujours de *deontological ethics*. Et certains Codes, comme le Code espagnol⁴⁸, cultivent toujours l'ambiguïté.

Mais ce n'est plus le cas en France.

Certes, initialement la déontologie médicale n'y était pas regardée comme du droit. En 1928, la Cour de cassation l'a elle-même souligné⁴⁹. Et en 1931, P. Appleton et M. Salama se croyaient encore autorisés à écrire : « Nous n'envisageons sous cette expression de droit médical que la loi et son interprétation par la jurisprudence. Tout ce qui concerne les devoirs professionnels du médecin qui relèvent de l'honneur, de la morale et des traditions du corps médical ou déontologie, a été volontairement éliminé »⁵⁰.

Mais l'état de la question ne pouvait manquer d'être renouvelé après la publication 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 (avec le premier Code promulgué sous forme de décret au *Journal Officiel de la République*). Certes, nombre de juridictions refusèrent d'abord d'en tirer les conséquences et continuèrent à rejeter la déontologie comme « critère juridique »⁵¹. Toutefois, dans le courant des années 1950, certains tribunaux virent dans les règles déontologiques des « usages légalement constatés », permettant leur assimilation à des règles... coutumières⁵². Le processus a

46. Max-Simon, *Déontologie médicale. Des devoirs et des droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*, op. cit., p. 33 n° 1 où l'auteur mentionne sa dette à Bentham.

47. Larousse du XXe siècle, t. 2, Paris, 1929, v. « Déontologie », p. 774.

48. Le *Código Español de Ética y Deontología Médica* de 1999 amalgame les deux notions. Voir par exemple son article 18 qui dispose que « la médecine défensive est contraire à l'éthique médicale ».

49. Cass. civ., 27 novembre 1928, D.H. 1929, 82.

50. P. Appleton et M. Salama, *Droit médical*, Librairie médicale, Paris, 1931, Observation p. 1.

51. CA Nancy, 25 janvier 1950, D. 1950, 305.

52. Voir par ex. Trib. civ. Nice, 25 septembre 1957 (souvent cité) : « si le Code de déontologie n'a

été très lent : en 1964 la Cour de cassation refusait encore de se fonder sur le Code de déontologie⁵³. Dans les années 1980 toujours, la faute déontologique ne permettait pas de justifier l'octroi de dommages et intérêts civils à celui qui s'en plaignait⁵⁴. Mais, depuis les années 1990, il ne fait plus aucun doute que la commission d'une faute déontologique puisse constituer une faute civile⁵⁵, même si, naturellement, l'indépendance des procédures exclut toute automaticité. Reste que désormais le juge civil peut parfaitement se fonder sur le Code de déontologie pour condamner un médecin. Au bout du compte, la jurisprudence civile a donc englobé les normes déontologiques dans le bloc de règles servant de référence au juge. Et aujourd'hui, en pratique, la faute civile d'un médecin est souvent la violation d'un devoir imposé par la déontologie⁵⁶. En d'autres termes, les obligations morales que la déontologie faisait peser sur les médecins se sont transformées en obligations juridiques et la déontologie médicale est devenue du droit. Elle est génératrice de prérogatives juridiques pour les patients, ce qui traduit une accélération : en effet le devoir a pour destinataire le professionnel qui s'expose éventuellement à une sanction professionnelle, alors que le droit est une prérogative mise en œuvre par le patient qui devient créancier d'une obligation dont la méconnaissance lui ouvre droit à des dommages-intérêts.

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*, Thèse Droit privé, Montpellier I, 2002, p. 131-132.

53. Cass. civ. 2^e, 23 octobre 1964, Bull. civ. II, p. 641. Voir aussi, dans le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1988, n° 86-19.017 (concernant le refus de la Cour d'user du Code de déontologie des experts-comptables pour servir de base à une action civile).

54. Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1982, D. 1983, IR 378.

55. Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 1992, *Gaz. Pal.*, 2-3 février 1994, note A. Dorsner-Dolivet. Voir aussi : Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 1997, Audat et autres c./ Fortat et autres, Bull. civ. I, n° 99, JCP, 1997, II, 22829, p. 195 ; D. 1997, SC, p. 315, note J. Penneau : « la méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une action en dommages et intérêts dirigée contre un médecin ».

56. On ne peut que renvoyer aux conclusions d'E. Terrier, *Déontologie médicale et droit*, op. cit., p. 335.

II – LES DIFFÉRENTS ASPECTS DU DROIT MÉDICAL, PRIVÉ ET PUBLIC EN FRANCE MÉTROPOLITAINE

par Antoine Leca

Depuis sa conceptualisation, le droit médical renvoie soit à l'étude des relations juridiques spécifiques dans lesquelles est engagé le médecin⁵⁷, soit aux règles de droit qui s'appliquent à l'acte médical⁵⁸, classiquement défini comme l'acte propre à un médecin.

En France, pour de vieilles raisons d'ordre historique⁵⁹, qui étonnent beaucoup certains étrangers, notamment anglo-saxons, il existe en droit une bipartition majeure entre le droit des activités publiques et le droit des activités privées. Il en résulte que pour la médecine, par exemple, on distingue traditionnellement :

- deux catégories de professionnels : 1° les médecins en clientèle privée, usuellement dénommés «libéraux»⁶⁰, assujettis au droit privé (pour l'essentiel au droit civil) et 2° les médecins hospitaliers qui bénéficient du statut d'agents publics⁶¹ et sont soumis à un droit administratif spécial, le droit hospitalier, sauf lorsqu'ils exercent dans le «secteur privé» de l'hôpital⁶²

57. R. et J. Savatier, J.-M. Auby et H. Péquignot, *Traité de droit médical*, Librairies techniques, Paris, 1956.

58. G. Mémeteau, *Droit médical*, Abrégé Litec, Paris, 1986, p. 5.

59. Elles remontent à la révolution française : il s'agit de la soustraction des affaires administratives de la compétence des tribunaux ordinaires, opérée par la loi des 16-24 août 1790, confirmée par le décret du 16 fructidor an III et complétée par deux lois interdisant de poursuivre les administrateurs, sans autorisation administrative préalable. Certes cette interdiction s'explique par les abus commis par les Parlements sous l'Ancienne Monarchie et il ne semble pas que cette prohibition révolutionnaire ait eu pour but de soustraire l'ensemble du contentieux administratif aux juridictions ordinaires. Mais elle aboutit, à compter de 1806, à fonder la compétence des conseils de préfecture (dénommés «Tribunaux administratifs» depuis 1953) et du Conseil d'État, qui ont fini par constituer un Ordre administratif de juridiction.

60 Quoique ce terme de «libéral» ne soit pas véritablement défini par le droit français, qui pourtant l'utilise fréquemment, on peut regarder de la sorte le professionnel «dont la fonction est d'apporter, à des personnes physiques ou morales qui l'ont librement choisi, des services sous formes juridiquement, économiquement et politiquement indépendantes et qui, dans le cadre d'une déontologie garantissant le respect du secret professionnel et d'une compétence reconnue, demeure personnellement responsable de ses actes» (cf. Mémento F. Lefebvre, Professions libérales, 2001-2002, n° 110, p. 17). Ceci étant, «de nos jours, la notion de profession libérale est, dans l'usage courant, totalement pervertie ; on l'assimile à la catégorie fiscale de la profession non-commerciale».

61 Agents publics mais pas fonctionnaires. En droit, comme en médecine, les mots ont un sens précis : en effet, en vertu de l'article 2 de la loi n°83-464 du 13 juillet 1983 (JORF, 14 juillet), le statut général des fonctionnaires n'est pas applicable aux médecins (car il leur interdirait d'avoir parallèlement une activité privée lucrative).

62 D. n°2001-367 du 25 avril 2001, *JORF*, 28 avril, p. 6733 et D. n°2005-20 du 11 janvier 2005, *JORF*, 13 janvier, p. 557. Cette dénomination usuelle de «secteur privé» est commode mais inexacte : 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.

- deux types d'établissements : 1° les établissements de soins privés, dits « cliniques », qui appartiennent à des personnes privées et sont régies par des règles de droit privé⁶³ et 2° les hôpitaux qui sont la propriété de l'État et relèvent du droit public dans leur organisation et leur fonctionnement.

De cette bipartition, il résulte l'existence de deux systèmes de droit : le droit médical privé, connecté sur le droit civil (ou droit commun) et le droit médical public, lié au droit administratif, appelé plus communément droit hospitalier.

Pour connaître et comprendre le droit médical privé il n'est pas possible d'ignorer le droit civil. Et d'ailleurs, chez nous – contrairement à d'autres pays, par exemple les Pays-Bas⁶⁴ – le contrat médical est toujours un contrat *sui generis*, ou, si l'on préfère, un contrat régi pour l'essentiel par les règles générales applicables aux contrats civils ordinaires⁶⁵. Il en est de même de la responsabilité médicale devant les juridictions civiles, qui obéit aux mécanismes génériques de la responsabilité de droit commun. Certes, la tendance actuelle incline vers l'introduction de règles spécifiques, affinant les solutions civilistes. C'est particulièrement net en matière de responsabilité depuis les lois de 2002. Mais on ne dira jamais assez que, d'une large mesure encore, « le droit civil est la source du droit médical », que « le droit médical est du droit civil, des personnes, des biens, des obligations⁶⁶ » 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 problèmes⁶⁷ ».

De même pour connaître et comprendre le droit hospitalier, il est impossible de méconnaître le droit administratif : le statut des praticiens hospitaliers est un statut administratif fortement marqué par le droit de la fonction publique, les contrats et la responsabilité hospitaliers sont commandés par les principes gouvernant ces matières en droit administratif.

Chacun de ces deux systèmes de droit relève de tribunaux différents. En effet 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, civil et pénal, et l'Ordre administratif de juridiction qui a vocation à appliquer aux litiges impliquant l'administration des règles spéciales

63 À y regarder de près, à l'intérieur des établissements privés, il faudrait distinguer les établissements à but lucratif soumis au droit commercial et les cliniques sans but lucratif, relevant pour l'essentiel du droit civil.

64. En droit néerlandais, depuis la loi du 1^{er} avril 1995 (*Burgerlijk Wetboek*, nouvel art. 446), le contrat médical (dit « contrat d'accomplissement d'actes médicaux ») est un contrat civil particulier, régi par des règles spécifiques (J. Massion, « L'éthique dans la législation sanitaire en Europe », *RDS*, 1998-1999, p. 208).

65. Pour l'essentiel. En effet, de fins observateurs avaient noté de bonne heure « une manifestation du ministère de service public, incluse dans la mission du médecin même privé » (R. et J. Savatier, J.-M. Auby et H. Péquignot, *Traité de droit médical*, Librairies techniques, Paris, 1956, n° 254).

66. G. Mémeteau, « La présentation du droit médical dans la Revue trimestrielle de droit civil », *RTDC*, avril-juin 2002, p. 254. Et, du même auteur, « L'utilité du droit médical », *RRJ*, 2005.

67. Obs. D. Ammar, *D.* 1999.729 sous Cass. com., 8 juin 1999 (à propos d'un problème relatif au droit des transports maritimes). En d'autres termes, il faut bannir le mauvais cliché du vide juridique dont chaque juriste sait qu'il n'existe pas grâce au Code civil qui dispose en son article 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

(le droit administratif), traditionnellement plus favorables aux intérêts publics qu'à ceux des particuliers.

Et, à travers l'ample réseau des hôpitaux publics⁶⁸ et le personnel des praticiens hospitaliers, qui ont la qualité d'agents publics⁶⁹, même si leurs statuts leur abandonnent une possibilité d'exercice libéral parallèle dans le « secteur privé » de l'hôpital⁷⁰, tout un pan du droit médical est en principe⁷¹ régi par le droit hospitalier qui fonde théoriquement la compétence des juridictions

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

69. Les médecins ne sont pas fonctionnaires au sens strict, les sages-femmes peuvent l'être (M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 2003, p. 324).

70. D. n° 2001-367 du 25 avril 2001, *JO* 28 avril, p. 6733 et D. n° 2005-20 du 11 janvier 2005, *JO*, 13 janvier, p. 557. Cette dénomination usuelle de « secteur privé » est commode mais inexacte : 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.

71. Ceci résulte de deux décisions du Trib. Confl., 25 mars 1957 Chailloux et Isaac Slimane. Antérieurement à cette date, les choses étaient moins claires. Dans un premier temps, la combinaison des dispositions de l'article 25 de la loi du 15 juillet 1893 et de l'article 1^{er} de la loi du 7 août 1851 avait permis la dévolution du contentieux entre les malades et l'hôpital aux juridictions judiciaires, réserve faite des indigents admis gratuitement au sein des établissements en exécution, disait-on, d'une prérogative de puissance publique fondant la compétence du juge administratif. Mais la Cour de cassation a adopté en la matière des arrêts contradictoires, qui ont rendu sa position « fort équivoque » (R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier, H. Péquignot, *Traité de droit médical*, Librairies Techniques, Paris, 1956, n° 507 et s.), alors que la juridiction administrative a défendu sa compétence, au motif que les médecins hospitaliers étaient assimilables aux autres collaborateurs ou agents du service public. Il en a résulté les décisions clarificatrices du Tribunal des conflits qui ont conforté la position des administrativistes en 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 (CE, 10 octobre 1973), en clinique ouverte (CE, 4 juin 1965) ou dans un hôpital local (cf. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 1996, p. 56). Les exemples de fautes personnelles sont apparemment 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 (CE, 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 (CE, 18 décembre 1993, Rec., p. 658). Ceci ne doit pas dissimuler que la faute personnelle n'est que rarement retenue.

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., p. 50-51 sq).

administratives⁷².

Certes tout le secteur hospitalier n'échappe pas au droit commun : tel est le cas des structures anciennement dénommées « cliniques ouvertes⁷³ » dans les hôpitaux publics et du secteur libéral de consultation à l'hôpital⁷⁴, où la responsabilité encourue par le praticien obéit aux règles civiles⁷⁵, conformément à des solutions de nos jours couramment admises dans le monde administratif⁷⁶.

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 »⁷⁷. Par ailleurs, lorsqu'un PH commet une faute personnelle détachable du service (civile ou pénale), il perd son immunité et peut⁷⁸ 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).

Mais 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, depuis plusieurs décennies, la faute la plus légère peut être retenue à leur encontre. Mais ce n'est pas le cas pour les hospitaliers dont la responsabilité

72. 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 (voir note précédente).

73. Les cliniques ouvertes sont des services hospitaliers dans lesquels les personnes sollicitant des soins contractent directement avec le praticien de leur choix et où les praticiens perçoivent leurs honoraires par l'intermédiaire de l'administration (O. n°96-346 du 24 avril 1996 et D. n°93-371 du 18 avril 1997 portant règlement de la création d'un régime de clinique ouverte au sein des établissements publics). Ce dispositif n'existe pas en Polynésie française.

74. CSP, art. L. 6154-1 ss (non-applicable à la Polynésie française).

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

76. En dépit des règles traditionnelles établissant un lien entre l'application des règles exorbitantes du droit privé et la compétence de la juridiction administrative (Trib. Confl. 8 février 1873, Blanco), 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 HLM dont le contentieux est régi par le droit privé (CE, 6 octobre 1965, Denis, Rec. CE, p. 491 ; CE, 22 janvier 1971, Jure et Orbier, Rec. CE, p. 61 ; CA Aix-en-Provence, 21 avril 1983, *Gaz. Pal.* 1983, somm. p. 278).

77. Cass. crim., 28 janvier 1942, Teyssier (décision antérieure à celles du 25 mars 1957 « Chailloux » 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 fondée sur « le respect de la personne humaine » en des 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 ».

78. 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).

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. Ce n'est d'ailleurs que par un arrêt de 1935 que le Conseil d'État a reconnu pour la première fois que la responsabilité de l'État pouvait être engagée en raison de son activité médicale⁷⁹. Et jusqu'en 1992, la responsabilité de l'établissement public de santé ne pouvait être engagée qu'en cas de faute lourde⁸⁰. Le contenu de l'obligation faite aux professionnels de santé d'informer leurs patients a certes été fixé dès 1942 – par la Cour de cassation dans le fameux arrêt Teyssier⁸¹ – mais le juge administratif n'a admis qu'en 1988 de condamner un hôpital public pour défaut d'information⁸². Dès avant la loi du 4 mars 2002, s'agissant des infections nosocomiales la jurisprudence judiciaire avait établi un système très rigoureux pour les établissements de santé privé : une responsabilité sans faute dont l'établissement ne pouvait s'exonérer que s'il rapportait la preuve (presque impossible à établir) d'une cause étrangère⁸³, alors que pour les hôpitaux la jurisprudence administrative s'en tenait à la présomption de faute⁸⁴.

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 1990⁸⁵, la responsabilité sans faute qui pesait sur les hôpitaux pour certains aléas

79. CE, 8 novembre 1935, Dame Vion et Philipponeau, Rec. *Lebon*, p. 1019-1020.

80. Le Conseil d'État considérait traditionnellement que, seule la faute médicale lourde pouvait être retenue comme fondement de la responsabilité hospitalière (*supra* note n° 129). Cette jurisprudence a duré cent cinquante ans (CE, 10 avril 1992, Époux V. abandonnant l'exigence de faute lourde pour les actes médicaux, Rec., p. 171, concl. Legal, *AJDA* 1992.335, concl. Legal; *JCP* 1992.II.21881, note J. Moreau; *RFDA* 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).

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

82. CE, 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).

83. Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1999 (trois arrêts), *D.* 1999. Somm. 395.

84. CE, 9 décembre 1988, Cohen, Rec., p. 431; CE, 1^{er} mars 1989, Bailly, Rec. p. 908; CE, 14 juin 1991, Maalem, Rec. p. 1185; CE, 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 patient était porteur du germe lors de son entrée à l'hôpital (CAA Paris, 18 mai 1999, Neveu, inédit). La loi du 4 mars 2002 a clos le débat.

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

CAA 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 crée 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

thérapeutiques dès lors que deux conditions étaient réunies : l'extrême gravité du préjudice et le caractère exceptionnel du risque⁸⁶. Même dans ces limites⁸⁷, la réparation était *a priori* plus ouverte que dans le secteur privé⁸⁸, bien que le critère de gravité du dommage réduise drastiquement les possibilités pratiques de réparation : quatre seulement sont admises par des cours administratives d'appel⁸⁹. Il est vrai que la réparation administrative devait se plier de surcroît

de mise en œuvre de la responsabilité sont « particulièrement sévères » (M. Fortunet, *L'émergence de la notion d'aléa thérapeutique*, Mémoire DEA 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 été transposée par des tribunaux administratifs à d'autres techniques : TA Toulouse, 16 novembre 1995 Cts D., CPAM de Tarn-et-Garonne c/ Centre hospitalier de Montauban, *LPA*, 10 juin 1996, n° 70, p. 11 ; TA Amiens, 18 novembre 1994, Henri Boulongne et autres c/ CH de Montdidier et soc. Storz France, *Gaz. Pal.*, 1995, pan. droit adm., p. 156.

CE, Ass., 10 avril 1992, Époux 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 césarienne et victime d'une succession d'erreurs ayant entraîné d'importants dommages. Désormais, toute faute de l'hôpital entraîne sa responsabilité.

CE, 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).

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 CE, 26 mai 1995, Pavan, N° guyen et Jouan).

86. 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 :

CE, 3 novembre 1997, Hôpital J. Imbert d'Arles, n° 153686, *JCP G* 1997, II, 10016, note J. Moreau ; *AJDA* 1997, p. 1016, chr. Girardot et Raynaud ; *RFDA* 1998, p. 90, concl. Mme Pécresse ; *RDSS* 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).

CE, 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).

CE, 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).

CE, 15 novembre 2006, n° 279273 (pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002), *Gaz. Pal.*, Rec., 2007-2, p. 1296.

87. En effet tout accident sans faute à l'hôpital ne peut donner automatiquement lieu à indemnisation (c'est ce que révèle d'ailleurs CE, 5 janvier 2000, Telle, *JCP G*, 2000, p. 130).

88. En effet, les médecins ne sont pas contractuellement tenus d'indemniser les conséquences de l'aléa thérapeutique (Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2000, Tourneur, *D.* 2000, Info. rap., p. 292 ; *RDSS* 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 ; voir également : Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2001, Bull. n° 86.

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

à une prescription réduite à quatre ans⁹⁰, alors que la responsabilité civile du médecin à l'égard de son patient courait sur trente ans⁹¹.

La matière est donc complexe et subtile. C'est encore plus vrai en Polynésie française, où s'appliquent des principes et des mécanismes spécifiques.

90. 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).

91. 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 prescription unique de dix ans « à compter de la consolidation du dommage » (CSP, art. L. 1142-28).

III – L'ORIGINALITÉ DE LA SITUATION INSTITUTIONNELLE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

par Marc Debène

«La Polynésie française comprend les îles du vent, les îles sous le vent, les îles Tuamotu, les îles Gambier, les îles Marquises et les îles Australes, ainsi que les espaces maritimes adjacents»⁹². Les cinq archipels sont dispersés sur une surface maritime grande comme l'Europe faisant bénéficier la France d'une des plus grandes zones économiques exclusives du monde⁹³. Ces îles du Pacifique sud ont été «découvertes» à partir de la fin du XVI^e siècle par les circumnavigateurs qui leur donnèrent le nom des bailleurs de fonds (en 1595, l'espagnol Mentana atteint les Marquises qu'il dédie à la marquise de Mendoza, épouse du vice-roi du Pérou ; en 1769, James Cook nomme Tahiti et les îles du vent comme les îles sous le vent «îles de la société» en l'honneur de la *Royal society*) ou les désignèrent par référence à leur situation géographique (les Australes ainsi baptisées par le même James Cook en 1769). Les Tuamotu atteintes par les Hollandais dès 1616 furent les seules à prendre un nom polynésien, les Gambier étant dédiées à un amiral britannique dont le compatriote Wilson put accoster grâce à son concours à Mangaréva en 1797⁹⁴.

Avec les missionnaires de la société des missions de Londres (LMS) arriva l'Evangile⁹⁵. Les polynésiens qui occupaient ces îles depuis plusieurs siècles abandonnèrent peu à peu leur religion traditionnelle et leurs lieux de culte, les *marae*⁹⁶ dont la signification était aussi sociale et foncière, la terre étant traditionnellement conçue comme un bien familial, inaliénable et sacré. Les pasteurs imposèrent alors de nombreux interdits (*tabu*) plus tard regroupés dans des «Codes des lois»⁹⁷. Les chefs devinrent *tavana* (de l'anglais *governor*) dans le cadre des districts. Une assemblée parlementaire à l'anglaise créée en 1824 adopta des lois interdisant la vente des terres aux étrangers ou la propagation des doctrines non protestantes. Parallèlement, les contacts avec les Européens entraînèrent la diffusion de diverses maladies décimant les populations. L'arrivée de missionnaires catholiques qui s'installèrent aux Gambier dès 1834 suscita des

92. Art. 1^{er}, al. 1, Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut de la Polynésie française.

93. Après celles des États-Unis, de l'Australie, de la Russie, du Canada et de la Chine. La ZEE est un espace maritime sur lequel un État côtier exerce des droits souverains en matière d'exploration et d'usage des ressources (Convention des Nations-unies pour le droit de la mer dite de Montego-Bay du 10 décembre 1982).

94. Sur l'histoire des institutions de la Polynésie française voir notamment Bernard Gille, in Antoine Leca et Bernard Gille, *Histoire des institutions de l'Océanie française*, Mondes océaniques, L'Harmattan, Paris, 2009.

95. L'arrivée de l'Evangile est fêtée chaque année le 5 mars.

96. Eric Conte, *L'archéologie en Polynésie française*, Au vent des îles, Tahiti, 2000, 320 pages.

97. Sylvia Richaud, *Les premiers Codes missionnaires écrits de Tahiti et des îles : impact bénéfique ou néfaste?*, Thèse, UPF, Tahiti, 2005.

affrontements entre représentants des puissances coloniales.

En 1842, au hasard des rivalités entre la France et la Grande Bretagne, le vice-amiral Dupetit-Thouars prit possession des Marquises et procéda à l'annexion de l'archipel, l'année même de l'instauration du protectorat sur les îles de Tahiti et dépendances où la monarchie des Pomaré⁹⁸ s'était imposée depuis la bataille de Fei Pi (1815). Le traité signé par la reine Pomaré IV ne fut ratifié qu'en 1843. La reine conservait ses compétences législatives et administratives. La France assurait les relations extérieures et le maintien de l'ordre public. Si les institutions polynésiennes perdurèrent, les commissaires français, commissaires du Roi, commissaires impériaux puis commissaires de la République, réduirent peu à peu les pouvoirs de la Reine et limitèrent les réunions de l'assemblée. Le Ministère des colonies géra ainsi les Établissements français d'Océanie (EFO⁹⁹) qui comprenaient jusqu'à 1860 la Nouvelle Calédonie. Le Code civil fut introduit à partir de 1866. Le processus aboutit logiquement à l'annexion des îles de la société et des Tuamotu ratifiée par la loi du 30 décembre 1880, octroyant la citoyenneté aux sujets de Pomaré. La même décision fut prise pour les Gambier en 1881, pour les Australes en 1900. Mais il fallut attendre 1945 pour que l'ensemble des habitants des archipels accèdent à la citoyenneté. La colonie était administrée par le commandant des EFO puis par un gouverneur assisté d'un conseil général (1885, par référence à la loi de 1871 sur l'organisation des départements) de dix-huit membres élus tant par les Européens que par les anciens sujets du Roi devenus citoyens français. À partir de 1903, il fut remplacé par un conseil d'administration dont le rôle était consultatif. Les Polynésiens participèrent aux deux guerres mondiales, notamment dans le cadre du bataillon du Pacifique.

Après la seconde guerre mondiale, la Constitution du 27 octobre 1946 dont le préambule affirme que «la France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion [...] [qu'elle] entend conduire [...] à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires» transforme les colonies en territoires d'outre mer «dotés d'un statut particulier tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République» (art. 74). C'est à ce moment qu'apparaît le «nationalisme tahitien»¹⁰⁰ autour du *metua* le député Pouvanaa a Oopa qui revendique la *ti'amara'a* terme qui semble pouvoir être traduit tant par autonomie qu'indépendance¹⁰¹, mais surtout l'extension des

98. Pomaré I (environ 1743-1803), Pomaré II (1774-1821), Pomaré III (1820-1827).

99. Les Marquises annexées par la France en 1842 et le protectorat sur les Gambier (1871) étaient dénommés ensemble Etablissements français de l'Océanie. Leur réunion avec les Îles du Vent sous l'autorité du gouverneur Bruat en 1843 a amené celui-ci à officialiser dans ses arrêtés le nom des ÉFO. L'appellation s'est élargie ensuite jusqu'à inclure la Nouvelle Calédonie puis s'est limitée, à partir de 1860, aux terres françaises de la Polynésie orientale. Le protectorat y est transformé en colonie en 1881, y incluant les Îles Australes en 1887, 1900, 1901 et les Îles Sous le Vent (1898). En 1946, sans changer de nom, la colonie est devenue un territoire d'Outre-mer et ce n'est qu'en 1957 que ce territoire a pris le nom de Polynésie française.

100 Pour une critique du concept, voir Renaud Meltz, «La bombe et l'invention d'une nation tahitienne», in Serge Dunis (dir.), *L'identité ultramarine de la Polynésie française : culture, histoire, langues*, Haere Po, 2010.

101. Bruno Saura, Tahiti Mā'ohi. *Culture, identité, religion et nationalisme en Polynésie française*,

lois sociales et la création d'un impôt sur le revenu. En 1956, la loi cadre du 23 juin votée sous l'impulsion de Gaston Defferre a pour objectif de répondre à cette aspiration pour l'ensemble des territoires de l'Union française. En Polynésie française¹⁰², le décret du 22 juillet 1957 met en place un conseil de gouvernement de 6 à 8 ministres présidé par le gouverneur dont le vice-président est Pouvanaa. L'assemblée territoriale qui élit les ministres et contrôle leur action est compétente dans une série de matières dont la santé publique.

En 1958, malgré l'appel du *metua* à voter non au référendum constituant du 28 septembre, le «oui» l'emporte par 63 % des voix. Oui à de Gaulle, oui à la France. Consultée sur la base de l'article 76 de la Constitution, l'assemblée territoriale se prononce pour le maintien du statut de TOM en souhaitant la suppression du poste de vice-président. Pouvanaa Oopa est alors arrêté puis condamné¹⁰³. L'ordonnance du 23 décembre 1958 supprime le poste de vice-président, remplace les ministres par des conseillers du gouvernement et accroît les pouvoirs du gouverneur. L'autonomie instituée en 1956 n'a été qu'une courte expérience à laquelle l'État met un terme. Après l'indépendance de l'Algérie, la France choisit un nouveau site d'expérimentation nucléaire. Des investissements forts sont réalisés. L'État reprend plusieurs compétences dont la lutte contre les grandes endémies. Les essais nucléaires, d'abord aériens (1966-1974) puis souterrains (1975-1992) justifient des transferts financiers importants bouleversant l'économie et la sociologie du pays.

Les revendications autonomistes sont à nouveau portées par les élus, notamment par Francis Sanford. Une longue occupation de l'assemblée territoriale amène le président Giscard d'Estaing à accepter une première évolution. **La loi statutaire du 12 juillet 1977**, sans aller aussi loin que le décret de 1957, opte pour **l'autonomie de gestion**, en fait pour le régime classique de décentralisation administrative alors en œuvre dans les nombreuses collectivités territoriales de la République. Symboliquement, le gouverneur fait place au haut-commissaire de la République qui conserve la double fonction de représentant de l'État et de chef de l'exécutif du territoire, présidant le conseil du gouvernement dont le vice-président est Francis Sanford. Le rôle de l'assemblée territoriale est fortement revalorisé; c'est en effet depuis 1977 que le territoire a une compétence de principe, l'État n'ayant plus que des attributions limitatives. La loi prévoit en outre un nouveau type de relations financières entre l'État et le territoire, un partenariat contractuel étant institué notamment pour les équipements sanitaires. L'élection de François Mitterrand à la présidence de la République en mai 1981 se traduit par le vote des grandes lois de décentralisation. Vainqueur des élections territoriales de 1982, Gaston Flosse, alors vice-président du conseil de gouvernement est depuis 1978 partisan de l'autonomie. **La loi statutaire du 6 septembre 1984 confère au territoire l'autonomie interne**. Comme pour les départements, un terme est mis au dédoublement fonctionnel du représentant de l'État; la fonction exécutive est confiée à un président élu de la Polynésie

Au vent des îles, Tahiti, 2005.

102. Nouvelle appellation due à la loi du 26 juillet 1957.

103. Jean-Marc Regnault, *Pouvanaa a Oopa, victime de la raison d'État: les documents parlent*, Editions de Tahiti, 2003, 164 pages.

française dont les pouvoirs seront accrus par la loi du 12 juillet 1990. La tutelle a priori est remplacée par la possibilité de saisir le tribunal administratif qui contrôle la légalité des actes du président et des ministres comme des délibérations de l'assemblée territoriale. La révision constitutionnelle du 25 juin 1992 imposant une loi organique pour modifier le statut des territoires d'outre mer, c'est par cette voie imposant l'intervention obligatoire du Conseil constitutionnel qu'est adoptée **la loi statutaire du 12 avril 1996** qui apporte quelques modifications au statut précédent, supprimant l'adjectif interne au bénéfice de l'autonomie tout court¹⁰⁴. Peu satisfait de cette réforme, le président Gaston Flosse souhaite passer à l'autonomie politique en se référant au modèle calédonien reposant sur le transfert du pouvoir législatif et la reconnaissance d'une citoyenneté locale. Si les deux acteurs de la cohabitation, le président Jacques Chirac et le premier ministre Lionel Jospin, sont d'accord pour soutenir un projet de loi constitutionnelle allant dans ce sens qui fut voté en 1999 par l'Assemblée nationale et le Sénat, les aléas de la période entraînèrent la remise *sine die* du Congrès. En 2003, la réélection du président Jacques Chirac permet de réviser la constitution¹⁰⁵, d'adopter l'acte II de la décentralisation et de substituer les collectivités d'outre mer aux territoires, passant des TOM aux COM. C'est sur cette base qu'est votée **la loi organique du 27 février 2004** qui reprend l'architecture du statut de 1996¹⁰⁶ présentant la Polynésie française comme un «pays d'outre mer au sein de la République» qui se gouverne «librement et démocratiquement». (art. 1 al. 2). Elle est modifiée par la loi organique du 21 février 2007 (loi Estrosi) visant à assurer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique de la Polynésie française puis par la loi organique du 1^{er} août 2011 relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française.

1 – L'ancrage de la Polynésie française dans la République

À Papeete, flottent les deux drapeaux, celui de la République et celui du pays, considéré comme un des «signes distinctifs que la Polynésie française peut déterminer librement» (art. 1, al. 5)¹⁰⁷. La loi statutaire de 2004 s'ouvre par une qualification nouvelle. «Pays d'outre mer au sein de la République, la Polynésie française constitue une collectivité d'outre mer dont l'autonomie est régie par l'article 74 de la Constitution» (art. 1 al. 2). Si le Conseil constitutionnel n'attache «aucun effet de droit»¹⁰⁸ à la notion de «pays d'outre mer» la référence à la «collectivité d'outre mer» permet toutefois de souligner que la Polynésie française est partie intégrante de la République (A) au sein de laquelle elle dispose de l'autonomie qui lui permet de se gouverner librement (B)

104. Guy Sem y voit une simple «concession sémantique» quand Philippe Lechat considère que l'autonomie est alors «internée». Cités par Alain Moyrand, *op. cit.*, p.45.

105. Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république.

106. Olivier Gohin, Marc Joyau, L'évolution institutionnelle de la Polynésie française, *AJDA*, 21 juin 2004, p. 1242.

107. Sémir Al Wardi, *Tahiti et la France, le partage du pouvoir*, L'Harmattan, Paris, 1988.

108. Conseil constitutionnel, décision n°2004-490 DC du 12 février 2004, loi organique portant statut de la Polynésie française, Considérant n°13.

A/ La Polynésie française, partie intégrante de la République

L'annexion de 1880 comme le choix fait en 1958 ont ancré la Polynésie dans la République.¹⁰⁹ Le territoire de la République s'étend à l'outre mer. Les populations d'outre mer sont partie intégrante du peuple français. Les trois députés et les deux sénateurs élus en Polynésie française représentent la nation tout entière¹¹⁰. Si le préambule de la Constitution de 1946 fait référence aux peuples d'outre mer en leur reconnaissant le droit de libre détermination, la Constitution dispose en effet depuis 2003 que «la République reconnaît au sein du peuple français, les populations d'outre mer dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité»¹¹¹, le peuple français étant lui-même composé de «tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion»¹¹². L'article 72-3 poursuit en énumérant les départements et collectivités d'outre mer ainsi que la Nouvelle Calédonie, citant nommément la Polynésie qui est d'ailleurs la seule à être qualifiée de française. Aucun changement de statut (ce qui serait le cas pour la départementalisation ou pour la transformation d'un archipel en entité autonome) ne peut intervenir sans le consentement des électeurs de la collectivité consultés par référendum. Il en est a fortiori de même pour qu'un territoire accède à l'indépendance.

Dans les premiers temps de la Ve République, une interprétation littérale de la Constitution a pu combattre cette hypothèse, la République étant «indivisible» (art. 2) et le Président de la République «garant de l'intégrité du territoire» (art. 5). Un droit de sécession temporaire avait été ouvert en 1958, à titre exceptionnel, pour mettre en place la nouvelle organisation de la République. Mais, il a ensuite été nécessaire de trouver une voie pour permettre de répondre aux revendications fondées sur la libre détermination. La pratique s'est alors fondée sur une interprétation constructive de l'article 53 de la Constitution selon lequel «nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées». Connue sous le nom de doctrine Capitant, elle prévoit qu'après la consultation des «populations intéressées», une loi autorise la sécession. Le Conseil constitutionnel a admis ce raisonnement pour «l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant»¹¹³ étendant l'énumération à l'accession à la souveraineté internationale. Oubliant une interprétation qui

109. CE, 28 mars 2008, M. Tauatomo Mairau, n°255626, *AJDA* 2008 p. 1715. note Michel Verpeaux.

110. Conseil constitutionnel, décision n°2004-490 DC du 12 février 2004, loi organique portant statut de la Polynésie française, considérant n°14.

111 Les notions de peuple et de population sont employées ici dans leur sens constitutionnel. Le mot peuple n'a pas la même signification lorsqu'il est utilisé d'un point de vue historique, politique ou sociologique (peuple *mā'ohi*) ou même dans d'autres branches du droit (peuple premier). Voir André Roux, *Peuple et population (s) dans la constitution de 1958, Destins de collectivités politiques d'Océanie*, PUAM, 2011, Volume I, p. 81-91.

112 Conseil constitutionnel, décision 91-290 DC du 9 mai 1991, relative au statut de la Corse, considérant 13.

113. Conseil constitutionnel, décision n°75-59 DC du 30 décembre 1975, Autodétermination des Comores; voir aussi décision n°87-226 DC du 2 juin 1987, consultation des populations intéressées et dépendances (réserve aux seuls TOM); décision n°91-290 DC du 9 mai 1991, Statut de la Corse (aux seuls «peuples d'outre-mer»)

a permis à l'Algérie, à Djibouti ou aux Comores de devenir indépendants, le président Sarkozy exclut cette possibilité pour la Polynésie, évoquant alors une ligne rouge à ne pas franchir¹¹⁴. Le ministre de l'outre mer du moment ajoute que la mention expresse de la Polynésie française par l'article 72-3 imposerait une réforme préalable de la Constitution. Tel n'est pas le sens que le Conseil constitutionnel donne à cette disposition. À propos de Mayotte, il décide en effet que si ce territoire «fait partie de la République et [...] ne peut cesser d'y appartenir sans le consentement de sa population et sans une révision de la Constitution [...] [la loi organique] ne pouvait, sans empiéter sur les pouvoirs du constituant, y ajouter une révision préalable de la Constitution»¹¹⁵. En l'absence de telles dispositions constitutionnelles les populations de Polynésie française ont donc bien la possibilité de se déterminer librement.

B/ L'autonomie de la Polynésie française dans la République

La révision constitutionnelle de 2003 a substitué les COM aux TOM. L'article 74 de la Constitution institue ces collectivités dont le statut «tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République»¹¹⁶. Une loi organique adoptée après avis de l'assemblée délibérante permet de définir le statut de chaque COM. Elle fixe notamment les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables, les compétences de la collectivité et les règles d'organisation et de fonctionnement de ses institutions. Certaines d'entre elles peuvent être dotées de l'autonomie. Les alinéas 8 à 11 de l'article 74 reprennent pour l'essentiel le contenu de ce qui aurait dû être l'article 78 de la Constitution. C'est sur cette base que la loi organique du 27 février 2004 renforce l'autonomie de la Polynésie française qui dispose toujours d'une compétence de principe et d'une série de prérogatives ou de droits statutaires prévues par l'article 74. La Polynésie exerce en outre des compétences particulières précisées par la loi organique. Elle peut disposer de représentations (sans caractère diplomatique) auprès des États et des organisations du Pacifique (art. 15), négocier et signer des accords techniques ou des accords de coopération décentralisée avec eux (art. 16).

a) *La compétence de principe*

Depuis 1977, les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas attribuées à l'État ou aux communes. L'article 14 regroupe en treize rubriques les compétences de l'État. Certaines ne peuvent pas lui être retirées ; ce noyau dur est depuis 2003 prévu par l'article 73 al. 4 de la Constitution : nationalité, droits civiques, garanties des libertés publiques, état et capacité des personnes, organisation de la justice, droit pénal,

114. Nicolas Sarkozy, Discours de la Réunion, janvier 2010.

115. Cons. const. 15 février 2007, cons. 13.

116. Sur l'article 74, voir Alain Moyrand et Antonino Troianiello in François Luchaire, Gérard Conac, Xavier Prétot, *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Economica, 3^e édition, 2008.

procédure pénale, politique étrangère, défense, sécurité et ordres publics, monnaie, crédit, change et droit électoral. La loi organique précise ce domaine de souveraineté en ajoutant l'entrée et séjours des étrangers, les autorisations d'exploitation des lignes aériennes vers la métropole, les règles relatives à l'administration des communes, la fonction publique civile et militaire de l'État, la communication audiovisuelle, l'enseignement universitaire et la collation des grades, les titres et diplômes nationaux. Il n'en demeure pas moins que la collectivité d'outre mer dispose d'un champ très large. Elle doit en effet fixer les règles applicables que l'on peut regrouper en blocs de compétences : droit civil, notamment le droit des contrats et le droit des biens ; droit commercial, dont « les principes fondamentaux des obligations commerciales » (art. 140), ce qui englobe le droit de la concurrence comme le droit des entreprises en difficulté¹¹⁷ ; droit du travail. De même, les autorités de la Polynésie française disposent des compétences pour mobiliser les différentes techniques d'interventions économiques : réglementation économique (régime des prix, autorisation des investissements étrangers), création des catégories d'établissements publics ; fiscalité, budget, douane (restrictions quantitatives à l'importation...), aides aux entreprises. Enfin, la collectivité peut mener des politiques sectorielles, notamment dans le domaine de la santé publique. En outre, les autorités de la Polynésie française peuvent participer à la détermination des règles relevant de la compétence de l'État ; l'article 32-I leur donne la possibilité d'élaborer des projets et des propositions que le premier ministre doit approuver par décret soumis à la ratification du Parlement si la matière relève de la loi. Même s'il y a là un élément de participation, il paraît vain de vouloir rapprocher le statut de la Polynésie française du modèle fédéral. Si la collectivité d'outre mer est autonome, elle ne dispose pas de l'autonomie constitutionnelle. La loi organique est prise après consultation de l'Assemblée de la Polynésie française, mais le Parlement, comme en 2007, peut très bien n'en tenir aucun compte. Quant à la participation, elle n'est envisagée que pour les règles applicables en Polynésie et en aucun cas sur l'ensemble du territoire de la république.

b) Les droits statutaires

Pour les collectivités d'outre mer dotées de l'autonomie, l'article 74 de la Constitution prévoit que la loi organique peut notamment déterminer les conditions dans lesquelles des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population. Comme pour la Nouvelle-Calédonie il s'agit ici d'envisager dans quelles conditions la population peut disposer de prérogatives particulières que la loi organique garantit, reconnaissant ainsi ce qu'en Espagne on appelle droits statutaires. Gaston Flosse y voyait les fondements de la citoyenneté polynésienne qui, à la différence de la citoyenneté néo-calédonienne n'établit pas de discrimination électorale mais a une finalité essentiellement économique et sociale¹¹⁸. Mais, la

117. CE, avis du 14 mars 2000, n° 364157.

118. Gaston Flosse, la citoyenneté du pays : l'exemple de la Polynésie française, in Jean-Yves Faberon et Yves Gautier dir. *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, CHEAM, Documentation française

référence à la Constitution, notamment aux principes d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français, a amené le Conseil constitutionnel à n'accepter pour définir la population que des éléments matériels (durée suffisante de résidence en Polynésie française) à l'exclusion des références personnelles au sol (naissance en Polynésie française) combiné avec le sang (avoir un de ses parents nés qui y soit né)¹¹⁹. Pour protéger les activités de la population, la Polynésie française peut prendre des mesures favorisant l'accès aux emplois salariés du secteur privé (art. 18, al. 1) et, «à égalité de mérite», aux emplois des fonctions publiques territoriales et communales (art. 18, al. 2). Elle peut également adopter des mesures favorisant l'exercice d'une activité professionnelle, notamment d'une profession libérale (art. 18, al. 3). Le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de ces dispositions en soulignant que «les mesures prises [...] doivent, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, être justifiées par des critères objectifs en relation directe avec les nécessités du soutien ou de la promotion de l'emploi local»¹²⁰. Le Conseil d'État en a tiré toutes les conséquences de droit en annulant les lois du pays adoptées en 2009 tant pour le secteur privé (critères trop généraux ne tenant pas compte de la difficulté d'accès des résidents à l'emploi)¹²¹ que pour les fonctions publiques (en réservant 95 % des postes aux résidents la loi du pays impose des restrictions qui ne sont pas strictement nécessaires et méconnaît le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics)¹²².

L'article 19 de la loi organique envisage la mise en place d'un régime de déclaration des transferts de propriétés foncières assortis d'un droit de préemption exercé par le conseil des ministres de la Polynésie française dans les deux mois «dans le but de préserver l'appartenance de la propriété foncière au patrimoine culturel de la population de la Polynésie française et l'identité de celle-ci, et de sauvegarder ou de mettre en valeur les espaces naturels». Une loi du pays devrait logiquement se substituer à la délibération de 1996 soumettant à autorisation préalable les investissements étrangers permettant d'acquérir un bien immobilier en Polynésie française¹²³. En imposant cette formalité aux étrangers sans distinguer les ressortissants des États membres de l'Union européenne, cet acte est doublement irrégulier¹²⁴. La protection du patrimoine foncier qui peut passer par des mesures réglementaires ou financières pour en assurer la valorisation ne peut en effet se traduire par des mesures individuelles qu'en respectant le principe d'égalité, étant entendu que si des distinctions peuvent être faites pour tenir compte de la différence de situation, elles ne peuvent se fonder que sur le critère objectif de la résidence.

1999.

119 Conseil constitutionnel, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, loi organique portant statut de la Polynésie française, considérant n°33.

120 Conseil constitutionnel, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, loi organique portant statut de la Polynésie française, considérant n°32.

121. CE, 25 novembre 2009, Société Polynésie interim, n° 329047.

122. CE, 25 novembre 2009, Haut commissaire de la République en Polynésie française, n° 328776.

123. Délibération n° 96-141 APF du 21 novembre 1996 portant réglementation des investissements étrangers en Polynésie française.

124. TAPF, 6 mars 2012, Hames, n° 1100479.

Si l'article 74 ne se réfère qu'au patrimoine foncier, la loi organique consacre une section à l'identité culturelle en regroupant sous cet intitulé tant le foncier que la langue : l'article 58 institue un collège d'experts fonciers quand l'article 57 rappelle que la langue tahitienne est un élément fondamental de l'identité culturelle qui doit, comme les autres langues polynésiennes, être reconnue et préservée. Si, conformément à l'article 2 de la Constitution dans sa rédaction de 1992, la langue de la République est le français qui en Polynésie, comme sur l'ensemble du territoire de la République est la langue officielle, la loi organique reconnaît que, dans l'espace privé, les personnes peuvent en user librement¹²⁵. L'attachement des Polynésiens à leur langue justifie qu'elle soit considérée comme une matière enseignée dans le cadre de l'horaire normal des établissements scolaires, utilisée à la radio et à la télévision et même tolérée dans certains espaces publics¹²⁶. Élément fondamental du patrimoine local¹²⁷, la langue est reconnue par le statut, figurant ainsi dans les droits statutaires.

c) La répartition

Il est possible de s'interroger sur le bien fondé de la répartition. Elle apparaît dans plusieurs domaines inadaptée. Dans le secteur économique, celui des activités professionnelles, de la production ou de la distribution, la compétence est détenue par le pays. Son association à l'Union européenne lui permet par ailleurs d'imposer des mesures d'effet équivalent aux droits de douane sous la seule réserve du principe de non-discrimination. La Polynésie française peut ainsi s'installer dans un régime protectionniste d'un autre âge, n'étant tenue ni par le droit français ni par le droit européen de la concurrence. Son autonomie est alors beaucoup plus forte que celle de la République française par rapport à l'Ordre juridique européen. Paradoxalement, dans d'autres domaines, plus sensibles dans la mesure où ils touchent à l'identité des Polynésiens, les marges de manœuvre sont restreintes. Pour les questions foncières, l'absence d'avancées est ainsi souvent justifiée par le fait que l'État conserve des compétences en droit civil et pour fixer l'organisation judiciaire. Quant aux langues polynésiennes, leur usage dans la sphère publique et leur enseignement sont limités par une appréciation stricte des principes d'égalité et d'indivisibilité de la République.

2 – Le Gouvernement de la Polynésie française

Si la loi statutaire permet à la Polynésie française de se « gouverner

125 Voir Marc Debène, *Les langues polynésiennes et la Constitution : liberté, égalité, identité*, in Mamari Stephens éditeur, *Droit et langue dans le Pacifique sud, Essais comparatistes, Comparative Law of the Pacific/Revue juridique Polynésienne*, Hors série XIII, p. 135-161.

126. Alain Moyrand, Tony Angelo, Can the Polynesian language be used in the proceedings of the Assembly of French Polynesia?, in Mamari Stephens éditeur, *Droit et langue dans le Pacifique sud, Essais comparatistes, Comparative Law of the Pacific/Revue juridique Polynésienne*, Hors série XIII, p. 127-134.

127. Voir, Marc Debène, *Peuples, populations et patrimoine, Destins de collectivités politiques d'Océanie*, PUAM, 2011, Volume I, p. 93-102.

librement» (art. 1^{er}), l'analyse du fonctionnement des institutions de la Polynésie française conclue généralement à la «mauvaise gouvernance». Les économistes dénoncent le protectionnisme, l'absence de concurrence, l'interventionnisme tentaculaire¹²⁸. La justice livre régulièrement de longues listes d'élus mis en examen en compagnie de leurs collaborateurs ou d'agents de la collectivité souvent pour ne pas avoir respecté les biens et la morale publics. Le politiste, tentant de rendre compte des incessants changements d'alliances fait appel au concept de nomadisme¹²⁹.

En apparence, l'approche du juriste est plus modeste. Conservant le mot de Gouvernement mais l'entendant au sens large de «système institutionnel», il se place alors tant dans le champ politique que sur le plan administratif, l'un et l'autre étant ici liés dans une imbrication qu'il faut décrypter pour saisir les principes de fonctionnement des institutions polynésiennes¹³⁰. Contrairement au droit commun des collectivités territoriales, l'exécutif est ici appelé «gouvernement», son chef a le titre de «Président de la Polynésie française» et l'un et l'autre sont solidairement responsables devant un conseil élu, symboliquement érigé en «Assemblée de la Polynésie française». En prévoyant cette responsabilité du gouvernement étrangère au droit des collectivités locales, la loi statutaire a-t-elle doté la Polynésie d'un régime parlementaire? Si on entend par là un système d'équilibre entre les organes devant permettre une action continue et efficace du gouvernement, la réponse est évidemment négative. Le système politique a pu en effet être le cadre de pratiques divergentes, la stabilité d'hier favorisant la concentration des pouvoirs au profit d'un président tout puissant, l'instabilité qui lui a succédé déséquilibrant le système institutionnel au profit de l'assemblée. Depuis 2004, sept gouvernements se sont succédé, victimes des motions de défiance votées par des majorités changeantes. Pour rétablir l'équilibre, l'arsenal constitutionnel fournit quelques outils. Certains relèvent de la démocratie directe, dite aujourd'hui «participative». La loi statutaire prévoit en effet la possibilité de pétition (article 158) et de référendum local (article 159); mais ces outils sont pour l'instant demeurés lettres mortes. Reste la dissolution de l'assemblée qui permet à l'exécutif de demander aux électeurs de trancher les conflits entre les deux organes. Mais ici, cette prérogative appartient au président de la République, donc à l'État qui, comme dans tout système d'administration décentralisé, reste l'arbitre en dernier ressort. Si la loi statutaire a mis en place des institutions autonomes (A), le système peut toujours être régulé par l'État car elles restent, au-delà du discours à la fois mimétique et autonomiste, des institutions administratives.

128. Voir par exemple, T. Bambridge, J. Vucher-Visin et Florent Venayre, La gouvernance du système économique polynésien en question: comment protection et absence de concurrence obèrent la croissance, in Angelo et Sage (éds), Gouvernance et autonomie dans les sociétés du pacifique Sud, études comparées, 2010, p. 313-343; Florent Venayre, Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française, Destins des collectivités politiques d'Océanie, vol. 2, PUAM, 2011 p. 531-540.

129. Sémir Al Wardi, *Tahiti nui ou les dérives de l'autonomie*, L'Harmattan, 2008.

130. Alain Moyrand, *Droit institutionnel de la Polynésie française*, Portes océanes, L'Harmattan, 2007, 361 pages.

A/ Des institutions autonomes

Comme la Constitution de 1958, la loi statutaire place le président de la Polynésie française et le gouvernement avant l'Assemblée. Elle prévoit aussi un Conseil Économique social et culturel chargé de représenter les forces vives et de donner des avis. Le Haut conseil de la Polynésie française qui conseillait le président et le gouvernement dans la confection des actes a été brutalement supprimé par la loi organique du 1^{er} août 2011 pour des raisons financières. Si le même objectif a entraîné la limitation du nombre des ministres, celui des représentants est curieusement resté inchangé alors que l'idée semblait assez bien acceptée.

a) Le gouvernement est l'exécutif de la Polynésie française (art. 63)¹³¹

Contrairement au Président de la Ve République, le Président de la Polynésie française procède de l'assemblée qui l'élit parmi ses membres au scrutin secret, à la majorité absolue aux deux premiers tours (article 69). Une fois élu, le président nomme dans les cinq jours un vice-président (qui en cas de besoin assure l'intérim) et des ministres dont le nombre est aujourd'hui limité à 10 (article 73). La fonction exécutive est confiée au gouvernement qui conduit la politique et dispose de l'administration de la Polynésie française (art 63). Le président de la Polynésie française représente le pays, signe les actes délibérés en conseil des ministres, exécute les délibérations et les « lois du pays » qu'il a précédemment promulguées, dispose du pouvoir réglementaire pour l'application des actes adoptés par le conseil des ministres, dirige l'administration, nomme aux emplois publics, signe les contrats ; il est l'ordonnateur du budget ; ses actes sont, sauf exceptions prévues par la loi statutaire, contresignés par les ministres qui en assurent l'exécution. Mais contrairement au président de la République, il est solidairement responsable avec les ministres ; il est le chef du gouvernement dont il fait partie avec les « autres membres » (art. 74). Il en dirige l'action (art. 63).

Le Conseil des ministres est chargé collégialement et solidairement des affaires de la compétence du pays ; il arrête les projets de « lois du pays » et de délibérations ainsi que les règlements nécessaires à leur mise en œuvre. Il fixe les règles applicables aux matières déterminées par les articles 90 (18 rubriques dont 1° création et organisation des services et des établissements publics de la Polynésie française ou 17° plafonds des rémunérations soumises à cotisation et taux de cotisation pour le financement des régimes de protection sociale) et 91 (31 rubriques). Il peut en outre adopter des vœux sur les questions relevant de la compétence de l'État (art. 98).

b) L'Assemblée de Polynésie Française

L'Assemblée de Polynésie Française est composée de 57 membres élus pour cinq ans au suffrage universel direct. Le scrutin de liste impose la parité

131. Alain Moyrand, op. précité : le gouvernement, le Président de la Polynésie française, clef de voûte du système, p. 85 et s. : un organe collégial à prépondérance présidentielle (p. 112 et s.).

hommes femmes. Le choix de la représentation proportionnelle, même assortie d'un second tour et d'une prime majoritaire, n'a pas permis de dégager une majorité claire et stable¹³². L'assemblée élit son président et son bureau pour la durée du mandat (art. 121, modifié en 2011 pour éviter la répétition annuelle de la compétition). La commission permanente composée à la proportionnelle des groupes politiques (art.127) règle les questions qui lui sont renvoyées par l'Assemblée et celles pour lesquelles le gouvernement considère qu'il y a urgence. L'Assemblée tient deux sessions ordinaires (art.119) auxquelles peuvent s'ajouter des sessions extraordinaires (art.120). Elle dispose d'une compétence de principe pour toutes les matières que la loi statutaire n'attribue à aucun autre organe, gouvernement ou président. L'Assemblée règle donc par ses délibérations les affaires de la Polynésie française (art.102), et par les «lois du pays» celles qui relèvent du domaine de la loi tel qu'il est défini par l'article 34 de la constitution (art.140). Elle vote le budget et les comptes de la Polynésie française; mais la loi statuaire lui impose le respect de la «règle d'or» en exigeant qu'à l'instar des autres collectivités territoriales ses recettes et dépenses soient prévues et autorisées en équilibre réel et sincère (art.144). S'il n'existe pas de loi de finances du pays, les dispositions fiscales doivent être adoptées par des lois du pays (art.145). L'Assemblée est en outre consultée par les autorités de la République sur les projets de loi ou d'ordonnances ou de décrets à caractère réglementaire qui comprennent des dispositions particulières à la Polynésie française (art. 6 et 10). Dans les matières de la compétence de l'État, elle peut voter des résolutions (art. 133); le Haut-commissaire lui soumet les propositions d'actes de l'Union européenne relatifs à l'association des pays d'outre mer (art. 135). Le conseil des ministres peut faire inscrire par priorité, à l'ordre du jour les projets qu'il estime urgents (art. 153).

L'Assemblée contrôle l'action du président et du gouvernement (art. 102). Les représentants ont en effet le droit d'être informés (art.130), posant questions orales et écrites (art. 131), créant des commissions d'enquête (art. 132), travaillant en commissions permanentes. Si la loi organique de 2007 a créé une commission de contrôle budgétaire et financier (art. 129-1), aucune disposition de la loi statutaire n'impose aux autorités locales de mettre en place un système d'évaluation, lacune que l'action des institutions de l'État va permettre de combler très partiellement. Les représentants peuvent mettre en cause la responsabilité de l'exécutif par le vote d'une motion de défiance. Pour assurer la stabilité du gouvernement, la loi statutaire a été modifiée en 2007 et en 2011, tentant d'adapter à la Polynésie française les techniques du parlementarisme rationalisé : signature de la motion par au moins un tiers des représentants qui ne peuvent apporter cette signature qu'une fois par an, mention de ses motifs et recours à la notion de défiance constructive en exigeant que soit indiqué le nom d'un candidat à la fonction de président en cas d'adoption de la motion; seuls les votes favorables sont recensés; la majorité requise doit dorénavant atteindre 3/e des représentants (art. 156). Il en est de même pour le budget qui peut dorénavant faire l'objet

132. La loi organique n°2011-918 du 1^{er} août 2011 a introduit de nouvelles règles électorales. La Polynésie française forme une circonscription électorale unique, composée de huit sections disposant d'un minimum de représentation de trois sièges. Chaque liste est constituée de huit sections.

d'une motion de renvoi votée dans des conditions similaires (art. 156-1 introduit par la loi organique n° 2011-918 du 1^{er} août 2011).

B/ Des institutions administratives¹³³

Même si le vocabulaire est constitutionnel, le droit est administratif. Ainsi, l'arrêté présidentiel nommant les ministres est un acte administratif ressortissant de la compétence du juge de l'excès de pouvoir¹³⁴. Si le président de la République peut être saisi par le gouvernement de la Polynésie française d'une demande de procéder au renouvellement de l'Assemblée avant le terme de son mandat (art. 157-1), il a aussi le pouvoir de dissoudre l'assemblée par décret motivé en cas de blocage du fonctionnement des institutions (art. 157). On retrouve alors le droit commun des institutions administratives. La Polynésie française, même si son autonomie reçoit la garantie constitutionnelle de l'article 74, reste une collectivité territoriale de la République. Le Haut-commissaire de la République, représentant de l'État, de chacun des ministres, dépositaire des pouvoirs de la République est en charge des intérêts nationaux, du respect des lois et des engagements internationaux de la France ; il « assure l'ordre public et concourt au respect des libertés publiques » (art. 3) et prend les mesures qui s'imposent (art. 166) ; chargé du contrôle administratif, il peut comme le préfet dans les départements saisir la juridiction administrative qu'il s'agisse du tribunal administratif de la Polynésie française ou directement du Conseil d'État compétent en premier ressort pour examiner la régularité des « lois du pays » (art. 176). Dans ce cas, la haute juridiction a la possibilité d'assurer non seulement le respect de la Constitution, des lois organiques et des engagements internationaux de la France mais aussi celui des principes généraux du droit qui s'imposent aux actes administratifs¹³⁵.

S'agissant du contrôle financier et budgétaire, le haut-commissaire peut saisir la Chambre territoriale des comptes pour pallier les défaillances budgétaires du pays. Créée par la loi n° 90-612 du 12 juillet 1990, elle siégeait à Nouméa et n'a été installée à Tahiti que dix ans plus tard sur le modèle des chambres régionales des comptes ; elle exerce en effet des compétences similaires comme juge des comptes des comptables publics. Son examen de la gestion budgétaire et comptable de la collectivité d'outre mer, des communes et de leurs satellites en fait le seul organisme d'évaluation des politiques publiques¹³⁶.

Remplaçant les anciens districts, les communes sont pour la plupart d'entre elles de création récente. Si Papeete avait été érigée en commune en 1880, Uturoa en 1945, Faa'a et Pirae en 1965, la généralisation du statut communal (et des très

133. Alain Moyrand, le rôle de l'État dans... la régulation des institutions de la Polynésie française, p. 203.

134. CE, 15 janvier 1992, Président du gouvernement du territoire de la Polynésie française, Lebon, p. 20.

135. Rémi Keller, Le recours juridictionnel spécifique à la « loi du pays », in Marc Debène, Jean-Paul Pastorel, *Les « lois du pays » en Polynésie française*, Portes océanes, L'Harmattan, 2011.

136. Bernard Poujade, La chambre territoriale des comptes de Polynésie française, *Revue juridique de Polynésie française* p. 117, <http://www.upf.pf/IMG/pdf/09-RJP15-Chambre-territoriale-des-Comptes-PF.pdf>.

nombreuses communes associées) ne date que de la loi du 24 décembre 1971¹³⁷. Si elles constituent des collectivités territoriales de la République (art. 6) et à ce titre, s'administrent librement, leurs compétences fixées par la loi statutaire sont limitées; l'article 43 I vise uniquement la police municipale, la voirie communale, les cimetières, les transports communaux, les écoles et les services environnementaux de base (eau potable, ordures ménagères, déchets végétaux et eaux usées); une «loi du pays» pourrait y ajouter les aides et interventions économiques, l'aide sociale, l'urbanisme, la culture et patrimoine local (art. 43 II). Malgré leur rattachement à l'article 72 de la Constitution, ces collectivités territoriales sont paradoxalement soumises au pouvoir normatif de la collectivité d'outre mer¹³⁸. En attendant que celle-ci les dote d'une fiscalité communale substantielle, leur financement dépend essentiellement des concours de l'État et du pays, notamment par l'intermédiaire du fonds intercommunal de péréquation (art. 52). Longtemps sous la tutelle de l'État, les communes passent peu à peu au droit commun. Une ordonnance du 7 octobre 2010 étend en les adaptant les principales dispositions du Code général des collectivités territoriales, leur permettant notamment de se réunir dans le cadre d'une intercommunalité sous forme d'EPCI. Une ordonnance de 2005 crée une fonction publique communale pour doter les communes de personnels compétents recrutés selon les principes républicains d'égalité et de neutralité. Pour les uns, l'action de l'État est justifiée par la nécessité de créer des contrepoids, introduisant ainsi une nouvelle balance des pouvoirs. Pour les autres, elle installe une situation ambiguë dont il conviendrait de sortir. La comparaison est alors faite avec d'autres pays ou territoires, évoquant les perspectives ouvertes en Nouvelle Calédonie ou dans les formules d'association utilisées par divers petits États insulaires du Pacifique sud, s'interrogeant alors sur le point de savoir si la république peut, dans le cadre actuel, continuer à garantir l'autonomie de la Polynésie française et à favoriser l'évolution de cette autonomie de manière à conduire durablement la PF au développement économique, social et culturel (art. 1, al. 3).

137. Jean-Marc Regnault, *Histoire comparée des communes de nouvelle calédonie et de Polynésie française des origines à 1977 ou comment tirer des enseignements d'une histoire chaotique*, in *Mélanges paul de Deccker, Mondes océaniques*, L'Harmattan, 2010.

138. Jean-Paul Pastorel, *Paradoxes dans les communes dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle Calédonie*, RDP, 3-2011, p. 605.

IV – DE LA COMPÉTENCE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE SANTÉ

par Jean-Paul Pastorel

La sécularisation de l'assistance et la passion pour l'égalité, portées par le souffle de la Révolution française, ont réuni « en une masse commune dans les mains de la Nation »¹³⁹ tous les fonds nécessaires à l'assistance. C'est dans cet esprit que le législateur républicain a entrepris de mettre en place, dès la fin du XIXe siècle, un grand service public national de la santé¹⁴⁰.

L'expansion coloniale de la fin du XIXe siècle a imposé la création du Corps de santé des colonies et pays de protectorat¹⁴¹. Cet organisme civil a recruté la majorité des médecins de la Marine « en service colonial » et fournit l'ossature du Service de santé des Troupes coloniales qui suivra la création des Troupes coloniales, en 1900. En parallèle, le Service de santé des Troupes coloniales a poursuivi sa progression en formant du personnel autochtone (infirmiers, assistants sanitaires, sages-femmes...) créant ainsi un maillage d'hôpitaux secondaires, de postes médicaux, de dispensaires puis de léproseries, d'hypnoseries et de maternité¹⁴². Les systèmes de santé dans les colonies ont d'abord été des systèmes militaires. Le système de santé en Polynésie française est fondé historiquement par des médecins de marine en service colonial. Dès 1848 est édifiée une infirmerie militaire, qui deviendra en 1884 le premier hôpital à Papeete, l'hôpital général de Vaïami¹⁴³.

139. Troisième rapport, AP, 1^{re} annexe à la séance du 21 janv. 1791, p. 369, t. 22. Voir Borgetto (M.), « La notion de fraternité en droit public français », *LGDJ*, 1993, p. 158.

140. Borgetto (M.), « Secours publics et service public », dans Guglielmi (J. G.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 37.

141. Carton (P.), *La santé aux colonies : expérience de la doctrine hippocratique*, Librairie Le François, 1938 ; Clément (R.), *L'œuvre de la France à Madagascar*, Entreprises et produits de Madagascar, janvier-mars 1950, p. 79-104 ; Domergue-Cloarec (D.), *Politique coloniale française et réalités coloniales : la santé en Côte d'Ivoire, 1905-1958*, Académie des sc. d'outre-mer, 1986 ; Lapeyssonnie, *La médecine coloniale. Mythes et réalités*, coll. « Médecine et histoire », 1988 ; Touati (F.-O.), *Maladies, médecines et sociétés. Approches historiques pour le présent*, L'Harmattan, 1993 ; Bado (J.-Cl.), *Médecine coloniale et grandes endémies en Afrique*, Khartala, 1996 ; Monnaïss-Rousselot (L.), *Médecine et colonisation. L'aventure indochinoise, 1860-1939*, Paris, CNRS, 1999 ; Monnaïss (L.), *Paradoxes d'une médicalisation coloniale*, ARSS, 2002-3, n° 143, p. 36-43 ; Delaunay (K.), « La santé et ses pratiques en Afrique : enjeu des savoirs et des pouvoirs XVIIe-XIXe siècle », *Outre-mers, revue d'Histoire*, n° 346-347, 2005 ; Bado (J.-Cl.) (dir.), *Les conquêtes de la médecine moderne en Afrique*, Karthala, 2006.

142. Pluchon (P.) (dir.), *Histoire des médecins et pharmaciens de Marine et des Colonies*, Privat, 1985 ; Héraut (L.-A.), *La médecine militaire coloniale française : une aventure médicale de trois quarts de siècle (1890-1968)*, Arodan, Colombes, France, 2006 ; Cristau (P.), Wey (R.) et Héraut (L.-A.), *Les hôpitaux militaires des colonies*, SGA/DMPA et l'ECPAD, 2012.

143 Bouge (L.-J.), Léon Saaportas (1886-1948), *Journal de la soc. des océanistes*, t. 4, 1948, p. 146-147 (sur le chef du service d'hygiène de Tahiti) ; Margueron (D.), « Médecine coloniale et soins indigènes, ou l'inculturation de la médecine occidentale en Polynésie », dans *Le paradis, savoir médical et pouvoir de guérir à Tahiti*, n° 3, éd. La pensée sauvage, 2007 ; Gille (B.), « Santé publique

Lorsque la Constitution du 27 octobre 1946 mit un terme à l'empire colonial français, la Polynésie française devint un territoire d'outre-mer. La loi-cadre Defferre n° 56-619 du 23 juin 1956, dont la portée historique est, selon la formule de Léo Hamon, « l'abandon de la voie de l'assimilation », permit au gouverneur des Établissements français d'Océanie d'organiser les assurances sociales. C'est ainsi qu'un arrêté gubernatorial du 28 septembre 1956 créa la Caisse de compensation des prestations familiales et un autre arrêté du même jour mit en œuvre le régime des prestations familiales au profit des travailleurs salariés. Mais l'esprit de la loi-cadre consistait à « associer plus étroitement les populations d'outre-mer à la gestion de leurs intérêts propres » et autorisait le gouvernement à doter les assemblées territoriales d'un pouvoir délibérant élargi et à instituer des conseils de gouvernement chargés d'assurer l'administration des intérêts territoriaux. De fait, le décret n° 1957-812 du 22 juillet 1957 dota le territoire d'un statut qui, tout en réservant au gouverneur un rôle déterminant, attribua à l'assemblée territoriale le pouvoir de prendre des délibérations portant réglementation immédiatement exécutoire dans des matières qui, en métropole, étaient réservées au Parlement. Parmi ces matières, se trouvait la santé.

Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer de 1958 ayant maintenu pour les territoires d'outre-mer, le principe de l'organisation particulière de ces territoires « tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République »¹⁴⁴, aucun des statuts institutionnels qui se succédèrent, ne remit jamais en cause la compétence de la Polynésie française en matière de santé. Dans la loi organique de 2004 actuellement en vigueur, on lit que « les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par l'article 14, sous réserve des compétences attribuées aux communes ou exercées par elle en application de la présente loi organique ».

Dans sa décision du 27 juin 2001, le Conseil constitutionnel a rappelé le caractère exclusif de la compétence de la Polynésie française en matière de santé¹⁴⁵ « Considérant que la santé n'est pas au nombre des compétences de l'État limitativement énumérées [...] et relève dès lors [...] de celles des autorités de la Polynésie française ».

En conséquence, la Polynésie française a l'entière compétence pour poser le cadre normatif de son action en matière de santé, pour définir une politique de santé, assortie d'objectifs, pour organiser, gérer et contrôler le système de santé, et pour définir les modalités de financement de cette organisation.

Toutefois, dans de nombreux domaines, la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française, recèle des risques de chevauchement. C'est que l'État reste compétent pour garantir les domaines de « souveraineté » (I) et pour assurer son devoir de solidarité nationale (II).

et démographie en Polynésie française du XVIII^e siècle à nos jours », *RJP* 2011, p. 1-10.

144. Luchaire (F.), *Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer*, Économica, 1992.

145. CC n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'IVG et à la contraception*, cons. 20, Rec. p. 74.

1 – Le champ des compétences du Pays à l'épreuve de la compétence de l'État en matière de garantie des domaines de souveraineté

Il ressort du 4^e alinéa de l'article 74 de la Constitution, issu de la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, que « le transfert de compétences de l'État ne peut porter sur les matières énumérées au 4^e alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ». Ce quatrième alinéa de l'article 73 énumère douze chefs de compétence de l'État qui recoupent les domaines dits de « souveraineté » destinés à régir l'ensemble du territoire national, parmi lesquels « l'état et la capacité des personnes » et la « garantie des libertés publiques »¹⁴⁶. Au terme de cette « réserve constitutionnelle », les matières susmentionnées ne sont pas susceptibles d'être transférées à une collectivité d'outre-mer¹⁴⁷. Or, en matière de santé, l'État dispose d'un droit de regard quasi permanent sur l'organisation du système de santé chaque fois que sont en cause l'état et la capacité des personnes (A) et l'exercice des libertés publiques (B).

A/ De l'état et de la capacité des personnes.

Tout ce qui touche à l'état et à la capacité des personnes ressortit à la compétence exclusive de l'État. Ce domaine de compétences n'est pas sans incidence sur la répartition des compétences entre l'État et le Pays.

a) Les droits des usagers du service de santé

L'État a entendu faire bénéficier les usagers du service de santé de droits considérés comme inhérents à la personne humaine.¹⁴⁸ C'est ainsi que les dispositions relatives aux droits des personnes malades (art. L. 1541-1 à L. 1541-3 du Code de santé)¹⁴⁹, aux recherches biomédicales (art. L. 1541-4), à l'examen des caractéristiques génétiques, à l'identification génétique et à la recherche génétique (art. L. 1541-5), au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain (art. L. 1542-1 à L. 1542-14), y compris les dispositions pénales des articles L. 1543-1 à L. 1543-6, à la réparation des conséquences des risques sanitaires (art. L. 1544-1 à L. 1544-8) et aux pouvoirs d'enquête en matière de santé publique (art. L. 1544-8-1) ont été rendues applicables en Polynésie française¹⁵⁰.

Pour autant, n'ont pas été étendues à la Polynésie française, les dispositions dont le financement et la mise en œuvre ne peuvent être assumés que par le Pays, notamment les dispositions relatives :

146. Haquet (A.), *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004.

147. Luchaire (F.), *Le statut constitutionnel de la Polynésie française*, Economica, 2005 ; Moyrand (A.), *Droit institutionnel de la Polynésie française*, 2^e éd., L'Harmattan, 2012.

148. Conseil d'État, *La révision des lois de la bioéthique*, Documentation française, 2009 ; Feldmann (G.), *La bioéthique*, Armand-Colin, 2010 ; Hennette-Vauchez (S.), *Le droit de la bioéthique*, La Découverte, 2009 ; Lemas (N.), *Bioéthique : une nouvelle frontière des valeurs ?*, Ellipses, 2009.

149. Tabuteau (D.) (s/d), *Les droits des malades et des usagers de la santé, une législation plus tard*, éd. Santé, 2008.

150. Muzny (P.), *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz, 2010.

- au suivi scolaire dans les établissements de santé (art. L. 1110-6)¹⁵¹;
- au régime des accréditations qui normalement tient compte des mesures prises pour assurer le respect des droits des personnes malades (art. L 1110 7);
- à l'interdisciplinarité des équipes qui prodiguent des soins palliatifs en institution ou à domicile (art. L 1110-10);
- aux recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information aux malades par la Haute autorité de santé (art. 1111-2 al. 6);
- à l'obligation d'informer le patient sur le coût et les conditions de remboursement par les régimes d'assurance maladie (art. L 1111-3);
- aux délais de communication des informations demandées par les patients (art. L 1111-6 al. 2);
- aux dispositifs relatifs aux contrats d'hébergement et aux modalités d'accès et de transmission des données médicales (art. L 1111-8 al. 3);
- aux recommandations de bonnes pratiques établies par la Haute autorité de santé¹⁵² concernant l'accès aux informations (art. L 1111-9).

De même, ne sont pas davantage concernés :

- les droits des personnes hospitalisées (art. L. 1112);
- la responsabilité des établissements à l'égard des biens des personnes accueillies (art. L. 1113);
- la participation des usagers au fonctionnement du système de santé (art. L. 1114).

À travers ces exemples, on voit que la volonté de faire bénéficier les citoyens habitant la Polynésie française des dispositions propres à leur garantir des droits identiques à ceux de leurs concitoyens de métropole, en tant qu'usagers du service public de la santé, est limitée par la compétence de principe de la Polynésie française dans l'organisation de la santé dans le territoire. Cette limite n'est pas liée à la répartition des compétences, mais au fait que l'État «s'auto-limite» en quelque sorte pour éviter, par exemple, d'avoir à imposer au territoire des dispositifs normatifs impliquant des financements.

b) La sécurité sanitaire

Traditionnellement, la sécurité sanitaire a été la grande affaire de l'État, notamment en matière de santé publique¹⁵³. La grande loi de santé publique du 15 février 1902 et les décrets du 20 mai 1910, 30 juin et 2 septembre 1914 et 8 avril 1930 sur la protection de la santé publique dans les Établissements français de

151 Fuster (P.) et Jeanne (P.), *La scolarisation des enfants en situation de handicap*, Berger-Levrault, 2009.

152 Villeneuve (P.), «La haute autorité de santé: vers une nouvelle gouvernance du système de santé?» (décret n° 2004-1139 du 26 octobre 2004), *JCP G*, Semaine Juridique (édition générale), n° 1, 12/01/2005, p. 1.

153. Murard (L.) et Zylberman (P.), *L'hygiène dans la République. La santé publique en France ou l'utopie contrariée, 1870-1918*, Fayard, 1996; Bazin (H.), *Histoire des vaccinations*, John Libbey Eurotext, 2008; Frioux (S.), Fournier (P.) et Chauveau (S.), *Hygiène et santé en Europe: de la fin du XVIII^e siècle aux lendemains de la Première Guerre mondiale*, SEDES, 2011; Monteils (E.), *Histoire de la vaccination*, Nabu Press, 2011.

l'Océanie, notamment en matière de vaccination obligatoire¹⁵⁴, et d'organisation de service d'hygiène et de prophylaxie publique (1^{er} juillet 1938), ont ainsi marqué de leur empreinte les grandes avancées de la première moitié du XX^e siècle en matière d'hygiène publique. Seul l'État avait les moyens de concourir à l'amélioration de la santé de ses ressortissants. La sécurité sanitaire est donc devenue une prérogative régalienne¹⁵⁵.

Lorsque la prévention, la santé publique et l'épidémiologie, sont passées au second plan des préoccupations des pouvoirs publics, grâce à l'essor de la médecine curative, l'État a laissé l'assemblée territoriale poursuivre, sous le contrôle du Gouverneur, cette tâche. C'est pourquoi, le titre 1^{er} du livre 1^{er} de la troisième partie relatif aux luttes contre les épidémies et certaines maladies transmissibles du Code de la santé métropolitain n'est pas applicable en Polynésie française. Ce sont des délibérations de l'assemblée territoriale qui ont régi le domaine des vaccinations, la lutte contre la tuberculose et la lèpre. Seules les dispositions du titre II, chapitre II du livre 1^{er} de cette partie, relatives à l'indemnisation des victimes contaminées, sont applicables en Polynésie française (art. L. 3841-1 Code de santé).

Toutefois, la persistance de maladies très sévères et l'apparition de crises sanitaires graves, ainsi que la prise de conscience de l'opinion comme des autorités publiques de l'impact sur la santé des facteurs environnementaux et comportementaux, (par exemple, la pollution) et comportementaux remettent d'actualité des problématiques considérées comme dépassées. Introduite dans le Code de la santé publique par les lois du 29 juillet 1994 relatives à la bioéthique, la sécurité sanitaire a été consacrée comme «une mission fondamentale du système de santé» par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. L'exigence de prévention dans les objectifs de santé publique constitue aussi un objectif constitutionnel¹⁵⁶.

Sans étendre à la Polynésie française des dispositions dont l'application serait interprétée comme un recul de l'autonomie normative du territoire, l'État a étendu à la Polynésie française, l'application de normes telles que le diagnostic prénatal (art. L 2441-1 à L 2441-4), l'assistance médicale à la procréation (art. L 2442-1 à L 2442-4), la recherche sur l'embryon et les cellules embryonnaires (art. L 2443-1), la stérilisation à visée contraceptive (art. L 2444-1), l'interruption volontaire de grossesse (art. L 2445-1 à L 2445-4), y compris les dispositions pénales (art. L 2446-1 à L 2446-3).

Toutefois, force est de constater que les conditions d'intervention du diagnostic prénatal (art. L 2441-2) font l'objet d'adaptations : en effet, l'article L 2441-2 ne précise aucunement la qualité de la structure habilitée à faire le diagnostic (art. L 2131-1); de même, l'habilitation est délivrée pour une durée

154. Instaurée par décret, la politique de vaccination obligatoire (décr. 20 mai 1910, art. 6, sur la vaccination antivariolique), a été prolongée par des délibérations de l'assemblée territoriale rendues exécutoires par arrêtés gubernatoriaux n° 68-51 AT du 11 juil. 1968 sur la vaccination antidiphtérique et antitétanique obligatoire des enfants, n° 68-74 AT du 23 août 1968 sur la vaccination obligatoire par le BCG, n° 72-68 AT du 10 mai 1972 sur la vaccination obligatoire antipoliomyélitique, etc.

155. *Rapport d'information n° 355* (N. Bricq), Sénat, 27 juin 2007, p. 61.

156. CC n° 90-283 DC, 8 janv. 1991, *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, Rec. p. 11. Voir aussi : Montalivet (P. de), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006.

illimitée (alors qu'elle doit être revue tous les 5 ans en France); par ailleurs, on note l'absence d'obligation pour le médecin d'attester que le couple a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie (il est dit simplement: «lorsqu'il est attesté que... »).

Ces adaptations sont motivées par le souci de tenir compte du contexte particulier de la Polynésie française. Mais elles donnent le sentiment d'une sécurité sanitaire *a minima*. Il faudra sans doute attendre longtemps avant que ce dispositif ne soit complété par l'État et, dans l'intervalle, l'Assemblée de la Polynésie n'est pas habilitée à intervenir, par exemple, pour renforcer les conditions d'intervention du diagnostic prénatal, dans un domaine réservé au législateur national. La Chambre territoriale des comptes n'a pas manqué de relever les nombreuses lacunes que génère la réglementation sanitaire applicable en Polynésie française¹⁵⁷.

B/ De la garantie des libertés publiques.

Dans son rôle de garant des libertés publiques, l'État doit veiller à ce que «les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques doivent être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République»¹⁵⁸. C'est pourquoi l'article 14-2° du statut de la Polynésie réserve à l'État le soin de garantir les libertés publiques. Or, dans l'exercice de cette fonction, l'État doit rechercher en permanence des équilibres entre libertés et protection de la santé¹⁵⁹. L'exercice des compétences en matière de santé n'échappe donc pas aux implications de l'État, soit qu'il prescrive, soit qu'il autorise, soit qu'il interdise¹⁶⁰.

a) La prescription de normes

La Polynésie française étant compétente en matière de santé, les dispositions du Code métropolitain de la santé ne lui étaient pas applicables. C'est ainsi que l'application de la loi Veil de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse n'a pas été étendue à la Polynésie. Or, le Conseil constitutionnel a posé que les dispositions du Code de la santé publique relatives à l'interruption volontaire de grossesse, qui ont trait, respectivement, à la possibilité pour la femme enceinte que son état place en situation de détresse de demander l'interruption de sa grossesse, aux conditions d'exercice de l'autorité parentale lorsque la femme est mineure non émancipée et à la liberté, pour le médecin, de refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse, se rattachent, s'agissant des deux premiers articles, au droit des personnes et donc au droit civil, et, s'agissant du troisième, aux garanties des libertés publiques, domaines

157. CTC, *Le système de santé en Polynésie française et son financement*, févr. 2011, p. 6.

158. CC n°96-373 DC, 9 avr. 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. n°29, Rec. p.43.

159. Reinharz-Hazan (Y.), *Santé et droits de l'homme*, Médecine et Hygiène éd., 2005; Marks (Stephen P.), *Health and human rights*, Harvard university press, 2006.

160. Tabuteau (D.), «Santé et liberté», in «L'état des libertés», *Pouvoirs*, n°130, 2009, p.97-111; voir aussi, du même auteur: *Les interdictions de santé publique*, Tribunes de la santé, Presses de sc.-po, 2007.

qui relèvent, en vertu de l'article 6 de la loi organique précitée, de la compétence de l'État. Tout en précisant que la mise en œuvre de ces dispositions dans le domaine de la santé publique relevait de la compétence du territoire, le juge constitutionnel a donc mis en avant la protection des libertés publiques pour étendre l'application de la loi Veil en Polynésie française (art. L 2445-1 à L 2445-4)¹⁶¹. De même, le I de l'article L 5134-1 du Code de la santé publique sur la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures est applicable en Polynésie française.

b) L'édiction de régimes d'autorisation ou d'interdiction

Si la Polynésie française n'est pas dessaisie de sa compétence de principe pour édicter des régimes d'interdiction ou d'autorisation, l'État s'est donné les moyens de délivrer les autorisations préalables à certaines activités, par exemple pour l'assistance médicale à la procréation (art. 2142-1), ou la mise en service de médicaments¹⁶². La loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, article 41 III, a étendu à la Polynésie les dispositions du titre Ier du livre III de la partie relative à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé instituée au titre II du livre III de la même partie, à compter du 1^{er} août 2012.

De même, seul l'État est habilité à restreindre, le cas échéant, l'exercice de certaines libertés publiques. Ainsi, dans le cas de phénomènes épidémiques qui sont susceptibles d'entraîner la fermeture des écoles et d'autres activités et conduire à la limitation du droit d'aller et de venir¹⁶³, la compétence est clairement dévolue à l'État (voir l'art. 14-6° du statut de la Polynésie française).

2 – Le champ des compétences des pays à l'épreuve de la compétence de l'État en matière de solidarité nationale

Parce que « la Nation garantit à tous [...] la protection de la santé » (alinéa 11 préambule constitution 27 octobre 1946), c'est la collectivité nationale dans son ensemble qui est concernée¹⁶⁴. L'État conserve alors une responsabilité en matière de santé qui s'inscrit à la fois, dans une longue tradition de police sanitaire en vertu de laquelle les pouvoirs publics ont un devoir de protéger collectivement les populations contre les risques qui pourraient menacer leur santé (A), mais aussi dans le cadre de ses fonctions régaliennes aux termes desquelles le législateur fixe les conditions d'exercice des missions de santé (B).

161. CC n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, Rec. p. 74; voir Franck (Cl.), *Constitutionnalité de la loi relative à l'interruption de grossesse et à la contraception*, Semaine juridique (JCP), 2001 (48), II, 10635, p. 2715-2718.

162. Urfalino (P.), L'autorisation de mise sur le marché du médicament : une décision administrative à la fois sanitaire et économique, *RFAS*, n° 4, 2001, p. 85-90.

163. CE 20 déc. 1995, *Vedel et Jannot*, rec. p. 440.

164. Byk (Chr.), « La place du droit à la santé au regard du droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 25-27 nov. 2001 (329-331), p. 3-9; Casaux-Labrunée (L.), *Le droit à la santé*, dans Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revel (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, 11e éd. Dalloz, 2005, p. 749 et s.

A/ Des risques majeurs pour la santé.

L'État se voit obligé de répondre au besoin de protection ressenti par la population confrontée à des événements indésirables mais aussi à des problèmes sanitaires récurrents.

a) Des catastrophes ou des événements indésirables

La survenance de catastrophes ou d'événements indésirables de grande ampleur peut conduire à la mise en œuvre de plans opérationnels et de moyens de secours qui relèvent de la compétence de l'État. L'article 14-6° de la loi 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, confie en effet à l'État le maintien de l'ordre et de la sécurité publique dont relèvent «préparation des mesures de sauvegarde, élaboration et mise en œuvre des plans opérationnels et des moyens de secours nécessaires pour faire face aux risques majeurs et aux catastrophes, coordination et réquisition des moyens concourant à la sécurité civile». L'État est donc responsable de la coordination générale des moyens jugés les plus adaptés au maintien de la sécurité des biens et des personnes; il a la capacité de réquisitionner les moyens qu'il estime indispensables.

La Polynésie française ne peut certes rester indifférente en cas de catastrophes ou d'événements majeurs. Ainsi, lors de l'épidémie de grippe H1N1 en 2009, elle a déclenché ses propres procédures, en s'inspirant des dispositifs mis en œuvre en métropole par le ministère français de la Santé. Mais une aggravation de la crise aurait sans doute conduit l'État à déployer des missions d'assistance élargies.

b) Des problèmes de santé récurrents

Ont été rendues applicables en Polynésie française, les dispositions du Code de la santé publique relatives à la lutte contre les épidémies et certaines maladies transmissibles (art. L 3841-1), à la lutte contre la toxicomanie (art. L 3842-1 à L 3842-4), à la prévention de la délinquance sexuelle et à l'injonction de soins (art. L 3843-1), à la lutte contre les maladies mentales (art. L 3844-1 à L 3844-2) et à la lutte contre la propagation internationale des maladies (art. L 3845-1 et L 3845-2)¹⁶⁵.

B/ De la sécurisation du système de santé

L'État a pour vocation de sécuriser le système de santé. À cet effet, il organise les professions de santé et il produit des normes qui encadrent l'exercice de ces professions.

a) De la participation de l'État à l'organisation des professions de santé

Conformément au statut de la Polynésie française, il n'appartient pas à l'État d'organiser les professions de santé. Il revient en conséquence au territoire

165. Lecourt (D.), Aurengo (A.), Tubiana (M.), Couturier (D.), *Politique de santé et principe de précaution*, PUF 2011.

d'organiser les professions médicales et paramédicales ainsi que les Ordres professionnels.

Mais l'État n'est pas absent de l'encadrement normatif des professions de santé. En premier lieu, les premiers textes ayant régi les professions de santé, ont été édictés par les autorités nationales. Ces textes, déjà anciens, et rendus applicables dans le territoire, n'ont plus évolué, ou peu s'en faut, à partir du moment où la compétence de santé a été transférée à la Polynésie française. Ils ont été en quelque sorte « cristallisés » à la date du transfert de compétence parce que le désordre normatif inhérent à son statut institutionnel constitue un frein à toute évolution¹⁶⁶.

Ainsi, à titre d'exemple, l'exercice de la médecine ou de la chirurgie dentaire est longtemps resté régi par l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945, rendue applicable par le décret n° 52-964 du 28 juillet 1952. Ce régime n'a légèrement évolué qu'avec une loi du pays n° 2009-14 du 3 août 2009 qui n'avait d'autre objet que d'ouvrir aux ressortissants communautaires l'accès à ces professions¹⁶⁷. Cette même loi du pays a aussi précisé, avec beaucoup de retard, les actes susceptibles d'être pratiqués par les sages-femmes. De même, la profession d'infirmier (un millier d'infirmiers en Polynésie française), qui ne faisait l'objet d'aucune réglementation, n'a été dotée d'un cadre juridique qu'avec la loi du pays 2009-2 du 28 janvier 2009. De nombreuses autres activités (préparateurs en pharmacie, pharmacies à usage intérieur, kinésithérapeutes, etc.) n'ont fait l'objet, ainsi que l'a relevé M. Malatre dans son étude sur le sujet¹⁶⁸, d'aucun cadre statutaire. Les Codes de déontologie, eux aussi, relèvent du territoire et n'ont été élaborés que tardivement (en 1996 pour les médecins et les chirurgiens-dentistes, en 1997 pour les sages-femmes et les pharmaciens, en 2009 pour les infirmiers). En règle générale, ils reprennent les dispositions des Codes métropolitains dans une sorte de « copié-collé », même si les évolutions des Codes en métropole ne sont pas systématiquement répercutées en Polynésie.

S'agissant de l'organisation des Ordres professionnels, dévolue à la compétence du territoire, les autorités nationales n'ont plus, à proprement parler, de pouvoir d'initiative. Mais, bien qu'en retrait, elles ne sont pas pour autant étrangères à l'organisation des Ordres. Et ceci pour au moins deux raisons. En premier lieu, les chambres disciplinaires de première instance sont restées intégrées dans l'Ordre juridictionnel administratif français. En effet, à la suite de la scission opérée entre l'instance administrative et l'instance disciplinaire, consacrée par l'ordonnance 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, les conseils de l'Ordre n'exercent plus qu'une activité de régulation

166. Debène (M.) et Pastorel (J.-P.), *La « loi du pays » en Polynésie française*, L'Harmattan, 2010.

167. Après la décision d'association Union européenne-PTOM du 27 nov. 2001, la Polynésie française ne peut plus discriminer entre les ressortissants des États membres (art. 45-2-b), y compris pour les professions de médecin, dentiste, sage-femme, infirmière de soins généraux, pharmacien et vétérinaire (art. 45-4).

168. Malatre (X.), « Déficit des législations des professions de santé en Polynésie française », *RJP* 2011, p. 41.

de l'exercice des activités médicales tandis que l'activité disciplinaire a été attribuée à une chambre juridictionnelle *ad hoc*. En d'autres termes, si l'instance administrative dépend de la compétence des autorités territoriales, l'instance disciplinaire relève de celle de l'État¹⁶⁹. En deuxième lieu, bien que les instances administratives des Ordres ressortissent à la compétence du territoire, avec cette conséquence que les Ordres professionnels de la Polynésie française n'ont plus de lien organique avec leurs homologues métropolitains, et notamment avec les Ordres nationaux, leur indépendance organique est compensée par la possibilité de conclure une convention avec les Ordres nationaux pour fixer «les conditions de la réglementation de l'organe de l'Ordre auprès du Conseil national» ainsi que «les modalités de coordination entre ces deux institutions» (art. L 4132-1). Il y a donc une inclination au mimétisme juridique dans l'organisation des Ordres entre les structures mises en place en Polynésie et le modèle métropolitain.

Enfin, l'État est compétent pour délivrer les titres, grades et diplômes nationaux dès lors que les métiers et qualifications dépendent de ces titres, et conditionnent la possibilité d'exercer en Polynésie française dans le champ de la santé ; tel est le cas pour les professions médicales et paramédicales (art. L 4441-1 à L 4441-22).

b) De l'encadrement de l'exercice des professions de santé

Tandis que la métropole s'est dotée d'un ensemble d'agences spécialisées (agence de biomédecine, agence de sécurité sanitaire des aliments et des produits de santé, établissement français du sang, institut du cancer, autorité de sûreté nucléaire) afin de faire face à la complexification du risque sanitaire¹⁷⁰, la Polynésie française souffre d'un déficit de compétences scientifiques et techniques qui ne lui permet pas d'assurer une fonction d'alerte et de surveillance de la santé des populations.

L'État reprend donc la main soit pour étendre au territoire des dispositions concernant par exemple l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, soit pour conclure des conventions avec le territoire afin de mettre son expertise à sa disposition.

Enfin, si le gouvernement de la Polynésie française est associé à l'élaboration des contrats d'établissements entre l'État et les établissements universitaires intervenant en Polynésie française et consulté sur les projets de contrat entre l'État et ses organismes de recherche établis en Polynésie française, et si la Polynésie française peut organiser ses propres filières de formation et ses propres services de recherche (art. 26 du statut), le secteur de la recherche reste une compétence de l'État (art. 14-13 du statut).

169. Pastorel (J.-P.), *Les difficultés de l'Ordre des médecins à réguler l'activité médicale en Polynésie française*, Les Etudes hospitalières, 2007 et 2012.

170. Morelle (A.), *La défaite de la santé publique*, Flammarion, 1996; Noiville (C.), *Du bon gouvernement des risques*, PUF, 2003; Benamouzig (D.), «Les agences sanitaires : entre réformes et technocratie», dans Meimon (J.) (dir.), *Les réorganisations administratives*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France/IGPDE (Gestion publique), 2008, p.73-93; Laude (A.), Mathieu (B.), Tabateau (D.), *Droit de la santé*, 3^e éd., PUF, 2012.

En guise de conclusion...

Dans leur ouvrage consacré au droit médical en Nouvelle-Calédonie, Guy Agniel, Antoine et Leca et Gérard Orfila nous ont avertis que le droit médical est une matière d'appréhension délicate dans les territoires d'outre-mer: «cela s'explique par l'absence d'un véritable Code de la santé publique et par l'extrême difficulté à laquelle on se heurte pour inventorier les textes applicables»¹⁷¹. La codification du droit de la santé en Polynésie française n'est cependant pas évidente en ce sens qu'elle pourrait laisser croire qu'un Code local regroupe l'intégralité du droit applicable¹⁷². Or le droit positif local ne reflète pas l'ensemble du droit applicable. L'absence d'intégration de toutes les sources de droit dans un tel Code rendrait très difficile une connaissance synthétique des normes qui s'imposent à chacun. C'est pourquoi les règles d'origine supra-territoriale devraient être intégrées en annexe du Code.

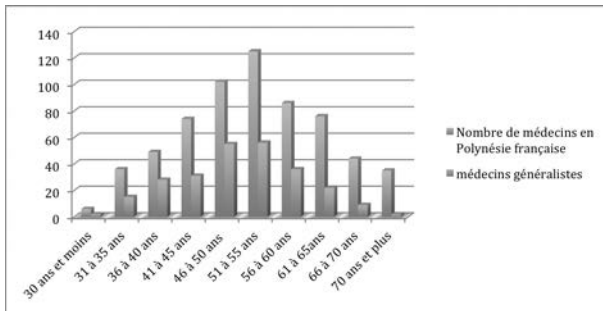
171. Agniel (G.), Leca (A.) et Orfila (G.), *Droit médical en Nouvelle-Calédonie*, coll. «Univ.», coord. SCEREN, CDP Nouvelle-Calédonie, 2005.

172. Warsmann (J.-L.), *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Documentation française, 2009.

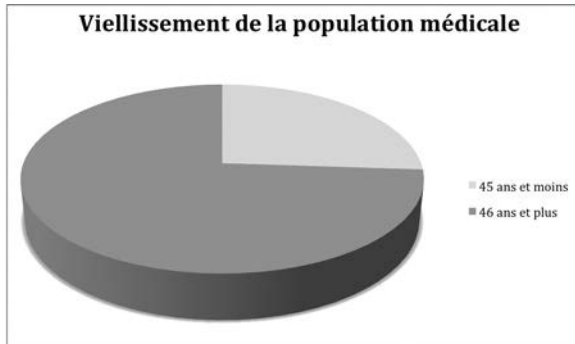
V – LA DÉMOGRAPHIE MÉDICALE

par Gregory Detrun

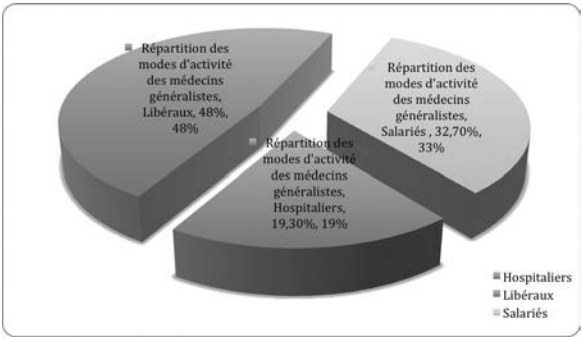
La Polynésie française comptait 633 médecins en avril 2012. Moins de 3 % d'entre eux sont d'origine polynésienne. La population médicale en Polynésie tend à vieillir de plus en plus avec un âge moyen des médecins de 50,6 ans.



Sur l'ensemble des médecins en activité, 468 seront à la retraite d'ici 20 ans soit 74 % des médecins.



Les 26 % restants ne pourront pas assurer la relève à eux seuls. Et même si un médecin libéral peut exercer au delà de l'âge légal de la retraite, les médecins de la fonction publique sont atteints par cette limite de l'âge. Or le document ci-dessous, qui nous donne la répartition des médecins dans les différents secteurs d'activités, nous montre cette particularité polynésienne : les libéraux sont minoritaires (48 %).



Jusqu'en 2003, le seul moyen d'entreprendre des études de médecine était de partir en France métropolitaine dès l'année du concours avec un taux d'échec important, désormais l'Université de la Polynésie française (UPF) offre, en partenariat avec l'Université de Bordeaux-Ségalen, la possibilité de passer le concours de première année commune des études de santé (PACES) en Polynésie avec un *numerus clausus* propre, ce qui permet aux étudiants de demeurer dans leur environnement familial et leur milieu culturel durant cette année difficile du concours.

En juin 2012, nous avons déjà 109 étudiants en formation à l'Université de Bordeaux-Ségalen, et nous espérons que la majorité d'entre eux choisira de rentrer en Polynésie pour exercer son art. C'est un début de solution à apporter au défi du contrôle de la démographie médicale en Polynésie française pour les décennies à venir.

PREMIÈRE PARTIE : LES INSTITUTIONS MÉDICALES ET SANITAIRES

C'est là l'examen des institutions ordinales (titre 1) et de l'organisation sanitaire d'ensemble (titre 2).

TITRE 1. LES INSTITUTIONS ORDINALES

Elles peuvent paraître récentes de prime abord, mais leur organisation renvoie à une histoire déjà ancienne.

Chapitre 1. L'organisation de l'Ordre

Les règles gouvernant la matière proviennent de métropole (sec. 1), mais la Polynésie française a aujourd'hui une organisation ordinale spécifique (sec. 2).

Section 1. Les règles générales prévalant dans les structures ordinales dans le droit français

par Antoine Leca

Elles sont issues d'une longue histoire (dès avant 1789), d'où est sortie l'organisation actuelle (depuis 1945).

Paragraphe préliminaire – Introduction historique et juridique à la présentation de l'Ordre des médecins

Sous l'Ancien Régime, la discipline professionnelle était assurée par la faculté de médecine, dont la tutelle « morale » était très pesante. Ainsi, en 1772, elle condamna l'un des siens, Guilbert de Préval qui aurait découvert un produit qui aurait préservé infailliblement de la syphilis, au motif qu'une telle découverte aurait encouragé la licence.

Par réaction à l'égard de ce système coercitif, la Révolution de 1789 abrogea tout contrôle, universitaire ou corporatif.

La profession demeura longtemps attachée à cette liberté, bien que des appels furent lancés sous l'Empire et surtout sous la Monarchie de Juillet pour créer une structure professionnelle, chargée de moraliser les conditions d'exercice. Mais ces efforts n'aboutirent pas, hormis pour les avocats dotés d'un ordre professionnel par le décret du 14 décembre 1810. Ce vide institutionnel était d'autant plus grand qu'à cette époque le délit de coalition interdisait toute espèce d'association professionnelle. La profession n'avait donc ni Ordre, ni syndicat. Malgré l'abrogation du délit de coalition en 1864, en dépit de la loi sur la liberté syndicale du 21 mars 1884 et son application aux pharmaciens, les médecins se virent dénier le droit d'avoir des syndicats¹⁷³ jusqu'à la loi du 30

173. 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 ».

novembre 1892.

Dans l'intervalle, l'Association générale de prévoyance et de secours mutuels des médecins de France, née en 1858, proposa en 1884 deux projets de création d'un Ordre des Médecins. En 1892 et encore en 1918 des voix s'élevèrent pour doter la profession d'un « système analogue à celui de l'Ordre des avocats ». En 1928, Ernest Couteaux (député socialiste du Nord) déposa à la Chambre une proposition de loi de « création d'un Ordre des médecins qui assainirait la profession et relèverait son niveau moral¹⁷⁴ ». L'idée se retrouve dans l'ouvrage de P. Appleton et M. Salama en 1931, qui mentionnent des organisations existant déjà pour les médecins dans plusieurs pays étrangers notamment en Allemagne, Autriche, en Espagne, en Belgique et surtout en Angleterre¹⁷⁵.

En 1935, le docteur Paul Cibrié, Secrétaire général de la Confédération des syndicats médicaux, publia un ouvrage intitulé *L'Ordre des Médecins*¹⁷⁶. 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 fasciste et qu'idéologiquement il sentait désormais le soufre. En Belgique pourtant, un Ordre fut institué par une loi du 25 juillet 1938.

L'Ordre des Médecins a été finalement institué par les actes dits lois des 7 octobre 1940, 31 décembre 1941, 10 septembre 1942 pris sous Vichy et, après une période transitoire régie par l'ordonnance du 11 décembre 1944, par l'ordonnance 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 serait beaucoup plus vrai d'écrire que sa création était dans l'air du temps depuis un siècle et que sa physionomie actuelle le fait remonter à la Libération plus précisément à une ordonnance signée par le général de Gaulle et François Billoux, ministre communiste.

En effet le système de 1940 avait été institué en même temps que les syndicats avaient été interdits. En revanche le régime actuel est respectueux du droit et du pluralisme syndical. L'Ordre rassemble obligatoirement « tous les médecins habilités à exercer leur art en France »¹⁷⁷, 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. En d'autres termes, ceux-ci sont dispensés d'inscription dans la mesure où dans l'exercice de leurs fonctions, ils ne sont pas appelés à exercer la médecine (on entend généralement par « exercice de la médecine », la pratique d'actes médicaux de soins, de prévention, de contrôle ou d'expertise, effectués après examen de la personne ou sur dossier). Aussi bien, les médecins des dispensaires publics et les médecins du Service de santé scolaire et universitaire, doivent-ils être inscrits au tableau. Il en est de même des médecins-conseils de la Sécurité sociale¹⁷⁸.

174. H. Guillemain, « Entre morale et droit. Les premiers Codes et traités de déontologie médicale (1845-1936) », *RGDM*, n° hors-série, *Pouvoir, santé et société*, 1^o Journées d'histoire du droit de la santé, Paris VIII, 16-17 nov. 2006, LEH, Bordeaux, 2008, p. 373.

175. P. Appleton et M. Salama, *Droit médical*, op. cit., p. 37.

176. Ed. P. Laboratoires Midy, 1935.

177. CSP, art. L. 4121-1.

178. C'est l'article 8-2 de la convention collective nationale de travail des praticiens-conseils du 4

«Le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de l'activité médicale un service public»¹⁷⁹, mais les médecins membres des conseils de l'Ordre ne sont pas des agents publics et lesdits conseils ne sont pas des établissements publics. Ce sont des personnes morales de droit privé¹⁸⁰. La perception des cotisations s'opère selon des modalités de droit privé¹⁸¹. 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 membres¹⁸². Son montant est librement fixé par le Conseil national¹⁸³, sous réserve qu'elle ne serve qu'à financer des dépenses correspondant aux fonctions ordinaires¹⁸⁴, étant précisé que le juge administratif apprécie de leur légalité¹⁸⁵, mais exerce en la matière un contrôle minimum (limité à l'erreur manifeste d'appréciation). L'Ordre a également reçu délégation du pouvoir étatique de juger et naguère les conseils statuant en qualité d'instances disciplinaires, aujourd'hui les chambres de discipline, sont assimilables à des juridictions administratives, puisqu'«il appartient au Conseil d'État de connaître des recours formés contre les décisions¹⁸⁶» du Conseil supérieur de l'Ordre (devenu le Conseil national, dont la compétence juridictionnelle a été légalement attribuée à la Chambre de discipline nationale) ou le Conseil de l'Ordre constitué en Polynésie en 2004¹⁸⁷ qui est statutairement indépendant du CNOM avec lequel il peut cependant se lier par conventions¹⁸⁸. 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 national. 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

avril 2006 qui impose aux praticiens-conseils des caisses leur inscription à l'Ordre de leur profession, la cotisation faisant l'objet d'un remboursement intégral par l'employeur.

179. CE, 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 ; JCP 1944.II.2562, note C. Céliier.

180. CSP, art. L. 4125-1.

181. 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^{re}, 2 mai 1978, *Gaz. Pal.*, 1978. 2 Somm., p. 251, 14 novembre 1979, D. 1980. I.R., p. 69 ; Ass. plén., 7 novembre 1986, JCP 1987.II.20750).

182. Il en résulte la compétence du juge administratif lorsqu'un membre de l'Ordre conteste le montant de sa cotisation (CE 22 juillet 1977, Collisson et Mollet, RDP, 1979, p. 239 et CE 22 juillet 1977, Barry et a., Rec., p. 369).

183. CSP, art. L. 4122-2 (Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002) adapté par l'art. 4441-22.

184. 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.

185. CE, 22 juillet 1977, Collisson et Mollet, RDP, 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 ; RDSS, 1978, p. 40, obs. L. Dubouis.

186. CE, 2 avril 1943, Bouguen, Rec., p. 86.

187. Délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 (*JOPF*, 26 février).

188. CSP, art. L. 4441-1 (modifié par l'O. n° 2010-331 du 25 mars 2010 – art. 32) : Pour son application en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, l'article L. 4132-1 est ainsi complété : «Une convention entre le Conseil national de l'Ordre et l'organe de l'Ordre de la Nouvelle-Calédonie, d'une part, et celui de la Polynésie française, d'autre part, fixe 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».

strictement théorique (car l'Ordre n'a pas en tant que tel la personnalité morale¹⁸⁹) n'a plus aujourd'hui lieu d'être.

Dans les années 1970, le maintien des Ordres a été très controversé. D'ailleurs François Mitterrand avait envisagé la suppression de l'Ordre des médecins. 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 n'est plus regardée comme posant problème¹⁹⁰.

La preuve en est qu'on a vu apparaître en métropole de nouveaux Ordres des professions de santé. À côté de ceux qui sont plus ou moins contemporains de l'Ordre des médecins, c'est-à-dire ceux des chirurgiens-dentistes¹⁹¹, des sages-femmes¹⁹² et des pharmaciens¹⁹³, la loi n° 95-116 du 4 février 1995 a donné naissance à l'Ordre national des masseurs-kinésithérapeutes doté de sa juridiction disciplinaire¹⁹⁴ et celui des pédicures-podologues également doté de sa juridiction¹⁹⁵, fondus par la loi du 4 mars 2002 dans un Conseil des professions d'infirmier, de masseur-kinésithérapeute, de pédicure-podologue, d'orthophoniste et d'orthoptiste¹⁹⁶.

Dès avant 2002, les autres professions paramédicales avaient reçu un commencement d'organisation professionnelle. Tel est le cas de celle d'infirmier ou infirmière (libéral) depuis la loi n° 80-527 du 12 juin 1980¹⁹⁷, qui est doté d'un Ordre national depuis la loi n° 2006-1668 du 21 décembre 2006¹⁹⁸.

§ 1 – Les règles générales prévalant dans les structures ordinales du secteur de la santé

En droit français, les Ordres professionnels concernent exclusivement les professions libérales et ont été conçus pour les personnes exerçant ces professions, à l'exclusion de leurs préposés. Évidemment cette règle générale ne fait pas obstacle à ce que ceux qui exercent à titre de salarié, voire en qualité de fonctionnaire, se fassent inscrire à l'Ordre.

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

En règle générale, leur organisation est souvent de type pyramidal avec trois niveaux successifs d'autorités administratives¹⁹⁹ : d'abord des

189. La personnalité s'attache aux Conseils qui le constitue (voir par ex. pour la Polynésie française : Délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004, art. 2 : « Chaque conseil de l'Ordre est doté de la personnalité civile »).

190. CEDH, 27 mai 1981, Le Compte, Van Leuven, De Meyere.

191. CSP, art. L. 4121-1.

192. CSP, 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.

193. CSP, art. L. 4231-1.

194. CSP, art. L. 4321-13 et suivants, décrets des 21 et 22 janvier 1997 (*JORF* 22 janvier, p. 1089 et 1092).

195. CSP, art. L. 4322-8 et suivants.

196. CSP, art. L. 4391-1 à 4398-5 (abrogé par la L. n° 2006-1668 du 21 décembre 2006).

197. CSP, art. L. 4311-1.

198. L. n° 2006-1668 du 21 décembre 2006 (*JORF*, 27 décembre).

199. Les conseils relèvent à ce titre de l'Ordre administratif de juridiction, réserve faite des voies

conseils départementaux, puis des conseils régionaux (médecins) ou centraux (pharmaciens), qui désignent enfin un Conseil national, investi d'un pouvoir général de réformation ou d'annulation de leurs actes.

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

En Polynésie (comme en Nouvelle-Calédonie), où existent des Ordres distincts, depuis 2004, il n'existe pas de structures provinciales ou locales.

§ 2 – La structure interne particulière de l'Ordre national des médecins

La structure de l'Ordre national des médecins résulte de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 modifiée par l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé, qu'a complété le décret n° 2006-269 du 7 mars 2006 relatif à la composition et aux modalités d'élection des conseils de l'Ordre.

Le Conseil national (CNOM) 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 Justice²⁰⁰.

Jusqu'en 2002, le CNOM comprenait une section disciplinaire (de huit membres), présidée par un conseiller d'État. Légalement, celle-ci n'existe plus et à sa place une chambre disciplinaire nationale indépendante siège à ses côtés, toujours présidée par un conseiller d'État²⁰¹.

La CHDN comprend douze membres titulaires et un nombre égal de suppléants élus pour six ans et renouvelables par tiers tous les deux ans²⁰². Son élection était appelée à intervenir dans les six mois suivant la date du décret d'application de la loi du 4 mars 2002²⁰³.

Le Conseil national veille au respect de la morale et des devoirs professionnels²⁰⁴ 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 fin²⁰⁵. Il est également investi du recours hiérarchique contre les décisions administratives des CDOM et des CROM (sous le contrôle du Conseil d'État statuant en premier et dernier ressort dans le cadre de la procédure du recours

de faits qui fondent la compétence judiciaire (Cass. civ. 1^{re}, 12 octobre 1976, Dalloz, 1977, I.R. 24). Un arrêt a perturbé ce schéma en appliquant l'article 1382 du Code civil à l'encontre d'un CDOM (Cass. civ. 2^e, 25 janvier 2001, *JCP* 2001, IV, n° 1492). «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).

200. «Le cas échéant, un ou plusieurs conseillers d'État suppléants sont désignés dans les mêmes conditions» (CSP, art. L. 4132-4/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 62).

201. CSP, art. L. 4132-5/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 62.

202. CSP, art. L. 4132-5/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 62.

203. L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 62-XVI.

204. CSP, art. L. 4121-2 et 4122-1.

205. CE, 22 juillet 1977, Barry.

pour excès de pouvoir). Enfin, la loi du 4 mars 2002 fait du CNOM l'organe d'appel des décisions d'inscription au tableau (qui relèvent des CDM).

Les conseils régionaux (CROM) 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 CROM était juge disciplinaire de première instance et organe d'appel des décisions d'inscription au tableau (qui relèvent des CDM). La loi du 4 mars 2002 a attribué cette dernière fonction au CNOM et confié le contentieux disciplinaire de première instance à une instance nouvelle, précisément dénommée CHDPI.

Le CROM 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 CROM 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 sociaux²⁰⁶. Par exemple la prescription d'un nombre d'actes anormalement élevé²⁰⁷. L'appel contre sa décision doit être interjeté dans les trente jours²⁰⁸.

Les conseils départementaux (CDM)²⁰⁹ 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 CDM statuent sur les inscriptions au tableau, vérifient la régularité déontologique des contrats médicaux, celle des installations professionnelles, jouent un rôle de conciliation²¹⁰, perçoivent les cotisations annuelles (dont le montant est fixé par le CNOM).

Depuis son installation en 2004, la Polynésie française a un Ordre des médecins distinct qui cependant peut conclure conventionnellement avec l'Ordre national²¹¹.

206. CSS, art. L. 145-1 ss. et R. 145-4 ss. Ces dispositions ne sont pas applicables à la Polynésie française – à la différence des art. L. 146-1 et suivants insérés dans l'O. n° 2003-166 du 27 février 2003 et reproduits dans l'A. n° 285/DRCL du 27 mars 2003 (*JOPF*, 10 avril 2003).

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

208. CSS, 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 (CE, 5° et 7° ss., 11 mai 2001, Vaissière, pourvoi n° 211912, *Gaz. Pal.*, Rec. janv. fév. 2002, p. 225).

209. CSP, art. L. 4132-11.

210. CSP, art. R. 4127-50.

211. CSP, art. L. 4441-1 (O. n° 2010-331 du 25 mars 2010): Pour son application en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, l'article L. 4132-1 est ainsi complété: «Une convention entre le Conseil national de l'Ordre et l'organe de l'Ordre de la Nouvelle-Calédonie, d'une part, et celui de la Polynésie française, d'autre part, fixe 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».

Section 2. Le Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française

par Teva Jeannette

Appréhender les spécificités de l'Ordre des médecins en Polynésie française invite à l'étude des actes de transposition qui ont permis son institutionnalisation dans la collectivité. Cette approche à la fois historique et juridique de l'institution locale, de 1947 à nos jours, peut paraître quelque peu rébarbative, mais elle permet de mettre en exergue la complexité du droit en matière de santé en Polynésie.

Deux périodes distinctes couvrent l'histoire de l'Ordre des médecins en Polynésie française : de 1947 à 2004, où l'Ordre est représenté sous la forme d'une section locale au sein du CNOM ; puis à partir de 2004, avec la création du Conseil de l'Ordre des médecins de Polynésie française, structure originale et organiquement indépendante du CNOM.

§ 1 – La Section locale de l'Ordre des médecins (1947-2004)

Dans les Établissements français de l'Océanie²¹² (EFO), l'ordonnance de 1945 instituant l'Ordre des médecins ne s'applique pas immédiatement, en raison du principe de « spécialité législative »²¹³ dont découlent deux conséquences majeures : d'une part, les textes métropolitains ne sont pas systématiquement applicables dans la colonie, et d'autre part, leur transposition n'est pas toujours effectuée avec une grande clarté. C'est par une succession nébuleuse d'actes de transposition qu'un organe représentatif des médecins voit le jour dans les EFO. La matérialisation de la structure ordinale en Polynésie va se faire en trois

212. Appellation des îles polynésiennes de 1880 à 1957.

213. Principe qui remonterait aux lettres royales de 1744 et 1746 et à l'ordonnance royale du 18 mars 1766 : il fallait un ordre spécial du Roi pour qu'un acte reçoive application dans les colonies. Le principe existe toujours aujourd'hui et dans le cadre de la République, il implique que pour qu'une loi soit applicable dans un territoire spécifique, elle doit comporter une mention spéciale dans ce sens. La Constitution de 1958 a formalisé ce principe dans son article 74 issu de la révision constitutionnelle de 2003. Il est prévu qu'une loi organique fixe pour chaque collectivité d'outre-mer les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables. En ce qui concerne la collectivité polynésienne, la loi organique du 27 février 2004 a donné compétence à la Polynésie française en matière de Santé, l'État ne se réservant la compétence que pour les matières régaliennes traditionnelles comme la Justice et l'organisation judiciaire, la Défense nationale, l'État et la capacité des personnes, le contentieux administratif ou encore les relations internationales. Cependant, la jurisprudence constitutionnelle a étendu à l'application de plein droit à la Polynésie française, comme aux autres collectivités de l'article 74 de la Constitution, tous les principes généraux du droit ainsi que les règles relatives aux libertés fondamentales. Or parmi ces libertés, on serait tenté de rattacher une partie du droit de la santé, puisque l'article 11 du préambule de 1946, intégré au bloc de constitutionnalité, dispose que la République « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé ». Dès lors, l'État reste compétent en matière de protection de la santé, ce qui explique que la répartition des compétences entre l'État et la collectivité est parfois difficile à saisir clairement. Il s'ensuit que si la Polynésie française détient une compétence de principe en matière « d'organisation de la santé », l'État ne renonce pas à intervenir dans ce domaine lorsqu'il s'agit de « la protection de la santé » en tant que liberté constitutionnelle.

temps : d'abord par l'institutionnalisation dans les textes de la structure ordinaire territoriale, puis par l'établissement du premier tableau des médecins, enfin par l'élection du premier Conseil local de l'Ordre des médecins.

A/ L'institutionnalisation de l'Ordre des médecins dans les territoires d'outre-mer (1947-1952)

La première mesure de transposition est un décret du 15 octobre 1947²¹⁴ qui institue la section locale de l'Ordre des médecins, un an après que les EFO sont passés du statut de colonie à celui de territoire d'outre-mer (TOM)²¹⁵. Partant de la constatation qu'il n'y a pas assez de médecins dans les TOM pour permettre l'organisation de conseils départementaux et régionaux, tels qu'ils existent en métropole, le gouvernement français crée à la place une structure originale dénommée la « Section centrale de la France d'outre-mer » au sein du Conseil national de l'Ordre des médecins. À cette section centrale sont rattachées des sections locales représentatives des différents territoires d'outre-mer²¹⁶ : pour Tahiti, c'est la section locale du Pacifique²¹⁷ qui concrétise pour la première fois, au moins dans les textes, la présence de l'Ordre des médecins sur le territoire. Voici ce que le texte prévoit : élue par les médecins locaux, la section locale a une composition, un fonctionnement et des prérogatives analogues à ceux des conseils départementaux de l'Ordre, tels que définis par l'ordonnance de 1945. Elle est, en outre, dès le départ, dotée de la compétence disciplinaire de première instance (attribuée aux conseils régionaux en métropole), mais l'appel revient toujours au Conseil national. Surtout, tous les médecins libéraux sont concernés par l'obligation d'inscription au tableau de la section locale de l'Ordre.

Le gouvernement français est, dès cette période, conscient des spécificités et des nécessités propres aux anciennes colonies en matière de santé : contrairement à la métropole, le décret prévoit que les médecins étrangers peuvent être autorisés à pratiquer leur art sur le territoire dans certains cas limitativement énumérés. Ainsi, l'administration locale a le droit de recruter contractuellement des médecins étrangers sans qu'ils ne remplissent les conditions posées par l'ordonnance de 1945, et sans qu'ils ne se rendent coupables d'exercice illégal de la médecine²¹⁸. Il en est de même pour les médecins recrutés pour le service des missions religieuses ou de certaines grandes entreprises après avoir obtenu l'accord du gouverneur des EFO. Des médecins étrangers peuvent également

214. Décret n°47-2023 du 15 octobre 1947 rendant applicable aux territoires de la France 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. *JORF*, 18 octobre 1947, p. 10326.

215. Par la Constitution du 27 octobre 1946 instituant la IV^{ème} République, l'Empire colonial français devient l'Union française, et les colonies deviennent des départements et territoires d'outre-mer.

216. Ont ainsi été créées des sections locales de l'Afrique noire (groupant l'Afrique occidentale française, l'Afrique équatoriale française, le Cameroun et le Togo), de Madagascar (comprenant les Indes françaises), de l'Indochine et du Pacifique.

217. La section locale du Pacifique regroupe à cet instant les médecins de Tahiti, de Nouvelle-Calédonie et leurs dépendances, article 7 du décret n°47-2023 du 15 octobre 1947.

218. Pourtant, ces médecins ne remplissent pas les conditions posées par l'ordonnance de 1945, notamment la possession d'un diplôme reconnu en France, et l'obligation d'inscription à l'Ordre.

exercer dans le cadre d'une convention d'échange culturel avec des praticiens de nationalité française. Toutes ces dérogations aux conditions nécessaires à la légalité de la pratique médicale, telle qu'elle est alors conditionnée en métropole, sont justifiées par des particularités propres à ces collectivités d'outre-mer en matière de santé publique. Enfin, l'article 10 du décret de 1947 rend applicable aux territoires d'outre-mer le Code de déontologie médicale en vigueur depuis quelques mois seulement en métropole²¹⁹.

Pour autant, bien que l'Ordre des médecins soit institué dans les textes, la matérialisation de l'institution ne se fait pas immédiatement. Il faut dire qu'à cette période, le service territorial de la santé publique est constitué presque exclusivement de praticiens militaires qui ne sont pas concernés par l'obligation d'inscription à l'Ordre²²⁰. Cette présence des médecins militaires se fait dans la continuité de l'œuvre du service de santé des armées dans les EFO. D'ailleurs, jusqu'en 1985, le poste de directeur de la santé publique en Polynésie française est tenu par un officier supérieur, puis un général du service de santé des armées. Le premier civil à exercer le poste de directeur de la santé publique en 1985 sera le docteur Richard Wong Fat, actuel président du Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française depuis 2006.

B/ L'établissement du premier tableau des médecins de l'Océanie (1952-1953)

La deuxième étape du processus de transposition des structures ordinales métropolitaines à la Polynésie française fait suite aux modifications apportées à l'ordonnance de 1945 par les lois n° 49-757 du 9 juin 1949²²¹ et n° 51-443 du 19 avril 1951. Ces modifications conduisent à l'adoption d'un nouveau décret²²² le 9 août 1952 afin de rendre applicables les dispositions législatives nouvelles dans les territoires d'outre-mer. Ce décret supprime la section centrale de la France d'outre-mer et institue à la place la Section centrale des territoires d'outre-mer au sein du CNOM. Cette section centrale des TOM est composée, outre les trois membres désignés par le Conseil national, de cinq membres élus par les Conseils des sections locales des territoires ultramarins suivants²²³ : Afrique noire, Madagascar, Pacifique (Nouvelle-Calédonie), Océanie (Tahiti) et Saint-Pierre et Miquelon. Chaque Conseil de section locale élit un membre qui la représente à la section centrale des TOM pendant deux ans. Ces Conseils des sections locales sont eux-mêmes composés de membres élus par les médecins inscrits dans

219. Règlement d'administration publique n°47-1169 du 27 juin 1947 établissant le premier Code de déontologie médicale.

220. Article 6-b) du décret n°47-2023, article L. 4112-6-7 du Code de santé publique.

221. La loi n°49-757 du 9 juin 1949 modifie l'ordonnance de 1945 en permettant notamment à certains praticiens étrangers d'exercer en France, sous réserve du principe de réciprocité avec les États étrangers et de la reconnaissance de l'équivalence de la valeur scientifique du diplôme par le ministre de l'éducation nationale, *JORF*, 19 juin 1949, p. 5646.

222. Décret n° 52-964 du 9 août 1952 rendant applicable aux territoires d'outre-mer et aux territoires sous tutelle du Cameroun et du Togo l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945.

223. Les événements liés à la guerre d'Indochine (1946-1954) expliquent la disparition de cette section locale.

chaque section. Le règlement intérieur de l'Ordre édicté en métropole par décret du 26 octobre 1948²²⁴ est également rendu applicable par l'article 15 du décret du 9 août 1952.

C'est sur cet enchevêtrement de textes législatifs qu'est constitué, par un arrêté du gouverneur des EFO du 8 avril 1953, le premier tableau de la section locale de l'Ordre des médecins de l'Océanie²²⁵ : on y compte alors dix médecins libres, un médecin d'entreprise industrielle, et neuf fonctionnaires autorisés à exercer en pratique privée dont quatre civils (parmi lesquels le seul médecin des Marquises et le seul médecin des Tuamotu) et cinq militaires, soit un total de vingt praticiens pour l'ensemble des îles polynésiennes. L'article 2 de l'arrêté précité prévoit par ailleurs la convocation par le gouverneur des médecins inscrits au tableau pour l'organisation de l'élection du Conseil de la section locale de l'Ordre dans le mois suivant sa publication.

C/ Le Conseil de la section locale de l'Ordre des médecins de la Polynésie française (1953-2004)

L'élection du premier Conseil de l'Ordre local par les médecins, réunis en assemblée générale pour l'occasion, a lieu le 30 avril 1953 à la mairie de Papeete. Son premier président, le docteur Pierre Cassiau²²⁶ fut également celui qui présida le plus longtemps l'institution ordinale locale jusqu'à ce jour, occupant pendant quinze ans cette fonction.

Plus tard, le décret n° 65-726 du 26 août 1965 vient modifier la représentation des médecins d'outre-mer au sein du Conseil national en modifiant les articles 8 et 9 du décret du 9 août 1952 relatifs à la composition de la section centrale des TOM. Désormais, la section centrale comprend neuf membres, dont six sont élus par les différentes sections locales et trois sont désignés par le CNOM. De plus, cette section centrale ne compte désormais plus que trois sections locales, représentées chacune par deux membres élus : la première section locale, dite de Polynésie française²²⁷ est constituée des médecins exerçant à Tahiti et dans ses dépendances ; la deuxième section, dite du Pacifique réunit les médecins de Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances, de Wallis et Futuna et des Nouvelles-Hébrides ; quant à la troisième section, elle comprend les médecins de Saint-Pierre et Miquelon, de la Cote française des Somalis et des Comores. Le Conseil de la section locale de la Polynésie française, tout comme celui de la section locale de la Nouvelle-Calédonie²²⁸, exerce à la fois, en matière administrative les compétences dévolues en principe aux conseils départementaux²²⁹ et en matière

224. Décret n° 48-1671 relatif au fonctionnement du conseil de l'Ordre des médecins.

225. Arrêté n° 555 du 8 avril 1953 du gouverneur des EFO, R. Petitbon.

226. Le docteur Pierre Cassiau, médecin libéral exerçant à Papeete, président du Conseil de la section locale de 1953 à 1968.

227. Cette section locale est dite de Polynésie française, cinq années avant le changement d'appellation officielle de la collectivité qui s'appelle encore les Etablissements français de l'Océanie.

228. Pour la section locale de Saint-Pierre et Miquelon, de la Cote française des Somalis et des Comores, la situation est différente puisqu'elle relève en réalité de la section centrale en matière administrative, et du conseil régional de Paris concernant la procédure disciplinaire.

229. Le Conseil de la section locale de la Polynésie française a en matière administrative une

disciplinaire les compétences attribuées aux conseils régionaux²³⁰. Ses décisions sont susceptibles d'appel devant la section de discipline du Conseil national en matière de discipline ou devant le Conseil national de l'Ordre en matière administrative.

C'est sous cette configuration que va fonctionner durant cinquante ans l'organe de l'Ordre des médecins en Polynésie française. Durant cette période, le principe de « spécialité législative » a pour conséquence de créer un décalage progressif entre l'Ordre national et l'Ordre local. Indirectement toutefois, car si la Polynésie française en vertu du principe énoncé précédemment ne bénéficie pas automatiquement de l'application des lois nouvelles votées en métropole, il appartient au législateur local d'user de sa compétence en matière de santé pour adapter ces lois, voire combler les vides juridiques qui résultent de leur inapplication au Pays. Or la Polynésie souffre d'un manque de production normative à ce niveau. Un exemple de ce décalage concerne le Code de déontologie médicale local qui n'a pas bénéficié des mises à jour de 1979²³¹ et de 1995²³² du Code de déontologie métropolitain.

En 2000, l'Ordre local connaît un bouleversement dans sa structure puisque la section locale perd sa compétence juridictionnelle en matière de discipline, au profit de l'instauration d'une Chambre de discipline indépendante. Cette modification structurelle permet à l'Ordre de se mettre en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, plus particulièrement avec l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Privé de sa compétence juridictionnelle, le Conseil de la section locale n'opère plus qu'un rôle d'administration et de gestion des médecins inscrits à son tableau.

§ 2 – Le Conseil de l'Ordre des médecins de Polynésie française

En 2004, la section locale disparaît et le Pays institue en 2004 son propre Conseil de l'Ordre des médecins, par une délibération de l'Assemblée de Polynésie française en application de la compétence de la collectivité en matière d'organisation de la santé.

1. Le dispositif issu de la délibération APF de 2004

Le Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française (COMPF) a été institué par la délibération n° 2004-42 de l'Assemblée de la Polynésie française du 19 février 2004²³³, en même temps qu'un Conseil de l'Ordre des

composition, un fonctionnement et des prérogatives analogues à ceux des conseils départementaux de l'Ordre tels que définis aux articles 25 à 32 de l'ordonnance de 1945.

230. Compétences prévues aux articles 33 à 39 de l'ordonnance de 1945.

231. Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale. Cette mise à jour était nécessaire afin de prendre en compte la dépénalisation de l'avortement issu de la loi Veil du 17 janvier 1975. Il est donc créé un article 21 dans le nouveau Code qui autorise le médecin à pratiquer une interruption de grossesse dans les cas et dans les conditions prévus par la loi.

232. Décret n° 95-100 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale.

233. Art. 1^{er} de la délibération n° 2004-42 APF : « Il est institué un conseil de l'Ordre des médecins

chirurgiens-dentistes et un Conseil de l'Ordre des sages-femmes de la Polynésie française. Créé en vertu des nouvelles compétences du Pays en matière de santé, le COMPF est, contrairement à l'institution le précédant, un organe indépendant du CNOM²³⁴.

a) La rupture organique avec le CNOM

Il n'existe désormais plus de liens organiques et hiérarchiques entre les deux institutions. Il en résulte que les recours exercés contre les décisions du COMPF devraient être adressés en principe, non plus au CNOM, mais auprès du Tribunal administratif de Papeete. Cependant, une convention entre les deux institutions attribue compétence au CNOM pour connaître des recours formés contre les décisions du COMPF prises en application du Code de déontologie²³⁵, ainsi que de ceux relatifs à la qualification en médecine générale²³⁶.

Le COMPF est doté de la personnalité civile²³⁷. C'est une personne de droit privé à qui sont conférées des prérogatives de puissance publique : contrairement aux syndicats, l'inscription à l'Ordre pour tout médecin exerçant en Polynésie française est obligatoire, de même que les cotisations ordinaires. Le COMPF est compétent pour édicter le Code de déontologie qui s'impose à la profession (il n'a toutefois qu'un rôle de proposition puisque l'adoption du Code revient au législateur polynésien). Il est représenté par son président dans tous les actes de la vie civile²³⁸. À ce titre, ce dernier est autorisé à ester en justice, à accepter tous dons ou legs au Conseil, à transiger ou compromettre, à consentir toutes aliénations ou hypothèques et à contracter tout emprunt au nom du Conseil. La mission du COMPF est de veiller au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine²³⁹ et d'assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession²⁴⁰. Le COMPF représente la profession auprès des pouvoirs publics et à ce titre, il est saisi des problèmes généraux et de tout projet concernant la réglementation de la profession²⁴¹ (tel n'a pas toujours été le cas, notamment avec l'exemple de

[...] habilités à exercer leur art en Polynésie française ».

234. Cette nouvelle répartition des compétences découle du statut d'autonomie de la Polynésie française, et a été renforcée par la dernière loi organique du 27 février 2004. Les articles 13 et 14 du statut de 2004 répartissent respectivement, d'une part les compétences dévolues à l'État, et d'autre part celles qui reviennent à la collectivité. Il résulte de la lecture combinée de ces deux articles que l'organisation de la santé relève de la compétence de la Polynésie française qui peut légiférer en adoptant des « lois de Pays », bien que l'État n'ait pas entièrement renoncé à apporter son concours dans l'élaboration des normes relatives à cette matière.

235. Convention du 11 mars 2004 entre le CNOM et le COMPF fixant en application de l'article L. 4444-1 du Code de la santé publique les modalités de coordination entre ces deux institutions.

236. Article 6 de l'arrêté 1600 du conseil des ministres de Polynésie française du 7 novembre 2008 portant règlement de qualification des médecins.

237. L'Ordre n'a pas la personnalité morale en tant que tel, seuls l'organe de l'Ordre et la chambre disciplinaire sont des personnes morales.

238. Art. 25, délibération n° 2004-42 APF.

239. Art. 3-1°, délibération n° 2004-42 APF.

240. Art. 3-2°, délibération n° 2004-42 APF.

241. Art. 3-5, délibération n° 2004-42 APF.

la venue des médecins néo-zélandais²⁴² sur laquelle le Conseil n'avait jamais été consulté). D'ailleurs saisi par le COMPF, le tribunal administratif a ainsi annulé une délibération de l'Assemblée de la Polynésie française du 15 mai 2003 autorisant l'exercice de la médecine par des praticiens néo-zélandais²⁴³.

b) Composition du COMPF

Dans les textes, le Conseil comprend douze membres titulaires et douze membres suppléants, élus par et parmi les médecins réunis en assemblée générale pour une durée de six ans, et renouvelables par tiers tous les deux ans²⁴⁴. Cependant, sa composition actuelle n'est que de douze membres titulaires et huit membres suppléants, car le COMPF peine à trouver des volontaires pour occuper les fonctions de conseillers, qui sont tous des bénévoles. Les dernières élections du 19 mai 2009²⁴⁵, pour lesquelles on a constaté un nombre de candidats inférieur au nombre de postes à pourvoir, n'ont probablement pas contribué à la diffusion de l'image d'un Ordre aimé de ses médecins. L'abstention ne touche pas que les candidats puisque sur les cinq cent soixante-dix-sept médecins inscrits au tableau de l'Ordre, seuls cent trente et un ont voté lors de l'élection partielle du 27 novembre 2007. Il est certain que « l'Ordre parlerait d'une voix plus forte s'il se sentait soutenu par une communauté médicale unie et solidaire à ses côtés, et non abstentionniste »²⁴⁶. Malgré le renouvellement prévu de huit membres tous les deux ans (ce qui devrait permettre, en principe, de combler rapidement les sièges vacants), pour le moment le COMPF souffre toujours d'un manque d'intérêt des médecins pour leur institution puisqu'il n'arrive pas à combler les sièges vides).

c) Organisation du COMPF

Le COMPF dispose d'un bureau, composé d'un président, d'un vice-président, d'un secrétaire général, d'un trésorier, et s'adjoint aussi l'aide d'un conseiller juridique et d'une secrétaire (qui occupe également les fonctions de greffier de la Chambre disciplinaire). Les membres du bureau sont élus parmi les conseillers ordinaires et le bureau est entièrement renouvelé tous les deux ans²⁴⁷. Cependant, les membres sortants sont rééligibles (ce qui est heureux vu

242. Convention du 21 mars 2003 entre la CPS et le CHPF qui organise la venue de chirurgiens néo-zélandais en Polynésie dans le cadre de missions temporaires, pour consulter et opérer des patients polynésiens.

243. TA Papeete 4 nov. 2003, Ordre des médecins de la Polynésie française c/ Polynésie française : dans ce jugement, le juge administratif sanctionne une délibération portant modification de l'ordonnance du 24 septembre 1945 relative à l'exercice des professions de médecin ; la délibération litigieuse, adoptée après que la proposition d'un membre de l'Assemblée de la Polynésie française a été portée le jour même à son ordre du jour par la conférence des présidents, est annulée parce que « l'exceptionnelle urgence » [qui seule permet cette initiative] n'était pas motivée.

244. Art. 6, délibération n° 2004-42 APF.

245. JOPF 18 juin 2009, p. 2801.

246. « Le Conseil de l'Ordre, à quoi ça sert ? », Docteur J. Ruas, Vice président du COMPF, 30 janvier 2008.

247. Art. 24, délibération n° 2004-42 APF.

le peu de candidats aux postes de conseillers ordinaires). Le président du bureau assure les fonctions de président du COMPF. Afin de préserver l'indépendance de l'institution, l'article 23 de la délibération du 19 février 2004 précise qu'il y a incompatibilité entre les fonctions de président, de trésorier ou de secrétaire général du bureau du Conseil de l'Ordre et l'une quelconque des fonctions correspondantes d'un syndicat professionnel.

L'article 27 de la délibération instituant le COMPF précise que les délibérations du Conseil de l'Ordre ne sont pas publiques. On a pu se demander si une telle disposition était conforme au droit pour tout justiciable à un procès équitable, et au principe de la publicité des débats. Un arrêt de la Cour de cassation²⁴⁸ a tranché en faveur de la légalité de cette disposition en cassant un jugement par lequel le tribunal d'instance d'Annecy rejetait une action du Conseil départemental de l'Ordre des médecins de la Haute-Savoie, au motif que les délibérations sur lesquelles se fondaient cette action n'étaient pas publiques²⁴⁹.

Enfin, en cas de carence dans le bon fonctionnement du COMPF, le Président de la Polynésie française, autorité suprême de l'exécutif polynésien, a la possibilité de dissoudre le COMPF et de s'adjoindre les pleins pouvoirs conférés au Conseil²⁵⁰.

2. Des liens de nature conventionnelle avec le CNOM

D'un point de vue organique, le COMPF est, depuis 2004, indépendant du Conseil national. Mais le législateur polynésien a laissé au COMPF la possibilité de se lier avec le CNOM par le biais de conventions²⁵¹. Cette autorisation expresse, qui est en fait une nécessité, trouve écho dans la loi française puisque l'article L. 4441-1 du Code de la santé publique prévoit qu'«une convention entre le Conseil national de l'Ordre et l'organe de l'Ordre de la Nouvelle-Calédonie, d'une part, et celui de la Polynésie française, d'autre part, fixe 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».

Sous son ancienne rédaction issue de l'ordonnance du 27 février 2003, l'article L. 4441-1 du Code de santé publique prévoyait également l'organisation des élections par la voie d'une convention entre les deux institutions. Une convention confiant au COMPF le soin d'organiser les opérations électorales pour la constitution de la Chambre disciplinaire fut ainsi passée avec le Conseil

248. Arrêt du 20 décembre 1996 rendu par l'Assemblée plénière.

249. Le raisonnement de la Cour de cassation était justifié par les attendus de principe suivants : «Attendu que pour déclarer irrecevable l'action en recouvrement de cotisations formée par le Conseil départemental de l'Ordre des médecins de la Haute-Savoie contre M. Paul Bras, docteur en médecine, le jugement attaqué, statuant sur renvoi après cassation, retient que les délibérations de ce Conseil n'étant pas publiques, le texte de ses décisions ne doit pas faire mention de l'opinion de ses membres et que l'indication selon laquelle une de ces décisions a été prise à l'unanimité révèle cette opinion ; que la sanction de cette prohibition est la nullité de cette décision ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'énoncé des conditions dans lesquelles une décision a été prise par un Conseil départemental de l'Ordre des médecins n'a pas pour effet de rendre publique la délibération qui l'a précédée, le Tribunal a violé les textes susvisés».

250. Art. 22, délibération 2004-42 APF.

251. Art. 3-8° de la délibération n°2004-42 APF.

national le 26 octobre 2006²⁵². La convention reprenait des dispositions de l'article L.4441-2 du Code de la santé publique, sous sa rédaction issue de l'ordonnance du 27 février 2003, qui prévoyait l'élection de membres élus en son sein par l'assemblée générale des médecins inscrits au dernier tableau publié par le Conseil de l'Ordre de la Polynésie française. La convention précisait également les conditions d'organisation du scrutin et les conditions d'éligibilité suivantes : être de nationalité française, être inscrit au tableau du COMPF depuis au moins trois ans, être âgé de trente ans révolus, ne pas être sous le coup d'une sanction disciplinaire ayant acquis un caractère définitif et être à jour de ses cotisations ordinaires. L'ordonnance n°2010-331 du 25 mars 2010²⁵³, en modifiant les dispositions du Code de la santé publique précitées, a privé d'effet la convention du 26 octobre 2006 passée entre le COMPF et le CNOM. Désormais, l'organisation des élections ne repose plus sur des dispositions conventionnelles, mais sur la loi : au terme de l'article L. 4441-2 du Code de la santé publique, les assesseurs (on abandonne le terme de membre titulaire) et suppléants de la Chambre de discipline sont élus par le COMPF ou, à défaut, par le CNOM, et non plus par l'assemblée générale des médecins. De plus, la condition d'âge pour être éligible est supprimée.

L'unique lien entre le COMPF et le CNOM à ce jour est une convention du 11 mars 2004. Elle a pour objectif de fixer les conditions de représentation du Conseil de l'Ordre auprès du Conseil national et les modalités de coordination entre les deux institutions. Cette convention est donc capitale puisqu'elle rattache le COMPF au CNOM et l'intègre en quelque sorte au système de santé. Signée par les présidents de chaque Conseil, elle est toujours en vigueur aujourd'hui. Cinq articles composent cette convention. L'article 1 prévoit la participation avec voix délibérative des représentants du COMPF aux assemblées et aux assises réunissant les conseillers ordinaires départementaux et le bénéfice des formations organisées par le Conseil national. La convention impose au COMPF de notifier toute modification de sa composition au CNOM, ainsi que toutes les décisions qu'il prend en matière d'inscription et de qualification²⁵⁴. Surtout, la convention prévoit que le CNOM reçoit les recours formés sur les décisions du COMPF prises sur le fondement du Code de déontologie²⁵⁵ et les demandes de qualification présentées par les médecins inscrits à ce tableau. Les

252. La même convention fut également passée un mois plus tôt entre l'organe de l'Ordre de Nouvelle-Calédonie et le Conseil national de l'Ordre des médecins le 20 septembre 2006.

253. L'ordonnance n°2010-331 du 25 mars 2010 transpose à la Polynésie française certaines dispositions de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires. L'article 32 de l'ordonnance supprime à l'article L. 4441-1 du Code de la santé publique les mots : « y compris pour l'organisation des élections » et modifie sensiblement l'article L. 4441-2 du même Code en confiant l'élection non plus aux médecins réunis en assemblée générale, mais au COMPF ou, à défaut, au CNOM.

254. Le COMPF est compétent pour qualifier en médecine générale depuis l'arrêté n°1600 du Conseil des ministres de la Polynésie française en date du 7 novembre 2008.

255. Art. 112 du Code de déontologie : « 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 de l'Ordre national des médecins 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. ».

autres décisions du COMPF, en matière d'inscription notamment, doivent être contestées devant le Tribunal administratif de Papeete, et le Conseil des médecins de Polynésie doit également informer le CNOM de tous les recours portés devant la juridiction administrative. Enfin, si le COMPF est compétent pour édicter son propre règlement intérieur (compétence tirée de l'article 3-10 de la délibération du 19 février 2004), l'article 5 de la convention précitée applique au COMPF pour son fonctionnement le règlement intérieur en vigueur dans les conseils départementaux de métropole, ainsi que le règlement de trésorerie de l'Ordre dans toutes ses dispositions relatives notamment à la cotisation, l'harmonisation des charges et à l'entraide.

Un projet de convention rédigé par les membres du COMPF est actuellement soumis à l'étude du Conseil national pour approbation. Cette nouvelle convention se veut plus complète que celle en vigueur en affirmant dès le départ la nécessité de prendre en compte les spécificités propres à l'institution ordinale locale. Ainsi l'article 1 de la nouvelle convention énonce que «le CNOM accompagne et favorise l'évolution du COMPF dans le respect de ses spécificités». Afin de tenir compte des récentes réformes législatives qui touchent les médecins en France, l'article 6 du projet de convention énonce que «le CNOM détermine, en liaison avec le COMPF, les modalités d'organisation et de validation du Développement Professionnel Continu²⁵⁶», notion issue de la loi dite «HPST» du 21 juillet 2009 et remplaçant l'obligation de formation continue. Il est aussi prévu que le CNOM apporte «un soutien juridique pour le traitement des dossiers qui lui sont présentés, et le cas échéant, son assistance pour le financement de la logistique en matière de contentieux» ainsi qu'une expertise technique et informatique pour la gestion des permanences de soins et des gardes, mais aussi pour la gestion financière et comptable. Ces nouvelles dispositions conventionnelles, à l'état de projet pour l'instant, traduisent en réalité les difficultés rencontrées par le COMPF, en matière de financement de l'institution, mais également en matière d'assistance juridique et technique, et démontrent la volonté de l'institution locale d'établir une relation forte avec le CNOM malgré la rupture de leur lien organique depuis 2004.

Chapitre 2. Les attributions de l'Ordre

Section 1. La définition avec le pays de la déontologie médicale

par Antoine Leca, Arnaud Hellec

Depuis 1996, la Polynésie française dispose de son propre Code de déontologie médicale. Inspiré du Code de déontologie médicale métropolitain de 1995 (révisé plusieurs fois depuis), le Code localement en vigueur n'a fait l'objet d'aucune modification (§ 1). Si l'interprétation de la déontologie médicale

256. La validation du Développement Professionnel Continu est une des nouveautés apportées par la loi HPST du 21 juillet 2009, et renforce l'obligation de formation continue qui incombe médecins.

relève du Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française (COMPf), celui-ci se réfère presque exclusivement aux commentaires de l'Ordre national des médecins (CNOM) (§ 2).

§ 1 – Un Code de déontologie médical ancien, inspiré du Code métropolitain

La déontologie médicale, corpus de règles et « moralité protectrice »²⁵⁷, « norme d'origine professionnelle »²⁵⁸, constitue « une discipline juridique au même titre que d'autres, avec lesquelles elle peut interférer sans pour autant perdre son autonomie »²⁵⁹.

Traitant des devoirs et des droits des praticiens envers leur patient, réglementant la pratique même de la médecine, la déontologie médicale a vocation à s'appliquer à tous les médecins inscrits au tableau de l'Ordre²⁶⁰.

La Polynésie française jouit, depuis un certain nombre d'années, d'une compétence pleine et entière en matière de santé²⁶¹. C'est à ce titre qu'en 1996²⁶², elle s'est dotée d'un nouveau Code de déontologie médicale²⁶³, afin que soient pris en compte les « changements profonds, d'ordre scientifique et technique mais aussi d'ordre social qui ont véritablement transformé la médecine, au cours de ces 40 dernières années »²⁶⁴.

Directement inspiré du Code de déontologie médicale (CDM) métropolitain, le CDMPf reprend, dans l'immense majorité des cas, in extenso, les dispositions du premier. Toutefois, celui-ci n'a jamais pu suivre l'évolution du CDM métropolitain, dans la mesure où ses dispositions restent inchangées depuis 1996.

En effet, depuis cette date, le CDM métropolitain a été modifié à huit reprises²⁶⁵ « afin de suivre des évolutions législatives et réglementaires, et plus

257. A. Leca (dir.), *La déontologie médicale*, Actes du Colloque d'Aix-en-Provence, 30 novembre 2006-1^{er} décembre 2007, PUAM, Collection « Droit de la santé », Aix, 2007 ; Emmanuel Terrier, *Déontologie médicale et droit*, Les Études Hospitalières, 2010, p. 46.

258 Claire Debost, Nicolas Giraudeau, Paul Veron, François Vialla, « La réforme du Code de déontologie médicale », dans *Revue générale de droit médical* n° 44, septembre 2012, p. 238.

259 Emmanuel Terrier, *op. cit.*, p. 44.

260 CSP, art. R. 4127-1.

261 Voir *infra*, Deuxième Partie – Titre II – Chapitre 1^{er} – Section 1 : « L'accès à la profession médicale ».

262 Délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale (JOPF 1996, n° 43 du 24 octobre 1996, p. 1830).

263 L'ancien Code de déontologie datait de 1955 : Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 portant Code de déontologie médicale et remplaçant le règlement d'administration publique n° 47-1169 en date du 27 juin 1947 (JOEFO 1956 n° 27 du 15 novembre 1956, p. 50, partie Décrets).

264 Assemblée de la Polynésie française, Procès-verbal n° 1996-13 du jeudi 10 octobre 1996, 2^e séance, p. 1189/96 à 1190/96, disponible à l'adresse suivante : <http://textes.assemblee.pf/internetdoc/texte/pv/pv%201996-10-10.pdf>

265 Modifications du CDM métropolitain depuis l'adoption du CDM polynésien :

1. Décret n° 97-503 du 21 mai 1997 portant mesure de simplification administrative (JORF n° 117 du 22 mai 1997, p. 7690) : ayant modifié l'article 90 du CDM ;
2. Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du Code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce Code (JORF n° 183 du 8 août 2004, p. 14150) : ayant modifié l'article 90 du CDM ;

largement, des changements démographiques et des évolutions affectant les pratiques professionnelles»²⁶⁶. Dès lors, sans pour autant en dresser une liste exhaustive, certaines modifications méritent d'être évoquées.

D'une part, un certain nombre d'entre elles vise à simplifier la relation entre l'Ordre et les médecins. Ainsi, à l'inverse du COMPf, dans certains cas, le silence gardé par le Conseil départemental de l'Ordre vaut autorisation implicite²⁶⁷.

D'autres, telles que la reconnaissance des cabinets secondaires multiples en métropole²⁶⁸ visent à répondre aux besoins de la population en termes d'offre de soins. En effet, l'article 85 du CDM²⁶⁹ dispose qu'eu égard «à l'intérêt de la population, un médecin peut exercer son activité sur un ou plusieurs sites distincts de sa résidence professionnelle habituelle», lorsque celui-ci exerce dans une zone présentant un déficit démographique concernant sa spécialité, ou lorsque «les investigations et soins qu'il entreprend nécessitent un environnement adapté»²⁷⁰. L'article 85 du CDMPf prévoit quant à lui que le médecin ne peut avoir, en principe, qu'un seul cabinet qu'il doit demander l'autorisation d'ouvrir un cabinet secondaire au COMPf.

Tel est également le cas concernant l'assistanat, dans la mesure où l'article 88 du CDM²⁷¹ assouplit et facilite²⁷² le mécanisme permettant aux médecins de recourir, dans des circonstances exceptionnelles ou lorsque leur état de santé le justifie, à l'assistance d'un confrère. À cet effet, le médecin demande l'autorisation au Conseil départemental de l'Ordre dont il dépend. Sa nouvelle rédaction permet également aux médecins de recourir à l'assistance d'étudiants en médecine. Son équivalent polynésien en est resté à sa rédaction de 1996, ne permettant au COMPf

3. Décret n° 2005-481 du 17 mai 2005 portant modification du Code de déontologie médicale (JORF n° 114 du 18 mai 2005, p. 8589) : ayant modifié l'article 85 du CDM ;

4. Décret n° 2005-840 du 20 juillet 2005 relatif à la sixième partie (partie réglementaire) du Code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce Code (JORF n° 172 du 26 juillet 2005, p. 12113) : ayant modifié l'article 85 du CDM ;

5. Décret n° 2006-120 du 6 février 2006 relatif à la procédure collégiale prévue par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le Code de la santé publique (dispositions réglementaires) (JORF n° 32 du 7 février 2006, p. 1974) : ayant modifié l'article 37 du CDM ;

6. Décret n° 2006-1585 du 13 décembre 2006 relatif au médecin collaborateur libéral et au médecin salarié et modifiant le Code de la santé publique (dispositions réglementaires) (JORF n° 289 du 14 décembre 2006, p. 18872) : ayant modifié les articles 87, 88, 91 et 95 du CDM ;

7. Décret n° 2010 du 29 janvier 2010 relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt de traitement (JORF n° 25 du 30 janvier 2010, p. 1869) : ayant modifié l'article 37 du CDM ;

8. Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du Code de déontologie médicale (JORF n° 108 du 8 mai 2012, p. 8479) : ayant modifié les articles 1^{er}, 24, 35 et, 87 du CDM.

266 Claire Debost, Nicolas Giraudeau, Paul Veron, François Vialla IALLA, *op. cit.*, p. 240.

267 CSP, art. R. 4127-85, R. 4127-87, R. 4127-90.

268 CSP, art. R. 4127-85.

269 Réexamen modifié par Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du Code de déontologie médicale (JORF n° 108 du 8 mai 2012, p. 8479).

270 CSP, art. R. 4127-85.

271 Tel que modifié par le Décret n° 2006-1585 du 13 décembre 2006 relatif au médecin collaborateur libéral et au médecin salarié et modifiant le Code de la santé publique (dispositions réglementaires) (JORF n° 289 du 14 décembre 2006, p. 18872).

272 Dans sa nouvelle rédaction, les mots «à titre exceptionnel» contenus dans le troisième alinéa ont été supprimés.

de délivrer de telles autorisations qu'exceptionnellement et ne permettant pas au médecin de s'adjoindre le concours des étudiants en médecine.

Enfin, le CDM métropolitain ne pouvait rester indifférent à l'émergence d'une nouvelle pratique que représente la télémedecine et donc devait nécessairement être modifié en ce sens²⁷³.

Évidemment, il est à craindre qu'à terme, l'écart entre les deux textes ne s'agrandisse encore. La Polynésie française n'a certes pas le monopole des retards en matière d'adaptation du Code de déontologie (le Code national de 1995 n'est intervenu que seize ans après le précédent), mais si rien n'est entrepris pour actualiser périodiquement le Code de déontologie celui-ci sera voué à l'obsolescence. L'Ordre des médecins est conscient de cette difficulté et son président a récemment suggéré un travail de remise à jour des textes en commençant par celui concernant l'article 85 relatif à l'exercice de la profession sur lieux multiples.

De telles modifications mériteraient d'être effectuées en Polynésie française, concernant notamment l'article 88 du CDM évoqué précédemment. Elles permettraient, à ce titre, de faire face à la désertification médicale que connaît la Polynésie et garantir aux polynésiens un égal accès aux soins²⁷⁴.

D'autres en revanche, comme l'article 77 du CDM traitant de la question controversée de la permanence des soins²⁷⁵ mériteraient d'être conservées en l'état. En effet, il s'agit là d'une mission de service public qui relève pour les professionnels de l'obligation et non du volontariat.

§ 2 – L'interprétation des dispositions du Code de déontologie médicale par le Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française²⁷⁶

La délibération de 2004 relative au Conseil de l'Ordre des médecins dispose que l'Ordre des médecins, premièrement, veille au respect des règles

273 Voir *infra*, Deuxième Partie – Titre II – Chapitre 1^{er} – Section 2 – § 3 : « La télémedecine » ; Voir également, Claire Debost, Nicolas Giraudeau, Paul Veron, François Vialla, *op. cit.*, p. 256 à 266.

274 Voir *infra*, Deuxième Partie – Titre II – Chapitre 1^{er} – Section 2 – § 3 : « La télémedecine ».

275 En métropole l'institution (CSP, art. L. 6315-1) a été repensée par le décret n° 2005-328 du 7 avril 2005 (*JORF* n° 82 du 8 avril 2005 p. 6345). La permanence des soins en médecine ambulatoire est assurée, en dehors des horaires d'ouverture des cabinets libéraux et des centres de santé, de 20 heures à 8 heures les jours ouvrés, ainsi que les dimanches et jours fériés par des médecins de garde et d'astreinte exerçant dans ces cabinets et centres (CSP, art. R. 730 al. 1). L'accès au médecin de permanence fait l'objet d'une régulation préalable qui est organisée par le SAMU Lorsque la régulation ne peut être organisée dans ce cadre, elle doit être interconnectée avec ce service^[1]. Les médecins de ville doivent participer en principe à ce service de garde organisé par le conseil départemental de l'Ordre. Indépendamment d'un tel cadre, le Préfet peut aussi réquisitionner un praticien privé pour un motif supérieur d'intérêt général – notamment si « l'afflux de patients ou de victimes où la situation sanitaire le justifient, dans le cadre d'un dispositif dénommé plan blanc élargi » (CSP, art. L. 3110-8) – et le manquement du praticien est sanctionné par une amende (CSP, art. L. 4163-7 & CP, art. R. 642-1). En effet, le médecin requis ne peut se récuser qu'à titre tout à fait exceptionnel. Etant précisé que la juridiction administrative est alors compétente pour connaître de la demande d'indemnisation présentée par le médecin réquisitionné (Trib. Confl., 26 juin 2006, n° C3524). Le Préfet peut aussi poursuivre un professionnel de santé devant les instances disciplinaires de la profession.

276 J.-P. Pastorel, « Les difficultés de l'Ordre des médecins à réguler l'activité médicale en Polynésie française », dans *La déontologie médicale*, (dir. A. Leca), PUAM, Aix, 2007.

déontologiques applicable à la profession²⁷⁷, et deuxièmement, propose l'édiction de celles-ci²⁷⁸. Il en ressort que la définition et l'interprétation des dispositions du Code de déontologie médicale applicables à la Polynésie française sont du ressort exclusif du COMPf.

D'une part, comme il l'a été précédemment indiqué, les dispositions du CDMPf sont, dans leur grande majorité, inspirées directement de la déontologie médicale métropolitaine.

D'autre part, le CNOM réalise à ce sujet, depuis un certain nombre d'années, des commentaires actualisés²⁷⁹ du Code de déontologie médicale. Le COMPf, lorsque ceux-ci sont identiques, fait siens ces commentaires. Lorsque ceux-ci diffèrent, suite à une modification du Code de déontologie médicale métropolitain²⁸⁰ intervenue après 1996, le COMPf se réfère aux analyses précédentes établies par le CNOM²⁸¹. Enfin, lorsque ceux-ci diffèrent des articles métropolitains dès leur origine²⁸², le COMPf, après consultation du CNOM pour avis, établit une analyse au cas par cas.

Enfin, si le COMPf peut s'adjoindre les services d'un conseiller juridique²⁸³, force est de constater, qu'en égard aux moyens financiers dont celui-ci dispose, un service juridique entièrement dédié à l'étude de la déontologie médicale, à l'instar du CNOM, est inenvisageable.

Section 2. La réglementation et le contrôle de la profession

par Antoine Leca

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

- en collaboration avec les pouvoirs publics, la réglementation de la profession, notamment par la participation de l'Ordre à l'élaboration d'un Code de déontologie professionnelle, en accord avec différents organismes, le contrôle de la légalité et de la moralité professionnelle,
- en liaison avec les syndicats, qui ont leur sphère d'action propre²⁸⁴, la représentation de la profession auprès de la puissance publique et de ses juridictions, notamment en qualité de partie civile devant les tribunaux

277 Délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes, art. 3 1°.

278 *Ibid.*, art. 5.

279 Commentaires actualisés disponibles sur le site internet du CNOM à l'adresse suivante : <http://www.conseil-national.medecin.fr/groupe/17/tous>

280 Il s'agit des articles 1^{er}, 24, 35, 37, 85, 87, 88, 90, 91 et 95 du CDM.

281 Conseil National de l'Ordre des médecins, *Commentaires du Code de déontologie médicale*, éditions 1996 et 1998, respectivement 396 p. et 292 p.

282 Il s'agit des articles 77, 79, 81, 99.

283 Délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes, art. 6, dernier alinéa.

284 En métropole, depuis l'ordonnance du 19 octobre 1945 sur les assurances sociales, c'est aux syndicats de médecins qu'il appartient de fixer les tarifs honoraires. Le Code de la Sécurité sociale impose d'ailleurs d'organiser les rapports entre la profession et les caisses par les conventions conclues, non point avec l'Ordre, mais avec les syndicats représentatifs (CSS, art. L. 162-5).

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.

§ 1 – La réglementation interne à la profession

Concurremment avec les pouvoirs publics, l'Ordre élabore la réglementation de la profession dans le respect de la légalité.

Cette attribution s'articule 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 la fixation des titres professionnels reconnus, la fixation des clauses essentielles des contrats type²⁸⁶ et un certain nombre de grands problèmes intéressant la profession (tels que l'euthanasie ou le secret médical).

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

Mais l'Ordre a en la matière une compétence limitée par le contrôle de régularité du juge et le contrôle d'opportunité des pouvoirs publics.

En premier lieu, son pouvoir s'exerce sous le contrôle du juge administratif saisi 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.

En second lieu, l'Ordre doit composer avec les pouvoirs publics. C'est ainsi qu'il participe à l'élaboration d'un Code de déontologie professionnelle, mais il ne peut pas le rendre obligatoire de son propre chef. Son rôle est d'ordre préparatoire et consultatif. Il se borne à préparer un projet, lequel est susceptible de faire ensuite l'objet soit d'un décret en Conseil d'État, s'il recueille l'adhésion du gouvernement²⁸⁹ – c'est aujourd'hui le décret n°95-1000 du 6 septembre 1995²⁹⁰

285. CE, 25 octobre 1958, Min. santé publ., Rec., p. 539.

286. CE, sect., 31 janvier 1969, Union nationale des grandes pharmacies, Rec., p. 54 ; *D.* 1969, p. 361, note M. Guibal ; *AJDA* 1969, p. 197 ; *RDSS* 1969, p. 273, concl. Beaudoin ; CE, 25 octobre 1996, Martin, DA, 1997, n° 1.

287. CE, 22 juillet 1977, Barry.

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

289. CSP, art. L. 4127-1.

290. Pour les chirurgiens-dentistes, le texte actuel 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, il s'agit du décret n°91-779 du 8 août 1991, pour les pharmaciens enfin, c'est le décret n°95-284 du 14 mars 1995. Tous ces textes ont été intégrés dans le Code de la santé publique en 2004 (*D.* n°2004-802 du 29 juillet 2004). Pour la Polynésie française : ordonnance n°45-2184 du 24 septembre 1945 modifiée relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, art. 1 et Délibération n°2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes, art. 30 al. 3. Quiconque se livre à une profession organisée en Ordre sur le territoire de la République française, sans y être inscrit se rend passible d'une infraction pénale : l'exercice illégal de la profession (CSP, art. L. 4161-1 et suivants) : une incrimination précise vise plus particulièrement l'exercice illégal de la médecine (CSP, art. L. 4161-1-4°). En revanche, il est possible de ne pas s'affilier, si l'on n'entend pas ou plus exercer.

portant Code de déontologie médicale pour la métropole – soit en Polynésie française d’une promulgation par l’organe compétent du Pays.

§ 2 – Le contrôle de la légalité et de la moralité professionnelles

L’Ordre contrôle la légalité et la moralité professionnelles. 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), d’autre part durant l’exercice professionnel (à travers les juridictions ordinales compétentes en matière disciplinaire).

a) 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 Ordre²⁹¹ sauf exceptions limitées²⁹². Ce principe, qui n’est pas propre à la France, 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 le COMPF en Polynésie. Pour prononcer l’inscription, l’Ordre, dont la compétence est liée, vérifie que les conditions requises sont réunies par l’impétrant. Tout refus d’inscription doit être motivé et ouvre la voie à un double mécanisme d’appel. En métropole, cela s’opère devant le conseil régional et, si nécessaire, le Conseil national²⁹³. En dernier lieu, comme la décision du Conseil national est un acte administratif, celle-ci est susceptible de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d’État²⁹⁴. En Polynésie, l’appel est porté devant le TAPF et un recours en cassation est possible devant le Conseil d’État.

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

b) Le contrôle de l’exercice professionnel

Hors l’existence d’une faute professionnelle, il existe un certain nombre de procédures ordinales à caractère préventif. En l’hypothèse d’un manquement déontologique, une procédure juridictionnelle disciplinaire est mise en œuvre par

291. CSP, art. L. 4111-1. Quiconque se livre à une profession organisée en Ordre sur le territoire de la République française, sans y être inscrit se rend passible d’une infraction pénale : l’exercice illégal de la profession (CSP, art. L. 4161-1 et suivants) : une incrimination précise vise plus particulièrement l’exercice illégal de la médecine (CSP, art. L. 4161-1-4°). En revanche, il est possible de ne pas s’affilier, si l’on n’entend pas ou plus exercer.

292. Elles concernent les membres du service de santé des armées (CSP, art. L. 4112-6), les fonctionnaires titulaires de l’État qui ne sont pas appelés dans l’exercice de leurs fonctions à exercer la médecine (CSP, art. L. 4112-6), les médecins ressortissant d’un État membre de l’Union européenne (ou partie à l’accord sur l’Espace économique européen) qui y sont établi et y exercent légalement leur profession, lorsqu’ils accomplissent en France des actes médicaux de manière temporaire et occasionnelle (CSP, art. L. 4112-7) et les médecins relevant des caisses de Sécurité sociale.

293. CE, 30 mars 1973, Docteur Gen, Rec., p. 269.

294. CE, 12 décembre 1953, De Bayo, Rec., p. 544.

l'Ordre²⁹⁵. On va s'attacher ici au contrôle ordinal préventif.

L'Ordre reconnaît les titres, fonctions, qualifications ou spécialités dont peuvent se prévaloir ses membres.

Il a le droit d'obtenir communication des contrats relatifs à l'exercice de la profession. En effet les contrats relatifs à l'exercice de la profession doivent en principe être communiqués à l'Ordre par les praticiens qui les ont signés²⁹⁶.

295. Son étude relève de l'examen de la section consacrée à la responsabilité disciplinaire (voir *infra*).

296. Pour la France métropolitaine : CSP, art. L. 4113-9 exigeant que « Les médecins, les chirurgiens-dentistes en exercice, ainsi que les personnes qui demandent leur inscription au tableau de l'Ordre des médecins ou des chirurgiens-dentistes, doivent communiquer au conseil départemental de l'Ordre dont ils relèvent, les contrats et avenants ayant pour objet l'exercice de leur profession ainsi que, s'ils ne sont pas propriétaires de leur matériel et du local dans lequel ils exercent ou exerceront leur profession, les contrats ou avenants leur assurant l'usage de ce matériel et de ce local. Les mêmes obligations s'appliquent aux contrats et avenants ayant pour objet de transmettre sous condition résolutoire la propriété du matériel et du local. La communication prévue ci-dessus doit être faite dans le mois suivant la conclusion du contrat ou de l'avenant, afin de permettre l'application des articles L. 4121-2 et L. 4127-1. Tous les contrats et avenants dont la communication est exigée doivent être passés par écrit. Les contrats et avenants dont la communication est prévue ci-dessus doivent être tenus à la disposition du ministre chargé de la santé par le conseil départemental de l'Ordre des médecins ou par le conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes. Toute personne physique ou morale passant un contrat avec un médecin ou un chirurgien-dentiste doit le faire par écrit ». CSP, art. R. 4127- 83 : Conformément à l'article L. 462 du Code de la santé publique (devenu depuis L. 4113-9), 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 au conseil départemental 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 au conseil départemental intéressé, 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 au conseil départemental 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.

Pour la Polynésie française : Ordonnance n°45-2184 du 24 septembre 1945 modifiée relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, art. 67 exigeant que « les médecins, les chirurgiens-dentistes, les personnes qui demande leur inscription au tableau de l'Ordre des médecins ou des chirurgiens-dentistes, devront communiquer au conseil de l'Ordre intéressé les contrats ayant pour objet l'exercice de leur profession et, s'ils ne sont pas propriétaire de leur matériel et du local dans lequel ils exercent ou exerceront leur profession, les contrats leur mettant l'usage du matériel et du local. Seront également communiqués les contrats transmettant sous condition résolutoires la propriété du matériel et du local. Cette communication devra être faite pour les médecins et chirurgiens-dentistes dans les trente jours du contrat ou de la constitution des conseils départementaux prévus par la présente ordonnance. Les personnes qui demandent leur inscription au tableau de l'Ordre des médecins ou des chirurgiens-dentistes l'annexeront à leur requête. Elles communiqueront sans délai les contrats visés aux alinéas 1^{er} et 2 qu'elles auraient passés après leur demande d'inscription, mais avant ladite inscription. Tous les contrats dont la communication est exigée devront être passés par écrit. Le manquement à cette obligation constituera une faute disciplinaire, susceptible d'entraîner les sanctions prévus à l'article 36 ou de motiver le refus d'inscription au tableau. Délibération n°96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale, 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

Il s'agit d'une déclaration, mais pas d'une autorisation préalable. Il en résulte que les observations éventuellement formulées par les instances ordinales n'ont aucune influence sur la validité du contrat. Le défaut de communication (disciplinairement fautif) n'entraîne pas lui-même la nullité de la convention²⁹⁷ qui ne peut être prononcée que par le juge.

Tout remplacement médical doit être porté à la connaissance de l'Ordre. 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 remplissant les conditions prévues par le Code de la santé publique. 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 remplacement²⁹⁸.

L'ouverture des cabinets secondaires de médecins (ou chirurgiens-dentistes ou sages-femmes) doit être autorisée par le conseil départemental de l'Ordre (en métropole) ou le COMPF (en Polynésie), dans les conditions fixées par le Code de déontologie²⁹⁹.

L'Ordre doit écarter tout professionnel devenu incapable d'exercer. 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 temporaire³⁰⁰. La compétence appartient au conseil régional. Et un appel est possible devant le Conseil national³⁰¹.

Le représentant de l'État peut également saisir le conseil régional³⁰² et/ou le COMPF. En cas d'urgence, lorsque la poursuite de son exercice par un

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 national des médecins, 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 national des médecins, de même que les avenants et règlements intérieurs lorsque le contrat y fait référence. Celle-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 national des médecins 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.

297. Cass. civ. 1^{er} juillet 1958, *D.* 1959, p. 283.

298. Pour la France métropolitaine : CSP, art. R. 4127- 65. Pour la Polynésie française : délibération n°96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale, art. 65 al. 4.

299. J.-L. Gousseau, «L'autorisation administrative de cabinet secondaire des professions médicales», *RDSS* 1978, p. 1.

300. CSP, 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 (CSP, art. L. 4124-6 adapté à la Polynésie française par l'art. 4441-7 et 4441-10) qui est une sanction disciplinaire.

301. CSP, art. L. 4122-3-1 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002). Antérieurement, à 2002 la pratique en était bien établie (CE, 13 mai 1977, Rollin, Rec., p. 215).

302. CSP, art. L. 4113-14 (L. n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit). Cf. A. Fallourd, *La lutte contre les professionnels de la santé « dangereux » ou les dérives du principe de précaution...*, *Lamy Droit de la santé*, n° 68 (janvier 2008).

médecin³⁰³ expose ses patients à un danger grave, le représentant de l'État (le Préfet dans le département, le Haut-Commissaire en PF) peut prononcer la suspension immédiate du droit d'exercer pour une durée maximale de cinq mois³⁰⁴. En métropole il doit informer le président du CDOM qui saisit sans délai le CROM ou le conseil interrégional lorsque le danger est lié à une infirmité ou un état pathologique du professionnel, ou la CHDPI 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 CNOM ou la CHDN, qui statue dans un délai de deux mois. À défaut de décision dans ce délai, la mesure de suspension prend fin automatiquement³⁰⁵. L'organisation est similaire en Polynésie, à ceci près que l'information est faite auprès du COMPF.

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

La suspension temporaire³⁰⁶ est un acte administratif dépourvu de tout caractère juridictionnel³⁰⁷ 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 heures³⁰⁸. Dans les autres cas, il peut y avoir appel devant le CNOM³⁰⁹ (seulement en métropole) et recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État³¹⁰.

Enfin, tout différend professionnel entre médecins, qu'il soit lié au remplacement, à l'installation ou à toute autre chose que ce soit, peut ou doit selon les cas, être soumis à l'Ordre.

§ 3 – La représentation de la profession auprès de l'État, du Pays et de leurs juridictions

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

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

304. Étant précisé qu'il entend l'intéressé au plus tard dans un délai de trois jours suivant la décision de suspension (CSP, art. L. 4113-14 / L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 45 ; Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003).

305. CSP, art. L. 4113-14. Le décret du 23 décembre 2004 a complété ces dispositions en créant les articles R. 4113-104 et suivants du CSP qui précisent la procédure, ainsi que les droits et obligations des praticiens concernés.

306. A. Texier, « La suspension temporaire du droit d'exercer applicable aux médecins », *RDSS* 1979, p. 159.

307. CE, 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).

308. CSP, art. L. 4113-14 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 45).

309. CE sect., 13 mai 1977, Rollin, Rec., p. 215, *RDSS* 1978, p. 195, note F. Moderne.

310. CE, 7 décembre 1956, Rajaonary, Rec., Tables, p. 918 ; *RDSS* 1986, p. 236, obs. L. Dubouis ; Inf. pharm. 1988, p. 322 ; CE, 5 février 1997, Frühling, DA 1997, n° 222.

l'exercice illégal de la médecine³¹¹.

En métropole, cette compétence est mise en œuvre par le président du Conseil national. Le président du CNOM qui se porte partie civile n'a pas besoin d'une délégation spéciale pour chaque procès, une délégation générale suffit. En Polynésie, ce rôle est joué par le président du COMPF.

311. CSP, art. L. 4161-4.

TITRE 2. L'ORGANISATION SANITAIRE ET SOCIALE

C'est l'étude de l'organisation sanitaire régie par la délibération relative au STOS (Introduction), du système hospitalier public (§ 1) et du système hospitalier privé (§ 2).

Introduction : La délibération relative à l'organisation sanitaire et la délibération relative au STOS

par Arnaud Hellec

L'organisation sanitaire en Polynésie française est régie par la délibération n° 2002-169 APF du 12 décembre 2002. Elle repose sur deux outils fondamentaux, transposés du droit français de métropole : la carte sanitaire (§ 1) et le schéma d'organisation sanitaire³¹² (§ 2).

§ 1 – La carte sanitaire

En 1983, l'assemblée territoriale de la Polynésie française, sur proposition du conseil du gouvernement de l'époque introduisait, par sa délibération n° 83-122 du 28 juillet 1983³¹³, une carte sanitaire, sur le modèle de ce qui existait alors en métropole depuis 1970³¹⁴. Le but était « d'établir des normes de références permettant aussi bien au secteur privé qu'au secteur public de programmer l'évolution de leurs situations et de leurs moyens pour le meilleur intérêt de la santé de la population »³¹⁵.

La base du dispositif repose d'ailleurs sur une complémentarité entre le secteur privé et le secteur public. La carte sanitaire de 1983 en faisait d'ailleurs expressément mention, au nom du principe du libre choix du médecin par le patient³¹⁶. Ce principe a été repris par le schéma d'organisation sanitaire de la Polynésie française³¹⁷.

312. Pour une lecture approfondie du schéma d'organisation sanitaire, voir l'annexe de la délibération n° 2002-170 APF du 12 décembre 2002 portant approbation sanitaire 2003-2007.

313. Délibération n° 83-122 du 28 juillet 1983 instituant une carte sanitaire en Polynésie française rendue exécutoire par l'arrêté n° 2909 AA du 1^{er} septembre 1983.

314. Instituée en France par la loi hospitalière du 31 décembre 1970, la carte sanitaire est un découpage du territoire en secteurs sanitaires avait pour but une maîtrise quantitative des équipements par le biais d'indices, une planification et une coordination de l'installation des équipements lourds et des lits. Très critiquée pour sa rigidité, elle a été supprimée en métropole par l'ordonnance de simplification administrative du 4 septembre 2003.

315. Procès-verbal n° 1983-14 du jeudi 28 juillet 1983 de l'assemblée territoriale de la Polynésie française – 1^{re} séance, session de juillet, p. 949/83.

316. Délibération n° 83-122 AT du 28 juillet 1983 instituant une carte sanitaire en Polynésie française, art. 32.

317. Voir le schéma d'organisation sanitaire annexé à la délibération n° 2002-170 APF du 12 décembre 2002 portant approbation sanitaire 2003-2007.

Révisée en 1992³¹⁸, puis en 2002³¹⁹, la carte sanitaire de la Polynésie a pour objet de déterminer « la nature et, s'il y a lieu, l'importance des installations et activités de soins nécessaires pour répondre aux besoins de la population »³²⁰. L'article 2 de la délibération n° 2002-169 APF du 12 décembre 2002 dispose qu'elle fixe notamment :

« 1° Les limites des secteurs sanitaires et psychiatriques³²¹ ;

2° La nature et l'importance des installations nécessaires pour répondre aux besoins de la population, des équipements matériels lourds définis à l'article 3, des structures de soins alternatives à l'hospitalisation définies aux articles 13 à 16³²² et des activités de soins d'un coût élevé ou nécessitant des dispositions particulières dans l'intérêt de la santé publique ».

La carte sanitaire, en vertu de l'article 1^{er} alinéa 13 de la délibération n° 2002-169 APF précitée, est fixée par arrêté pris en conseil des ministres, après avis de la commission de l'organisation sanitaire³²³. En vue de son élaboration et de sa révision³²⁴, les établissements de santé, privés et publics, doivent transmettre à la Direction de la Santé « les informations relatives à leurs moyens de fonctionnement et à leurs activités »³²⁵.

Celle-ci prévoit également un régime d'autorisation³²⁶ relatif aux installations³²⁷, aux équipements et matériels lourds³²⁸ et aux activités de soins³²⁹.

Ce régime d'autorisation concerne également tout projet de création, extension, conversion ou transformation d'établissements de santé³³⁰.

318. Délibération n° 92-96 AT du 1^{er} juin 1992 portant réforme du système hospitalier, art. 33 abrogeant la délibération n° 83-122 AT du 28 juillet 1983 instituant une carte sanitaire en Polynésie française.

319. Délibération n° 2002-169 APF du 12 décembre 2002 relative à l'organisation sanitaire de la Polynésie française, art. 1^{er} à 4.

320. *Id.* art. 1^{er}, al. 2.

321. La Polynésie comporte, à l'heure actuelle, un secteur sanitaire et deux secteurs psychiatriques : arrêté n° 527 CM du 21 juillet 2005 déterminant le champ de la carte sanitaire, art. 1.

322. Il s'agit ainsi des structures d'hospitalisation à temps partiel, de jour ou de nuit, des structures pratiquant l'anesthésie ou la chirurgie ambulatoires, et des structures dites d'hospitalisation à domicile.

323. Pour une présentation de la commission de l'organisation sanitaire, voir *infra* : Chapitre I^{er} – Section I – Sous-section 3.

324. La carte sanitaire, établie pour une durée de dix ans (1983 à 1993), fait, depuis 2002, l'objet d'une révision au plus tard tous les cinq ans.

325. Délibération n° 2002-169 APF du 12 décembre 2002 relative à l'organisation sanitaire de la Polynésie française, art. 4.

326. *Id.*, art. 17 à 37 et, pour une liste détaillée des éléments nécessitant ces autorisations, voir l'arrêté n° 527 CM du 21 juillet 2005 déterminant le champ de la carte sanitaire, art. 3.

327. Lits et places correspondant aux différentes disciplines : médecine, chirurgie, gynécologie-obstétrique, psychiatrie, soins de suite, rééducation et réadaptation fonctionnelle, soins de longue durée.

328. Équipements ne pouvant être utilisés que dans des conditions d'installation et d'utilisation particulièrement onéreuses ou pouvant entraîner un excès d'actes médicaux (caisson hyperbare, IRM, scanners...).

329. Activités de soins d'un coût particulièrement élevé ou requérant certaines dispositions particulières (transplantations et greffes d'organes, neurochirurgie...).

330. Délibération n° 2002-169 APF du 12 décembre 2002 relative à l'organisation sanitaire de la Polynésie française, art. 17.

L'ouverture ou la gestion de tels établissements ou matériels lourds sans autorisation est punie d'une amende dont le montant s'élève à 17 000 000 F CFP³³¹.

§ 2 – Le schéma d'organisation sanitaire

En métropole, à côté de la carte sanitaire, des schémas régionaux d'organisation sanitaire, publiés en 1995 puis en 1999, ont précisé les priorités locales, en s'appuyant sur une appréciation plus fine des besoins, et contribué au découplage de l'offre de soins en proposant notamment des réallocations de moyens (en équipements et en personnel)³³².

La Polynésie a transposé l'outil en 2002. Adopté à la suite de la réforme de la protection sociale généralisée et dans un contexte d'augmentation croissante des dépenses de santé et donc de recherche de leur maîtrise³³³, le schéma d'organisation sanitaire, déterminé par la délibération n° 2002-169 APF précitée et approuvé par la délibération n° 2002-170 APF du même jour, « fixe des objectifs en vue d'améliorer la qualité, l'accessibilité et l'efficacité de l'organisation sanitaire »³³⁴. À ce titre, il détermine l'organisation et la répartition territoriale des moyens, quelle qu'en soit la nature, compris ou non dans la carte sanitaire, permettant de répondre aux objectifs de prévision et d'évolution de l'offre de soins³³⁵.

Initialement prévu pour la période 2003-2007³³⁶, le schéma d'organisation sanitaire a récemment fait l'objet d'une prorogation au titre des années 2008 à 2012 inclus³³⁷. Le vice-président du Pays de l'époque estimait que si les objectifs initiaux du schéma 2003-2007 étaient encore loin d'être atteints, mettant ainsi en lumière certaines difficultés liées notamment à « l'insuffisance de l'appropriation par les financeurs [du système de santé polynésien] »³³⁸, « la poursuite de sa mise en œuvre est essentielle pour une meilleure réponse aux besoins de la population »³³⁹ et concluait ainsi à la nécessité de sa prorogation pour une période de cinq ans. Celui-ci est dès lors encore applicable en Polynésie française.

Le dispositif sanitaire en Polynésie française est mis en œuvre par l'intervention de différents acteurs (Chapitre I) l'organisme de protection sociale local : la Caisse de prévoyance sociale (Chapitre II).

331. *Id.*, art. 37, al. 1^{er}.

332. CSP, art. L-6121-3 et 4.

333. Procès-verbal n° 2002-23 du jeudi 12 décembre 2002 de l'assemblée de la Polynésie française – 1^{re} séance, session extraordinaire de 2002, p. 2372/2002.

334. Délibération n° 2002-169 APF du 12 décembre 2002 relative à l'organisation sanitaire de la Polynésie française, art. 1^{er}, al. 3.

335. *Id.*, art. 5.

336. Délibération n° 2002-170 APF du 12 décembre 2002 portant approbation sanitaire 2003-2007.

337. Délibération n° 2008-75 APF du 8 décembre 2008 portant prorogation du schéma d'organisation sanitaire.

338. Procès-verbal n° 2008-19 du jeudi 4 décembre 2008 de l'assemblée de la Polynésie française – 7^e séance, session budgétaire de 2008, p. 124.

339. *Ibid.*

Chapitre 1. Les institutions sanitaires

par Arnaud Hellec

La Polynésie française est compétente en matière de santé publique depuis 1957³⁴⁰. À ce titre, à l'instar de la métropole, le système de santé polynésien est organisé autour de différentes institutions, publiques et privées : les institutions gouvernementales (section 1), exerçant une tutelle sur le Centre Hospitalier de la Polynésie française (section 2) et le système hospitalier privé (section 3) qui jouit d'une autonomie certaine et vient compléter le système sanitaire local.

Section 1. Les institutions compétentes en matière de santé

par Arnaud Hellec

La conception, l'élaboration de la politique et de la réglementation applicable en matière de santé émane essentiellement du ministère en charge de la santé³⁴¹ (sous-section 1^{re}). Toutefois, deux institutions centrales en Polynésie française sont nécessairement amenées à intervenir : l'Assemblée de la Polynésie française (APF) et le Conseil économique, social et culturel (CESC) (sous-section 2).

Sous-section 1^{re} – Le ministre en charge de la santé

par Arnaud Hellec

Au titre de son autonomie interne étendue, la Polynésie française dispose d'un gouvernement propre depuis notamment le statut de 1958³⁴². Au départ formé de conseillers du gouvernement³⁴³, cette institution comprend, depuis 1984³⁴⁴, un certain nombre de ministères³⁴⁵ dont notamment celui en charge de la

340. Décret n° 57-812 du 22 juillet 1957 portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale dans les établissements français de l'Océanie, art. 40-22°, publié au *JORF* du 23 juillet 1957 p. 7258.

341. Rappelons toutefois qu'au sens de l'article 141 de la Loi organique n° 2004-192 modifiée du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, l'initiative des « lois du pays » appartient concurremment au gouvernement et aux représentants à l'Assemblée de la Polynésie française.

342. Ordonnance n° 58-1337 du 23 décembre 1958 relative au conseil de gouvernement et à l'assemblée de la Polynésie française (arrêté de promulgation n° 11 AA du 6 janvier 1959) publiée au *JOPF* du 15 janvier 1959.

343. Ordonnance n° 58-1337 du 23 décembre 1958 relative au conseil de gouvernement et à l'assemblée de la Polynésie française (arrêté de promulgation n° 11 AA du 6 janvier 1959), art. 3 ; Loi n° 77-772 du 12 juillet 1977 relative à l'organisation de la Polynésie française (arrêté de promulgation n° 3490 AA du 18 juillet 1977), art. 3 al. 3.

344. Loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française, publiée au *JORF* n° 209 du 7 septembre 1984, page 2831 et au *JOPF* du 8 septembre 1984, n° 42 NS, page 1286.

345. Loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française, art.

santé. Le président de la Polynésie française disposant d'une certaine liberté dans la composition de son gouvernement³⁴⁶, il n'existe pas de réelle constante dans l'association de la santé à d'autres portefeuilles (§ 1). Le ministre en charge de la santé se voit attribuer une double mission d'élaboration et de contrôle à travers la tutelle des différents services et établissements qui lui est confiée (§ 2).

§ 1 – L'association des différents portefeuilles avec celui de la santé

L'association de la santé à d'autres domaines est liée à la stratégie adoptée par le président lors de la formation du gouvernement. Celle-ci nécessite ensuite une collaboration étroite entre les différents services placés sous l'autorité du ministre concerné.

Ainsi, la santé a-t-elle été associée à³⁴⁷ :

- la recherche³⁴⁸
- l'environnement³⁴⁹
- l'habitat³⁵⁰
- la fonction publique et la rénovation de l'administration³⁵¹
- la qualité de la vie³⁵²
- la famille et/ou la condition féminine³⁵³
- la vie associative³⁵⁴
- la prévention³⁵⁵
- la sécurité alimentaire³⁵⁶
- la médecine traditionnelle³⁵⁷

5 ; Loi Organique n°96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 11 ; Loi organique n°2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 73, al. 2.

346. Loi Organique n°2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 73, al. 5 : «Les attributions [...] du vice-président et de chacun des ministres sont définies par arrêté du président de la Polynésie française».

347. Liste non exhaustive.

348 Arrêté n°5 PR du 18 septembre 1984, art. 1^{er}, 7^e tiret ; arrêté n°622 PR du 4 avril 1991, art. 1^{er}, 1^{er} tiret ; arrêté n°195 PR du 29 mai 1996, art. 2 8^e tiret ; arrêté n°637 PR du 19 mai 2001, art. 2, 10^e tiret ; arrêté n°592 PR du 28 février 2009, art. 1^{er}, 9^e tiret.

349 Arrêté n°5 PR du 18 septembre 1984, art. 1^{er}, 7^e tiret ; arrêté n°350 PR du 18 juin 1986, art. 8^e tiret ; arrêté n°2465 PR du 28 novembre 2009, art. 1^{er}, 3^e tiret.

350 Arrêté n°622 PR du 4 avril 1991, art. 1^{er}, 1^{er} tiret.

351 Arrêté n°2130 PR du 11 septembre 2001, art. 2, 6^e tiret ; arrêté n°3985 PR du 26 décembre 2006, art. 1^{er}, 4^e tiret.

352 Arrêté n°1 PR du 16 juin 2004, art. 1^{er}, 6^e tiret.

353 Arrêté n°1 PR du 16 juin 2004, art. 1^{er}, 6^e tiret ; arrêté n°3985 PR du 26 décembre 2006, art. 1^{er}, 4^e tiret ; arrêté n°2465 PR du 28 novembre 2009, art. 1^{er}, 3^e tiret.

354 Arrêté n°1 PR du 16 juin 2004, art. 1^{er}, 6^e tiret.

355 Arrêté n°1 PR du 26 octobre 2004, art. 1^{er}, 14^e tiret ; arrêté n°2 PR du 7 mars 2005, art. 1^{er}, 11^e tiret ; arrêté n°2954 PR du 10 novembre 2006, art. 1^{er}, al. 1^{er} ; arrêté n°3985 PR du 26 décembre 2006, art. 1^{er}, 4^e tiret ; arrêté n°1355 PR du 19 avril 2008, art. 1^{er}, 1^{er} tiret ; arrêté n°592 PR du 28 février 2009, art. 1^{er}, 9^e tiret ; arrêté n°2465 PR du 28 novembre 2009, art. 1^{er}, 3^e tiret.

356 Arrêté n°2 PR du 7 mars 2005, art. 1^{er}, 11^e tiret ; arrêté n°2954 PR du 10 novembre 2006, art. 1^{er}, al. 1^{er}.

357 Arrêté n°2 PR du 7 mars 2005, art. 1^{er}, 11^e tiret ; arrêté n°2954 PR du 10 novembre 2006, art. 1^{er}, al. 1^{er} ; arrêté n°1355 PR du 19 avril 2008, art. 1^{er}, 1^{er} tiret ; arrêté n°592 PR du 28 février 2009, art. 1^{er}, 9^e tiret.

- la jeunesse et les sports³⁵⁸
- la politique de la ville³⁵⁹
- la protection sociale généralisée³⁶⁰

Elle a également fait l'objet d'un portefeuille unique³⁶¹.

Le gouvernement actuel a pris quant à lui le parti d'associer la santé avec la solidarité. Cette stratégie a été réitérée à cinq reprises depuis 1991³⁶². Si les autres associations peuvent plus ou moins se justifier, le rapprochement entre la santé et la solidarité peut se fonder sur la place que tient la Caisse de Prévoyance Sociale dans la santé polynésienne. En effet, en tant qu'organisme assurant la gestion des prestations sociales (prise en charge des actes médicaux, des médicaments etc.), sa tutelle revient, d'une manière générale, au ministre en charge de la solidarité, exception faite de l'attribution explicite au ministre en charge de la santé³⁶³. En cas de séparation des deux portefeuilles, le ministre en charge de la santé doit collaborer étroitement avec le ministre qui en a la charge³⁶⁴.

§ 2 – Les attributions du ministre en charge de la Santé

L'action du ministre est double. Celui-ci a une mission d'élaboration de la réglementation applicable en la matière et une mission de contrôle qu'il exerce sur les différents services et établissements placés sous sa tutelle.

A/ La conception et l'élaboration de la réglementation applicable en matière de santé

Le ministre en charge de la santé a pour mission d'élaborer et mettre en œuvre « les règles concernant la politique de protection de la santé, l'organisation de la prévention et des soins, les professions médicales et paramédicales et la sécurité alimentaire, la politique relative à l'assurance-maladie pour tous les régimes de protection sociale »³⁶⁵.

Bien que la médecine traditionnelle occupe une place importante dans la société polynésienne, sa promotion n'a fait l'objet d'une attribution spécifique

358 Arrêté n° 1355 PR du 19 avril 2008, art. 1^{er}, 1^{er} tiret.

359 *Id.*

360 Arrêté n° 2465 PR du 28 novembre 2009, art. 1^{er}, 3^e tiret; arrêté n° 1682 PR du 6 avril 2011, art. 1^{er}, 8^e tiret.

361. Arrêté n° 268 PR du 16 février 2009, art. 1^{er}, 9^e tiret; arrêté n° 1164 PR du 17 avril 2009, art. 1^{er}, 7^e tiret.

362. Arrêté n° 622 PR du 4 avril 1991, art. 1^{er}, 1^{er} tiret; arrêté n° 1 PR du 16 juin 2004, art. 1^{er}, 6^e tiret; arrêté n° 3985 PR du 26 décembre 2006, art. 1^{er}, 4^e tiret; arrêté n° 2465 PR du 28 novembre 2009, art. 1^{er}, 3^e tiret; arrêté n° 1682 PR du 6 avril 2011, art. 1^{er}, 8^e tiret.

363. Arrêté n° 1 PR du 26 octobre 2004, art. 1^{er}, 14^e tiret.

364. Voir par exemple l'arrêté n° 5811 du 1^{er} septembre 2010 relatif aux attributions du ministre de la santé et de l'écologie, en charge de l'environnement et de la prévention des risques sanitaires, art. 1, al. 3 « Il participe à la politique de maîtrise des dépenses de santé et de l'assurance-maladie en collaboration avec le ministre en charge de la protection sociale ».

365. Arrêté n° 1693 PR du 7 avril 2001 relatif aux attributions du ministre de la Santé et de la solidarité en charge de la réforme de la protection sociale généralisée, art. 1^{er} al. 2 et 3.

qu'à partir de 2005³⁶⁶, de manière récurrente³⁶⁷ mais non constante³⁶⁸.

Depuis la mise en place de la Protection Sociale Généralisée dans la seconde moitié des années 1990, le ministre en charge de la santé se voit également attribuer une mission de contribuer et mettre en œuvre la politique de maîtrise des dépenses de santé.

Enfin, pour l'exercice des attributions qui lui sont confiées, le ministre de la santé reçoit une délégation de pouvoir dans un certain nombre de matières³⁶⁹ :

«Art. 3.- Il reçoit délégation de pouvoir pour la gestion des affaires suivantes :

A – Au titre de la santé :

- fermeture d'établissement en période d'épidémie ;
- mise en quarantaine et arraisonnement des navires ;
- exercice du contrôle sanitaire aux frontières ;
- délivrance des certificats de vaccination ;
- autorisation de transfert des restes mortels ;
- tout acte relatif à la mise en œuvre des dispositions instituées par la délibération n° 2003-173 APF du 6 novembre 2003 instituant le dépistage gratuit des cancers gynécologiques ;
- autorisation, suspension ou retrait d'autorisation des établissements de santé public ou privé, des installations, des activités de soins et de tout changement de lieu d'implantation d'un établissement ;
- admissions dans les formations hospitalières autres que le Centre hospitalier de Polynésie française ;
- évacuations sanitaires ;
- autorisations d'exercer la médecine en temps d'épidémie ou à titre de remplaçant ;
- examens et scolarité des élèves de l'école d'infirmiers (ères) et de l'école de formation de sages-femmes ;
- habilitation des personnes chargées de mener les consultations sociales prévues dans le cadre de l'interruption volontaire de grossesse ;
- délivrance, suspension ou retrait de l'agrément nécessaire aux transports sanitaires ;
- approbation des conventions d'exécution nécessaires à la mise en œuvre des actions programmées dans les contrats d'objectifs État-Polynésie française ;

366. Arrêté n° 22 PR du 16 mars 2005 relatif aux attributions du ministre de la Santé, chargé de la prévention, de la sécurité alimentaire et de la médecine traditionnelle, art. 1^{er}, al. 3.

367. Arrêté n° 22 PR du 16 mars 2005 ci-dessus mentionné ; arrêté n° 2954 PR du 10 novembre 2006, art. 1^{er}, al. 3 ; arrêté n° 625 PR du 10 mars 2008, art. 1^{er}, al. 4 ; arrêté n° 1356 PR du 21 avril 2008, art. 1^{er}, al. 5 ; arrêté n° 277 PR du 17 février 2009, art. 1^{er}, al. 4 ; arrêté n° 1165 PR du 17 avril 2009, art. 1^{er}, al. 4 ; arrêté n° 2474 PR du 30 novembre 2009, art. 1^{er}, al. 4 ; arrêté n° 5811 PR du 1^{er} décembre 2010, art. 1^{er}, al. 4 ; arrêté n° 823 PR du 2 mars 2011, art. 1^{er}, al. 3 : « Il formule toute proposition relative à la promotion de la médecine traditionnelle ».

368. Voir par exemple : arrêté n° 23 PR du 3 janvier 2007 relatif aux attributions du « ministre de la Santé, de la Solidarité, de la Famille et de la Fonction publique, chargé de la prévention ».

369. Arrêté n° 1693 PR du 7 avril 2011 modifié relatif aux attributions du ministre de la Santé et de la Solidarité, en charge de la protection sociale généralisée. Ces délégations de pouvoir restent d'une manière générale sensiblement les mêmes quel que soit le ministre en charge de la Santé.

- signature des conventions nécessaires à la mise en œuvre des consultations de spécialistes dans les archipels ;
- autorisation d'ouverture et d'exploitation de nouveaux établissements ou d'établissements déjà ouverts et exploités qui, en vue de la vente, préparent, transforment, congèlent, décongèlent, conditionnent ou emballent des denrées alimentaires animales ou d'origine animale destinées à la consommation humaine».

B/ La tutelle

Dans le cadre de l'exercice des missions qui lui sont confiées, le ministre en charge de la santé exerce une tutelle notamment sur l'Institut Louis-Malardé.

L'institut Louis-Malardé, créé en 1949³⁷⁰, établissement public à caractère industriel et commercial, «concourt par ses prestations de service et ses actions propres à la prévention de la santé, à l'hygiène publique et de l'environnement naturel»³⁷¹. À ce titre, il prend part, entre autres, à la veille sanitaire en matière d'hygiène et salubrité publique et à la lutte contre les maladies, à travers la recherche et analyse.

Sous-section 2 – L'Assemblée de la Polynésie française et le Conseil économique, social et culturel

par Arnaud Hellec

En matière d'élaboration et d'adoption de la réglementation applicable en matière de santé, deux institutions centrales sont également appelées à intervenir : le CESC et l'APF, notamment au travers de leurs commissions dédiées à la santé.

En effet, la loi statutaire de 2004 prévoit la consultation obligatoire du CESC concernant tous les projets de «loi du pays» à caractère économique et social³⁷². C'est à cet effet que le CESC dispose d'une Commission «Santé et Société»³⁷³. Celle-ci «étudi[e] les saisines ou auto-saisines qui [lui] sont confiées par le bureau [...]. [Elle prépare] les projets de rapports, d'avis et de recommandations qui seront présentées à l'assemblée plénière pour adoption»³⁷⁴.

Les projets de «loi du pays» sont ensuite adressés par le Conseil des ministres à l'APF suivant les dispositions de la loi statutaire de 2004. Ils sont transmis pour observations par le Président de l'APF au Président de la

370. Décret n° 49-1301 du 26 septembre 1949 portant création de l'institut de recherches médicales des Etablissements français de l'Océanie. Celui-ci fut renommé à deux reprises : en 1968 (arrêté n° 363 AA du 7 février 1968 donnant le nom du docteur Louis Malardé à l'institut de recherches médicales de la Polynésie française, art. 1^{er}) et en 2000 (Délibération n° 2000-114 APF du 28 septembre 2000 relatif à l'Institut Louis-Malardé, art. 1^{er}).

371. Délibération n° 2000-114 APF du 28 septembre 2000 relatif à l'Institut Louis-Malardé, art. 3.

372. Loi Organique n° 2004-192 modifiée du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 151.

373. Délibération n° 2005-64 APF du 13 juin 2005 modifiée portant composition, organisation et fonctionnement du Conseil économique, social et culturel de la Polynésie française, art. 25.

374. Règlement intérieur du Conseil économique, social et culturel modifié du 3 novembre 2011, publié au *JOPF* du 17 novembre 2005, art. 47.

commission compétente³⁷⁵, à savoir la Commission de la santé et de la médecine traditionnelle³⁷⁶. Un rapport est établi par celle-ci et transmis aux représentants au moins douze jours avant la séance plénière³⁷⁷.

Sous-section 3 – La Direction de la santé et le Conseil territorial de la Santé publique

par Arnaud Hellec

Institutions sous tutelle du Ministre en charge de la Santé, la Direction de la Santé publique (§ 1) et le Conseil Territorial de la Santé publique (§ 2) concourent à l'élaboration et la mise en œuvre des politiques de santé publique.

§ 1 – La Direction de la Santé publique

Créée en 1992³⁷⁸, la Direction de la santé joue un rôle prépondérant dans le système de santé polynésien. Seront ici exposées ses missions (Sous-paragraphe 1) et son organisation (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 – Les missions de la Direction de la Santé publique

La délibération n°92-97 AT du 1^{er} juin 1992 définissant les missions du service territorial de la santé publique dénommé « Direction de la santé » attribue à ce service des missions³⁷⁹ :

- De protection de la santé en matière de prévention, à travers notamment l'élaboration et l'application des programmes de lutte contre les maladies, la protection particulière de la santé des groupes risques, l'inspection des établissements sanitaires et médico-sociaux publics et privés, la protection de l'hygiène et la salubrité publique ;
- De médecine de soins : elle participe au service public hospitalier et assure les soins médicaux qui comprennent les examens de diagnostic, de traitement et de soins d'urgence à travers les hôpitaux périphériques³⁸⁰, les centres médicaux, les centres dentaires, les infirmeries, les dispensaires, les postes de secours et les centres de consultations spécialisées³⁸¹, dont elle a la charge³⁸² ;

375. Délibération n°2005-59 du 13 mai 2005 portant règlement intérieur de l'Assemblée de la Polynésie française, art. 27.

376. *Ibid.*, art 59, 3).

377. *Ibid.*, art. 27, al. 4.

378. Délibération n°92-97 AT du 1^{er} juin 1992 définissant les missions du service territorial de la santé publique dénommé « Direction de la santé » (*JOPF* du 11 juin).

379. *Ibid.*, art. 2.

380. Hôpitaux relevant de la Direction de la santé définis par la délibération n°92-96 AT modifiée du 1^{er} juin 1992 portant réforme du système hospitalier.

381. Il s'agit notamment des centres de protection maternelle et infantile, de l'hygiène et santé scolaire, de l'hygiène dentaire etc. (arrêté n°673 CM du 15 avril 2004 modifié, art. 9. g).

382. Arrêté n°673 CM du 15 avril 2004 modifié portant organisation du service de la direction de la santé, art. 9.

- D'élaborer, appliquer, contrôler tant la réglementation en matière de santé que la carte sanitaire.

Sous-paragraphe 2 – L'organisation de la Direction de la santé

La Direction de la Santé publique est dirigée par un chef de service, nommé en conseil des ministres³⁸³. La Direction de la santé, dont la présentation sera succincte³⁸⁴ comprend trois bureaux et quatre départements³⁸⁵. Elle comprend notamment :

- Le bureau de la veille sanitaire (A)
- Le bureau des affaires juridiques (B)
- Le département des programmes de prévention (C)
- Le département de planification et d'organisation des soins (D)
- Les centres spécialisés (E)

A/ Le bureau de veille sanitaire

Le bureau de veille sanitaire a pour mission :

- Le recueil et le traitement des données sur l'état de la santé de la population ;
- La conception et la gestion de l'appareil statistique de collecte, d'exploitation et de diffusions des statistiques sanitaires ;
- La détection de toute menace pesant sur la santé publique, l'alerte des pouvoirs publics ;
- La coordination de la gestion des alertes et interventions sanitaires ;
- La gestion des données d'activité de la direction de la santé publique.

B/ Le bureau des affaires juridiques

Le bureau des affaires juridiques assure l'étude, l'élaboration, la rédaction, la consolidation et l'évolution de la réglementation sanitaire et sociale de la Polynésie française sur demande du directeur de la santé publique et/ou du ministre de tutelle.

C/ Le département des programmes de préventions (DPP)

Le DPP a notamment pour mission l'élaboration, la coordination et l'évaluation des programmes de prévention en matière de santé. Il se compose à cet effet de quatre bureaux :

- Le bureau des programmes des maladies liées au mode de vie ;
- Le bureau des programmes de pathologies infectieuses ;

383. Loi Organique n°2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 93.

384. Pour une vision détaillée de son organisation, voir l'673 CM du 15 avril 2004 modifié portant organisation du service de la direction de la santé.

385. Arrêté n° 673 CM du 15 avril 2004, art. 6, al. 1^{er}.

- Le bureau des programmes pour la promotion de la santé de l'enfant, de l'adolescent et de la mère ;
- Le bureau d'assistance technique et méthodologique.

D/ Le département de planification et d'organisation des soins (DPOS)

Le DPOS a pour mission, conformément aux objectifs et priorités de la politique sanitaire définis par le gouvernement, l'élaboration, le contrôle et l'évaluation de l'offre de soins. À ce titre, il analyse les besoins quantitatifs et qualitatifs des professionnels de santé, élabore la réglementation en la matière, assure les relations avec les différents Ordres professionnels de santé, tient à jour les registres d'enregistrement des diplômes, et assure les missions d'inspections dévolues à la Direction de la santé, au travers de quatre bureaux :

- Le bureau de l'offre de soins ;
- Le bureau de la gestion des risques et du médicament ;
- Le bureau des professions de santé ;
- Le bureau paramédical.

E/ Les centres spécialisés

La Direction de la santé est également responsable :

- Du centre d'hygiène et de salubrité publique (CHSP) ;
- Du centre médical de suivi des anciens travailleurs civils et militaires des sites d'essais nucléaires et des populations vivant ou ayant vécu à proximité de ces sites (CMS).

1) Le CHSP

Le CHSP a pour mission la surveillance, la gestion de l'hygiène de l'environnement, l'hygiène alimentaire, l'hygiène des personnels des établissements et installations des activités posant des problèmes de santé (piscine, établissements scolaires...), de l'hygiène funéraire et de la protection sanitaire aux frontières.

2) Le CMS

Le CMS, composé de personnels du Pays et de l'État a pour mission : la détermination de l'état de santé général des populations d'anciens travailleurs civils et militaires des sites d'essais nucléaires et des populations vivant ou ayant vécu à proximité de ces sites, le bilan médical individuel de ces derniers, la détection d'éventuelles pathologies liées à l'exposition ou aux retombées radioactives consécutives aux essais nucléaires et enfin la transmission à la commission médicale mixte État – Polynésie française des dossiers des malades dont les pathologies sont susceptibles d'être radio-induites.

§ 2 – Le Conseil Territorial de la Santé Publique (CTSP)

Institué en 1989³⁸⁶, pour remplacer le Conseil Supérieur de la Santé Publique³⁸⁷, administration jugée «trop lourde»³⁸⁸, de par ses prérogatives peu précises et ses modes de saisines³⁸⁹, «paralys[ant] l'action gouvernementale, et altér[ant] le sens profond de la mission qu'entendaient [lui] donner les élus territoriaux»³⁹⁰, le CTSP a pour mission «l'étude d'une réglementation sanitaire adaptée aux structures et aux problèmes du territoire»³⁹¹. Saisi par le ministre en charge de la santé, celui-ci se réunit dans un délai d'un mois³⁹², pouvant être raccourci à quinze jours en cas d'urgence³⁹³, des projets de réglementations relatives à³⁹⁴ :

- La lutte contre les maladies et les toxicomanies ;
- L'hygiène publique, exception faite des questions relatives à l'hygiène de l'eau ;
- L'exercice des professions de santé ;
- La pharmacie et les autres biens médicaux.

Suite à une modification récente relative à sa composition³⁹⁵ afin d'intégrer les Ordres professionnels nouvellement institués³⁹⁶, le CTSP réuni :

- Le directeur de la Santé publique exerçant les fonctions de président ;
- Le directeur général de l'Institut Louis-Malardé, exerçant les fonctions de vice-président ;
- Le président de la Commission médicale d'établissement du Centre Hospitalier de la Polynésie française ;
- Un médecin-conseil de la Caisse de prévoyance sociale ;
- Le président du Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française ;
- Le président du Conseil de l'Ordre des chirurgiens-dentistes de la Polynésie française ;
- Le président du Conseil de l'Ordre des sages-femmes de la Polynésie française ;

386. Délibération n° 89-15 AT du 13 avril 1989 portant création du Conseil Territorial de la Santé Publique (*JOPF* 1989 n° 17 du 27 avril 1989, p. 698).

387. Le Conseil Supérieur de la Santé Publique a été institué par délibération n° 80-96 du 10 juillet 1980 (*JOPF* 1980 n° 23 du 31 août 1980, p. 906, dans la partie Délibérations de l'Assemblée de la Polynésie française ou de la Commission permanente).

388. Assemblée de la Polynésie française, procès-verbal n° 1989-4 du jeudi 13 avril 1989 – 1^{re} séance – session d'avril, p. 182/89.

389. *Ibid.*

390. *Ibid.*

391. Délibération n° 89-15 AT du 13 avril 1989 portant création du Conseil Territorial de la Santé Publique, art. 1^{er}.

392. Arrêté n° 611/CM du 9 mai 1989 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil Territorial de la Santé Publique (*JOPF* 1989 n° 20 du 18 mai 1989, p. 842), art. 5.

393. *Idem*, art. 7.

394. Délibération n° 89-15 AT du 13 avril 1989 portant création du Conseil Territorial de la Santé Publique, art. 2.

395. Arrêté n° 785/CM du 26 juin 2012 portant modification de l'arrêté n° 611/CM du 9 mai 1989 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil Territorial de la Santé Publique (paru *in extenso* au *JOPF* 2012 n° 7 du 5 juillet 2012, p. 3886, dans la partie Arrêtés en Conseil des Ministres).

396. Il s'agit des Ordres des sages-femmes et des infirmiers.

- Le président du Conseil de l'Ordre des pharmaciens de la Polynésie française ;
- Le président du Conseil de l'Ordre des infirmiers de la Polynésie française ;
- Une personnalité désignée par le ministre en charge de la Santé en raison de ses compétences.

Section 2. Le centre hospitalier de la Polynésie française

par Christophe Psychogios

§ 1 – La formation historique du système (des origines à 1991)

Il n'existait pas de système hospitalier antérieurement à la mise en place du protectorat³⁹⁷. Le premier centre (provisoire) de santé naît avec lui en 1842 et prend ses quartiers sur l'îlot de Motu Uta sous la direction de Pierre-Adolphe Lesson, dans la rade de Papeete. Il y recevra plus de 200 blessés pendant la guerre de pacification franco-tahitienne, entre 1844 et 1848.

À l'issue de la guerre, le gouverneur Bruat lance la construction d'un hôpital colonial : l'hôpital de Vaïami (un des rares vestiges historiques de la ville encore debout).

Les services de ces établissements restent réservés aux Européens et à l'élite *demie* ou polynésienne, dont dépendent les bonnes relations du protectorat³⁹⁸.

Néanmoins, la pression des événements sanitaires force le Service de santé à s'ouvrir aux Polynésiens : les maladies vénériennes qui rongent la population font en effet des ravages dans les effectifs militaires et civils de la puissance protectrice³⁹⁹. Progressivement, ces patients compteront pour deux tiers des effectifs de l'hôpital. D'autres épidémies conduisent le service de santé à prendre des mesures d'isolement. En 1864, Motu Uta est transformé en lazaret de quarantaine suite à une épidémie de variole.

Cependant, en 1877, le service de santé ne compte encore que deux médecins⁴⁰⁰ et un pharmacien, assistés de huit infirmiers. L'évolution des effectifs

397. Ce qui ne signifie pas qu'il n'y avait pas de prise en charge des soins. Cependant, celle-ci ne se faisait pas dans des lieux collectifs destinés au diagnostic et au traitement des malades, où l'on pratiquerait aussi la recherche et l'enseignement (définition habituelle d'un hôpital).

398. Cette section s'inspire en partie de deux contributions antérieures. La première est parue sous le titre « Médecine coloniale et soins aux indigènes » par Daniel Margueron dans « Le Paradis, savoir médical et pouvoir de guérir à Tahiti », *Nouvelle revue d'ethnopsychiatrie*, n° 30, La pensée sauvage Editions, en mai 1996. La seconde est parue sous le titre *Territoire et santé, la transition sanitaire en Polynésie française* sous la plume d'Emmanuel Vigneron aux éditions CNRS en 1999.

399. Le Gouverneur La Roncière s'en ouvre au ministre des colonies en 1868 en ces termes : « Bientôt pas un de nos militaires et matelots, sans compter les civils, ne rentrera en France sans avoir en lui les restes de maladies les plus graves dont la transmission aux enfants produit des familles pénibles à voir ». (cité par Daniel Margueron, *id.* note 197, p20).

400. Il s'agit d'officiers de santé du corps de la Marine et des colonies. Peu ont d'ailleurs leur doctorat en médecine. C'est en effet seulement en 1890 qu'est créée l'Ecole de santé de la Marine et des Colonies à Bordeaux, dont sortiront des médecins militaires diplômés. Il faudra attendre encore le siècle suivant pour voir des médecins civils exercer dans le service de santé. Source : *Territoire et santé, la transition sanitaire en Polynésie française*, Emmanuel Vigneron, Editions CNRS, 1999,

sera lente et ne progressera significativement que dans l'entre-deux-guerres. En 1939, ils ne sont toujours que de 9 médecins et d'un pharmacien⁴⁰¹.

C'est de cette période que datent les plus importantes extensions du système de santé : des postes médicaux sont créés à Raiatea (Île Sous-le-Vent), à Taravao (Presqu'île de Tahiti) et Taiohae (Marquises), des léproseries, l'extension de la capacité de l'hôpital de Papeete (avec la création de nouveaux services, notamment celui de radiologie en 1922 et la maternité en 1927). La création de l'école locale d'infirmières et de sages-femmes contribue également énormément au redressement sanitaire de la colonie, frappée de dépopulation sévère, car ses diplômés sont les principaux vecteurs des règles d'hygiène et de dispensation des soins dans les îles éloignées. Les dépenses du service de santé représentent ainsi 16 % du budget local en 1939, contre 5 % 25 ans plus tôt. Elles continueront à progresser à l'issue de la deuxième guerre mondiale avec l'ouverture des hôpitaux d'Uturoa (1945), Taravao et de Nuku-Hiva en 1957. Le nombre de lits passe alors de 60 en 1945 à 451 en 1960.

Les effectifs de personnels soignants ont plus que doublés pendant la même période⁴⁰².

En parallèle, la médecine mobile connaît des difficultés, bien qu'elle soit essentielle pour rapprocher les soins des populations des îles. Le service de santé préconise la multiplication des centres médicaux de proximité et le recours aux transports sanitaires pour s'affranchir des contraintes insulaires⁴⁰³.

La mise en place du statut d'autonomie de 1957 (entraînant le transfert de la compétence de la santé au Territoire) ne modifie pas substantiellement la composition du corps médical public, essentiellement composé d'officiers du service de santé des Armées. Il faudra attendre 1985 pour qu'un civil⁴⁰⁴ prenne la tête de la Direction de la Santé qui chaperonne les structures de soins de proximité et les hôpitaux périphériques⁴⁰⁵.

Cependant, la bonne fortune financière que tirent les autorités locales de l'installation de Centre d'expérimentation du Pacifique au début des années 1960 permet de résoudre un certain nombre de problèmes sanitaires. L'armée ouvre ainsi un nouvel hôpital dès 1965 sur Tahiti, l'hôpital Jean Prince, dont l'accès aux civils ne sera permis qu'en 1993. L'armée prête son concours aux autorités locales

p. 73.

401. Ce chiffre n'intègre pas les médecins, pharmaciens et dentistes libéraux. La même année, il y avait 6 médecins libéraux, deux pharmaciens et deux dentistes privés (Source : Emmanuel Vigneron, *id.*, p. 78).

402. Infirmiers et sages-femmes passent respectivement de 40 et 11 en 1945 à 98 et 28 en 1960.

403. Le rapport du chef du service de santé de 1954 se terminait ainsi : « la solution idéale serait que chaque île dispose d'un infirmier et d'une station radiophonique. A Papeete, un hydravion affecté au service de santé sera prêt à répondre à tous les appels et un médecin pourra alors se rendre sur place pour examiner les malades graves et les ramener éventuellement sur le centre de Papeete. Espérons que la situation économique permettra un jour de telles réalisations ». C'est le principe des évacuations sanitaires (connues localement sous le vocable EAVASAN) qui est devenu la norme et qui a conduit à la création d'une régulation médicale centralisée des urgences en 2005 sur Papeete.

404. Il s'agit du Dr Richard Wong Fat, actuel président du conseil de l'organe de l'Ordre des médecins de Polynésie française. Pour une présentation plus complète de cette transition, voir *Tahiti autonome, 1985 à 1990*, Editions hibiscus, 1989, p. 22.

405. On entend par « périphériques », les structures hospitalières situées hors de la zone urbaine de Papeete.

lors du déménagement de l'hôpital Vaiami vers Mama'o en 1970. Vaiami sera dès lors réservé aux patients psychiatriques jusqu'à l'ouverture en 2003 de l'hôpital psychiatrique du Taaone.

Mama'o sera lui-même désaffecté en 2011 lors du transfert de l'hôpital sur le site de Taaone. C'est là l'examen du système actuel.

§ 2 – Le service public hospitalier en Polynésie française (depuis 1991)

Si les missions de l'hôpital ont de tout temps été précisées dans les actes réglementant le service hospitalier en Polynésie française⁴⁰⁶, la notion de service public hospitalier n'a émergé que tardivement avec la multiplication des structures hospitalières

Ce n'est qu'en 1991⁴⁰⁷, sous la houlette du premier médecin civil à occuper les fonctions de directeur de la santé, que la réflexion aboutira à une première définition, qui faisait défaut antérieurement ou se limitait au seul hôpital de Papeete. Dans leur présentation, les rapporteurs du projet de texte précisent que «ce texte n'a pas pour ambition de remettre en cause l'organisation sanitaire actuelle du Territoire, mais au contraire de légaliser une situation de fait, tout en apportant cependant quelques nouveautés»⁴⁰⁸.

En réalité, les nouveautés sont fondatrices. Car au-delà de la fixation des missions inhérentes au service public hospitalier, elles imposent aux hôpitaux publics des obligations opposables par les patients. Ces hôpitaux doivent⁴⁰⁹ ainsi : «garantir la continuité du service : ils doivent être en mesure d'accueillir et de traiter les malades 24 heures sur 24 ; l'égalité entre les usagers : ils sont ouverts à tous et doivent recevoir toute personne dont l'état nécessite une hospitalisation ou faire admettre celle-ci dans un autre établissement si la nature de leurs propres services ne leur permet pas d'assurer correctement les soins nécessaires».

Le texte définit les différentes catégories d'établissement d'hospitalisation publique, établit une classification des établissements selon leur activité, met en place une inspection médico-administrative et étend aux établissements privés d'hospitalisation la réglementation applicable aux hôpitaux publics.

On est donc loin d'un simple toilettage. Les cliniques privées ne s'y trompèrent pas : elles s'opposèrent au texte et en obtinrent l'annulation pour de motifs de pure forme devant le tribunal administratif⁴¹⁰. Trois mois après, les autorités locales adoptaient un nouveau texte, lequel est toujours en vigueur.

L'organisation actuelle du système hospitalier public résulte de la délibération

406. L'arrêté du 09/03/1908 portant organisation du service hospitalier dans les Etablissements français d'Océanie prévoyait déjà dans son article 2 les missions de l'hôpital unique. L'arrêté du 06/03/1923 et l'arrêté n°245/SG du 11/03/1932 (qui englobe l'organisation de toutes les structures publiques de santé) reformuleront, en les actualisant, les missions de l'hôpital et celles de la maternité créée quelques années auparavant. Il faudra attendre l'arrêté n°526/L.ADM du 03/02/1975 pour voir mentionner les hôpitaux spécialisés ou généraux autres que celui de Papeete, sans que leurs missions y soient précisées.

407. Délibération n°91-49/AT du 21/02/1991 portant création du service public hospitalier et définissant les missions du service de la santé publique.

408. Rapport n° 15-91 du 21/02/1991, Jacqui Van Bastoaler et Franklin Brotherson, p. 1.

409. Jacqui Van Bastoaler et Franklin Brotherson, *Ibid.* p. 2 et 3.

410. Jugements n°91-144 et n°91-125 du 24/03/1992.

n° 92-96/AT du 1^{er} juin 1992 portant réforme du système hospitalier. Vingt ans après, elle s'applique toujours. On est loin de la frénésie textuelle du secteur hospitalier en France continentale, qui connaît une réforme tous les quatre ans en moyenne⁴¹¹.

Le texte distingue les structures en fonction de leur rattachement ou non à la Direction de la Santé, service administratif du gouvernement de la Polynésie française⁴¹².

2.1. Les hôpitaux publics indépendants de la Direction de la santé et dotés de la personnalité juridique

Ces établissements publics hospitaliers appartiennent à une des quatre sous-catégories fixées par la délibération de 1992. Il s'agit d'établissements publics administratifs. Ils sont, soit des centres hospitaliers, soit des centres de moyen séjour pour convalescence, soit des centres de long séjour, soit des établissements d'hospitalisations spécialisés.

Cette segmentation reste cependant théorique, dans la mesure où la Polynésie française ne compte qu'un établissement public hospitalier, le Centre hospitalier de Polynésie française⁴¹³, appartenant à la première sous-catégorie. On se contentera donc ici de ne présenter que celle-là⁴¹⁴.

Un centre hospitalier se doit de comporter (art. 10. a. de la délibération) :

- Des unités d'hospitalisation pour pratique médicale courante ;
- Des unités pour soins hautement spécialisés.

Elle peut également comporter des unités de moyen séjour ou de long séjour pour des patients non autonomes nécessitant des soins continus.

En pratique, le seul centre hospitalier de Polynésie française ne possède aucune unité moyen ou long séjour et privilégie l'hébergement de courte durée (la durée moyenne de séjour n'excède pas 8,5 jours hors département de psychiatrie). Il s'appuie sur les structures hospitalières de la Direction de la Santé, qui servent de relais, à l'entrée du patient (ou à sa sortie) dans le système hospitalier public pour permettre l'administration de soins de proximité au patient.

2.2. Les établissements d'hospitalisation relevant de la Direction de la santé

Cette catégorie rassemble un grand nombre de structures d'accueil⁴¹⁵, qui

411. Source : IRDES, *Historique des réformes hospitalières en France*, septembre 2011, consultable sur www.irdes.fr/EspaceDoc/DossiersBiblios/HistoriqueReformesHospitalieres.pdf

412. La segmentation se fait d'abord selon un critère organique, puis selon un critère matériel. Cette division apparaît redondante et rend la réglementation confuse, dans la mesure où le critère organique n'entraîne par lui-même aucun effet juridique spécifique dans la délibération.

413. L'hôpital a été érigé en établissement public en 1983, par délibération n° 83-181/AT du 04/11/1983. Auparavant, il n'était qu'un budget annexe du Territoire, géré en régie par un directeur avec l'assistance d'un conseil consultatif.

414. Catégorie appelée régulièrement à s'étoffer, au gré des projets d'autonomisation des hôpitaux périphériques. Mais aucun n'a abouti jusqu'à présent. La Mission d'assistance évoquée *supra* note 10. recommandait en 2010 leur rattachement au Centre hospitalier de la Polynésie française pour plus de cohérence dans la prise en charge des patients et dans un but de mutualisation des ressources.

415. 39 structures sur les 126 gérées par la direction de la santé sont des établissements d'hospitalisation

peuvent dérouter le lecteur européen par leur diversité. On y trouve notamment des infirmeries, dont la mission est d'assurer les actions de médecines préventives, les soins courants... Et les accouchements. Elle correspond cependant à la réalité du terrain où, dans les postes éloignés des îles, les infirmiers réalisent au quotidien des missions qui relèvent de la maïeutique, du médical et de la pharmacie. Pour la prise en charge des patients, les infirmiers des îles ne peuvent compter que sur leur expérience et leur savoir-faire. La création de la profession d'assistant médical ou d'infirmier-consultant, à l'issue d'une formation de renforcement de niveau Master, serait pourtant essentielle pour leur donner les outils nécessaires à l'exercice de leurs missions, mais elle peine à sortir des cartons. Il est vrai qu'il a fallu attendre 2009⁴¹⁶ pour que la profession d'infirmier soit réglementée en Polynésie française. Il est donc probable que ces personnels excèdent, sans formation adéquate, leur domaine de compétence pendant encore de longues années.

Outre les infirmeries, sont considérées comme des établissements publics d'hospitalisation : les centres médicaux, les hôpitaux régionaux, les centres de long ou de moyen séjour et les centres d'hospitalisation spécialisés. Cependant, on ne trouve de praticiens hospitaliers que dans les hôpitaux régionaux et non dans les centres médicaux. Encore moins dans les centres de consultation spécialisée qui ne constituent pas des établissements d'hospitalisation. Ainsi, fort curieusement, en fonction de leur affectation, des médecins n'auront pas le même statut, bien qu'exerçant la même spécialité⁴¹⁷.

Les hôpitaux régionaux, quant à eux, sont des hôpitaux comparables aux centres hospitaliers, mais comptent moins de lits et pas d'unités de soins hautement spécialisés. Ils servent souvent de point de chute pour les soins de suite de résidents ou, de fait, de centre de long séjour (cas de l'hôpital de Taravao).

2.3. L'association des médecins au pouvoir de décision dans les hôpitaux publics : les commissions médicales d'établissement

Pendant très longtemps, le poste de directeur des hôpitaux était tenu statutairement en Polynésie française par un médecin. Ce n'est que lors de l'érection de l'hôpital de Mama'o au 1^{er} janvier 1984 en établissement public que la situation changea. Désormais, le directeur est un gestionnaire. Mais il lui est adjoint un directeur médical et une commission médicale. Sans pouvoir de décision au début, cette commission devient un partenaire incontournable de la direction en 1988⁴¹⁸, lors de la réforme de l'organisation du Centre hospitalier de la Polynésie française. La réforme étoffe en effet substantiellement ses pouvoirs.

Progressivement, sous l'impulsion du syndicat des praticiens hospitaliers, des commissions homologues seront mises en place dans quasiment tous les

au sens du texte de 1992. Il s'agit de 4 hôpitaux régionaux, 13 centres médicaux et 22 infirmeries.

416. Loi du Pays n° 2009-2 du 28/01/2009 relative à la profession d'infirmier en Polynésie française.

417. Rappelons que la médecine générale est une spécialité médicale au même titre que l'ophtalmologie ou les disciplines chirurgicales.

418. Arrêté n° 1988-999 CM du 12/09/1988 portant organisation du Centre hospitalier de la Polynésie française.

hôpitaux publics et privés⁴¹⁹.

La commission médicale d'établissement du Centre hospitalier de la Polynésie française reste cependant le modèle, tant par l'étendue de ses pouvoirs que par son ancienneté qui sont sans égale dans les autres commissions médicales existantes sur le territoire polynésien.

Compte tenu de cette position cardinale, on n'exposera ici que la situation de cette commission du CHPF, les textes ultérieurs créant les commissions médicales des autres établissements s'inspirant largement, en les édulcorant, de ses missions et pouvoirs.

2.3.1. La composition de la Commission médicale d'établissement du Centre hospitalier de la Polynésie française (CHPF)

Expression de la communauté médicale ou assimilée⁴²⁰, sa composition en reflète sa diversité. Lieu de pouvoir et de décisions⁴²¹, les autorités médico-administratives y ont progressivement imposé leur présence. Cette instance s'est démocratisée récemment, à l'initiative de son bureau actuel, en permettant aux membres élus d'être en nombre égal à celui des chefs de service⁴²². Elle a renforcé la légitimité et la représentativité du président de la commission en tant que porte-voix et mandataire du corps médical.

2.3.1.1. Les membres de droit

Sont membres de droit l'ensemble des chefs de service médico-techniques. Outre ceux-ci, on compte un grand nombre de membres de droit appartenant aux autorités médico-administratives. Le règlement intérieur⁴²³ de la Commission, œuvre de synthèse et de précision des textes applicables à la commission (réalisé sous la houlette du Dr Yann Turgeon), rappelle qu'y siègent ainsi de droit :

- Un médecin inspecteur de la Direction de la santé⁴²⁴ ;
- Un médecin-conseil de la Caisse de prévoyance sociale⁴²⁵ ;

419. Les autorités tenteront de l'imposer aux cliniques dès 1998, mais un contentieux ne permettra finalement leur mise en place qu'en 2001. Les hôpitaux régionaux attendront plus longtemps : 2003 pour l'hôpital d'Uturoa (arrêté n° 286 CM du 10 mars 2003) et 2007 pour ceux des Marquises et de Taravao (arrêté n° 987 CM du 13 juillet 2007).

420. Les pharmaciens y sont assimilés à des médecins.

421. Compte tenu du poids des praticiens publics dans la démographie des professions de santé de la Polynésie française, de son caractère interprofessionnel et des personnalités qui en sont membres (présidents de syndicats professionnels, présidents de plusieurs Ordres des professions de santé), la quasi-totalité des changements d'envergure opérés dans l'offre de soins du Pays ou des vigilances hospitalières y ont été initiés.

422. Cette réforme majeure, qui a permis le doublement des membres élus, a été validée par le conseil des ministres du gouvernement local par arrêté n° 204/CM du 09/02/2012.

423. Délibération n° 01/2010/CME/CHPF du 13/04/2010 (publié au *JOPF* et consultable sur www.lexpol.pf)

424. Ces personnels assermentés assurent des missions d'inspections médico-administratives en Polynésie française (ils contrôlent dans ce cadre la conformité des activités aux autorisations d'ouverture accordées).

425. Equivalant local d'une Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) métropolitaine. Les médecins conseil contrôlent la réalité des indications des professionnels de santé ou leur bonne

- Le directeur du CHPF⁴²⁶ ;
- Le commissaire du gouvernement du Centre hospitalier de la Polynésie française⁴²⁷.

Mais aucun d'entre eux n'a de voix délibérative. Ils cherchent surtout à s'y faire entendre ou à s'informer des débats qui animent la plus importante communauté de professionnels de santé du territoire.

Est également membre de droit la directrice des soins paramédicaux, qui participe aux votes⁴²⁸ aux côtés des professionnels médicaux ou assimilés⁴²⁹.

2.3.1.2. Les membres élus

Il existe trois collèges :

- celui des praticiens hospitaliers, adjoints ou assistants, qui élisent autant de représentants qu'il y a de chefs de service membres de droit⁴³⁰ ;
- celui des sages-femmes, qui élisent un représentant ;
- celui des internes et faisant fonction d'internes, qui élisent un représentant.

2.3.1.3. Le bureau

Le bureau est l'organe de pilotage des travaux de la commission. Sa nomination est originale. Comprenant autant de membres chefs de service que de membres non-chefs de service, le bureau est proposé par le président de la commission et soumis au plébiscite des membres de la commission médicale.

Ceci répond au principe : « un homme, une équipe, un projet ».

Le président de la commission doit en effet constituer une équipe autour de lui avant de se faire élire, ce qui lui impose de faire adhérer un nombre égal de chefs de service et de praticiens élus non chefs de service sur une vision commune. Cette pratique implique que le président élu a su obtenir un consensus minimum dans la communauté médicale autour de son projet

adéquation à la situation du patient. Leur visa ou leur contrôle ouvre ou ferme la prise en charge financière des soins par la Caisse de prévoyance sociale, dont ils dépendent.

426 Autorité hiérarchique des professionnels de santé (médecins inclus) exerçant dans l'établissement.
427 Autorité de contrôle externe, rattaché fonctionnellement à l'Inspection générale de l'administration de la collectivité de Polynésie française. Ils disposent de pouvoirs extrêmement étendus et leur visa est obligatoire pour un grand nombre de décisions. Dans les faits, ils ne disposent pas des moyens matériels pour exercer leur mission : il s'agit en effet d'une mission confiée à temps partiel à des fonctionnaires en sus de leur activité normale. Les commissaires doivent donc mener de front leurs obligations de service principal et leurs missions de contrôle. Pour un établissement de la taille d'un centre hospitalier, c'est une mission impossible à tenir.

428. À l'exception des affaires touchant aux nominations d'agents appartenant aux professions médicales ou assimilées. Ce qui laisse un champ de co-participation particulièrement vaste et contribue au caractère interprofessionnel des décisions qui sont prises par cet organe collégial.

429. Sages-femmes, médecins, dentistes, pharmaciens et étudiants en internat engagés dans des études débouchant sur la collation d'un diplôme ouvrant accès à ces professions.

430 Compte tenu de l'importance du nombre de praticiens restant peu de temps sur le territoire, une condition d'ancienneté (2 ans au moment du vote) a été imposée pour être éligible. De cette façon, on s'assure que l' élu potentiel a une connaissance suffisante de son environnement de travail, qu'il a eu le temps de démontrer son implication dans la vie de l'établissement... et se donner de bonnes chances qu'il terminera son mandat (deux ans également).

pour pouvoir être élu.

Dans la foulée de son élection, le président présente l'équipe qui l'aidera à mener à bien son projet : son bureau.

C'est parmi eux que seront élus les deux membres de la commission médicale qui siégeront au conseil d'administration du Centre hospitalier à côté du président de la commission médicale.

Le bureau assure en outre la gestion des affaires courantes hebdomadairement, entre deux sessions ordinaires de la Commission. Il informe et coordonne l'action des praticiens hospitaliers, prépare tous les projets de décision, vœux, recommandation, nomination qui seront soumis à l'assemblée plénière.

En cas d'urgence, elle prend toutes décisions conservatoires utiles à la place de l'assemblée plénière, celle-ci validant ou invalidant les positions prises à sa plus prochaine séance. Son pouvoir est donc important.

D'autant que le président lui-même dispose de pouvoirs propres, lui permettant de mener à bien le projet qu'il porte pour la communauté médicale hospitalière. La réglementation l'investit d'une mission de «représentant de l'ensemble du corps médical⁴³¹ auprès de l'administration hospitalière», le corps médical étant compris comme «la communauté constituée par les personnes exerçant au CHPF les professions de médecin, de chirurgien-dentiste, de sage-femme, pharmacien ou exerçant des tâches conduisant à une de ces professions (Étudiant relevant de l'internat ou Élève sage femme en formation)»⁴³². Représentant d'intérêts qui peuvent être divergents de ceux de l'administration, le président de la commission peut engager des recours judiciaires, ordinaires ou administratifs sur autorisation de l'assemblée plénière (ou du bureau en cas d'urgence).

Il est par ailleurs vice-président de droit du comité technique paritaire, qui gère les œuvres sociales hospitalières et connaît de tous les changements d'organisation du travail dans l'établissement. C'est un homme incontournable dans le pilotage hospitalier.

2.3.2. Compétence de la Commission médicale d'établissement

L'organisation de l'hôpital impose le consensus entre l'autorité administrative et l'autorité médicale. Aucun directeur, aucun président de commission médicale, ne peut mener ses projets dans la confrontation pour le temps de son mandat. Cette obligation du consensus est garantie par l'étendue des domaines d'intervention de la Commission médicale d'établissement dans la prise de décision de l'autorité hospitalière. Elle s'exprime également par l'expression de vœux ou recommandations dont l'influence est importante, car elle précède et oriente la prise de décision des autorités.

2.3.2.1. Les pouvoirs de décision ou de co-décision

431. Arrêté n°999 CM du 12/09/1988, article 29 et délibération n°01/2010/CME/CHPF du 13/04/2010, art. 3.2.2 précisant la portée de cette mission de représentation.

432. Délibération n°01/2010/CME/CHPF du 13/04/2010, art. 3.2.2.

2.3.2.1.1. La consultation préalable obligatoire

L'étendue du champ de la consultation préalable obligatoire fait que l'administration ne peut rien cacher du fonctionnement de l'établissement à la commission médicale. Même si les avis qui en résultent ne lient pas l'administration, le fait que la Commission médicale puisse les rendre public à sa discrétion mettrait en porte-à-faux l'autorité qui les méconnaîtrait. Les décisions concernées perdraient en effet leur caution scientifique et médicale et s'en trouveraient fragilisées.

La Commission médicale d'établissement est ainsi consultée obligatoirement sur :

- le budget et les comptes de l'établissement dont elle est tenue informée tous les 3 mois de l'état d'exécution par le directeur général du CHPF ;
- le programme d'établissement et le plan directeur ;
- l'organisation et le fonctionnement des services médicaux et pharmaceutiques et, le cas échéant, des pôles d'activités, ainsi que sur tous les aspects techniques des activités médicales ;
- sur le fonctionnement des services autres que médicaux et pharmaceutiques qui intéressent la qualité des soins ou la santé des malades ;
- sur le rapport annuel établi avec le concours de l'administration hospitalière et relatif à l'évaluation technique des soins dispensés dans l'établissement. Ce rapport est transmis au conseil d'administration et au comité technique paritaire dans des formes de nature à préserver le secret médical ;
- le règlement intérieur de l'établissement,
- les questions intéressant l'aménagement et l'équipement de l'établissement, ainsi que sur l'hygiène et la salubrité des locaux,
- le recrutement des médecins, pharmaciens, chirurgiens, spécialistes biologistes et sur la nomination des chefs de service, de département ou de pôle.
-

2.3.2.1.2. Les pouvoirs de décision et de co-décision

Dans ces domaines, l'intervention de la Commission dans la prise de décision est très forte. Soit elle précède la décision de l'autorité concernée, soit elle la suit.

Il en est ainsi en matière de normes ou de bonne pratique médicale, de détermination de l'offre médicale disponible, d'établissement des programmes médicaux à mettre en œuvre dans l'établissement⁴³³, du programme d'exécution du budget relatif aux investissements médicaux, de créations, modifications et suppressions des services médicaux et pharmaceutiques ainsi que, le cas échéant, des pôles d'activités et des départements hospitaliers.

433. Communément appelé « projet médical d'établissement » et qui est la composante majeure du projet d'établissement.

À titre d'illustration, le cas des guides de bonne pratique médicale ou la fixation de normes à respecter est assez symptomatique de ce pouvoir de co-décision. La commission fixe en effet ces règles dans une recommandation, à laquelle l'autorité hospitalière donne valeur impérative. On visualise là l'intrication nécessaire des autorités administratives et médicales, d'autant plus nécessaire que les normes font très largement défaut en Polynésie française⁴³⁴.

2.3.2.2. L'expression institutionnelle de l'autorité médicale : l'information obligatoire, les vœux et les recommandations

Les vœux sont destinés aux autorités et les recommandations aux praticiens hospitaliers. Elles n'ont d'autre valeur que morale et scientifique, car ils sont exprimés par la plus importante communauté de professionnels de santé du territoire. Rappelons cependant que si une recommandation n'est pas appliquée, l'administration peut lui donner une valeur impérative. Quant aux vœux, la culture du consensus conduit souvent à leur mise en œuvre, après discussion avec l'autorité concernée.

Section 3. Les autres institutions sanitaires

par Antoine Leca, Arnaud Hellec,
avec la collaboration de Christian Hellec

Ce sont pour principalement les établissements privés, qui – en Polynésie française⁴³⁵ – fonctionnent grâce à des conventions conclues avec des médecins libéraux.

Les cliniques privées représentent en France environ 2000 établissements, réunis pour l'essentiel au sein de la Fédération de l'hospitalisation privée (FHP). Elles jouent un rôle important de santé publique : 40 % des soins aigus – dont 35 % de l'obstétrique et 60 % de la chirurgie⁴³⁶.

En Polynésie le secteur est représenté par quatre établissements, deux de type Médecine-Chirurgie-Obstétrique : la clinique Cardella ouverte en 1965⁴³⁷

434. En ce sens, voir *supra* note 10. Il en est ainsi du guide de bonne pratique transfusionnelle, établi par le Centre de transfusion sanguine rattaché administrativement au Centre hospitalier, qui a un rayon d'action couvrant tout le territoire polynésien.

435. Les établissements pourraient aussi salarier des médecins. La pratique existe en métropole.

436. S. Guiné-Gibert, « L'assurance responsabilité civile médicale des acteurs de santé. Historique : comment en est-on arrivé à la situation actuelle ? », *RGDM*, n° 12 (2004), p. 157.

437. http://ide-clinique-cardella.over-blog.fr/pages/Presentation_et_histoire-1335857.html

exploitant 82 lits⁴³⁸ et la clinique Paofai fondée en 1982 comptant 104 lits⁴³⁹ ; un établissement réalisant des actes chirurgicaux ambulatoires : le Centre Médical Mamao⁴⁴⁰ ouvert en 2000 et exploitant 15 places d'hospitalisation à temps partiel de jour⁴⁴¹ ; et le seul établissement de rééducation et réadaptation fonctionnelle : le Centre *Te Tiare* ouvert en 1989⁴⁴² avec une capacité de 54 lits portée à 72 lits en janvier 1995⁴⁴³.

La situation juridique de ces établissements privés ne se prête pas aux simplifications hâtives. En effet, la diversité est extrême car ces institutions sont le produit d'une histoire différente. Les établissements d'origine religieuse, par exemple, préexistaient aux hôpitaux publics et ont toujours eu une vocation non lucrative. Curieusement, la Polynésie si chrétienne n'en compte aucun. À l'inverse, les cliniques commerciales ont souvent été créées par des médecins que l'exercice libéral en cabinet vouait à un exercice non commercial, avec des moyens rudimentaires : les établissements privés leur ont permis de disposer d'un plateau technique coûteux et de réaliser des profits par l'intermédiaire de leur clinique. Tel est le cas des cliniques Cardella et Paofai ou du Centre Médical Mamao. Pour en revenir à un critère juridique, certains

438. A l'origine, la Clinique Cardella exploitait 94 lits (arrêté n° 1365/CM du 11 décembre 1997 confirmant l'autorisation d'exploitation de la Clinique Cardella et fixant leur capacité, *JOPF* 1997 n° 51 du 18 décembre 1997, p. 2622). Dans le cadre de la mise en application du Schéma Territorial de l'Offre de Soins (STOS) pour la période 2003-2007, le nombre de lits a été réduit à 82 (arrêté n° 119/MSP du 27 avril 2006 autorisant la SA Clinique Cardella à exploiter 79 lits d'hospitalisation complète et 3 places d'hospitalisation à temps partiel de jour, *JOPF* 2006 n° 19 du 11 mai 2006, p. 1584). Actuellement, celle-ci exploite toujours 82 lits et place. Cependant, une nouvelle autorisation (arrêté n° 3344/MSP du 30 juin 2009 portant modification de l'arrêté n° 119/MSP du 27 avril 2006 autorisant la SA Clinique Cardella à exploiter 79 lits d'hospitalisation complète et 3 places d'hospitalisation à temps partiel de jour, *JOPF* 2009 n° 30 du 23 juillet 2009, p. 3352 dans la partie MSP), non encore mise en application, porte ce nombre à 99.

439. A l'origine, la Clinique Paofai exploitait 117 lits (arrêté n° 1366/CM du 11 décembre 1997 fixant le nombre de lits de la Clinique Paofai, *JOPF* 1997 n° 51 du 18 décembre 1997, p. 2622). Dans les mêmes conditions que pour la Clinique Cardella, le nombre de lits a été réduit à 106 (arrêté n° 116/MSP du 27 avril 2006 autorisant la SARL Société d'exploitation de la clinique Paofai à exploiter 104 lits d'hospitalisation complète et 2 places d'hospitalisation à temps partiel de jour, *JOPF* 2006 n° 19 du 11 mai 2006, p. 1582). A l'heure actuelle, une nouvelle autorisation (arrêté n° 3351/MSP du 30 juin 2009 portant modification de l'arrêté n° 116/MSP du 27 avril 2006 autorisant la SARL Société d'exploitation de la clinique Paofai à exploiter 104 lits d'hospitalisation complète et 2 places d'hospitalisation à temps partiel de jour, *JOPF* 2006 n° 30 du 23 juillet 2009, p. 3358 dans la partie MSP), non encore mise en application (voir : <http://www.ladepeche.pf/article/societe/clinique-paofai-travaux-a-executer-avant-le-15-juin>) porte ce nombre à 117 lits.

440. http://www.cmm.pf/?page_id=13

441. Initialement fixé à 5 (arrêté n° 115/MSP du 27 avril 2006 autorisant l'EURL Centre Médical Mamao à exploiter 5 places d'hospitalisations à temps partiel de jour pour exercer l'activité de chirurgie ambulatoire, *JOPF* 2006 n° 19 du 11 mai 2006, p. 1581), ce nombre a été porté à 15 (arrêté n° 3336/MSP du 30 juin 2009 modifiant l'arrêté n° 115/MSP du 27 avril 2006 autorisant l'EURL Centre Médical Mamao à exploiter 5 places à temps partiel de jour pour exercer l'activité de chirurgie ambulatoire, *JOPF* 2009 n° 30 du 23 juillet 2009, p. 3346 dans la partie MSP).

442. http://www.tetiare.pf/index.php?page=accueil_fr&titre=accueil_fr

443. À l'origine centre de convalescence, le Centre Te Tiare s'est orienté, à partir de 1999 vers la rééducation et réadaptation fonctionnelle, activité consacrée en 2002 par le Schéma Territorial de l'Offre de Soins (STOS) annexé à la délibération n° 2002-170 APF du 12 décembre 2002 portant approbation du schéma d'organisation sanitaire 2003-2007 (*JOPF* 2003 n° 1 NS du 24 janvier 2003 p. 1).

établissements participent au service public hospitalier, d'autres pas. Les uns ont un but lucratif, les autres excluent celui-ci : ce sont d'une part les cliniques commerciales qui, comme leur nom l'indiquent, sont assimilables à un fonds de commerce, et d'autre part les cliniques mutualistes ou congrégationnistes qui peuvent revêtir des formes variées, notamment l'association de la loi de 1901.

Indépendamment de leurs différences, le statut de tous ces établissements trahit une double originalité.

D'abord, en dépit du principe de la liberté d'installation du cabinet libéral, leurs ouvertures (leur transformation ou leur agrandissement) doivent s'harmoniser avec ce que l'on appelle la « carte sanitaire » ce qui suppose un régime d'autorisation administrative sous le contrôle du juge administratif. Le matériel lourd est soumis à un régime particulier d'autorisation⁴⁴⁴ et ne peut être cédé qu'à l'issue d'une confirmation⁴⁴⁵. En cas de situation financière dégradée, ces établissements peuvent être placés sous administration provisoire⁴⁴⁶.

Par ailleurs, malgré le caractère civil du cabinet médical, ces établissements qui hébergent régulièrement des patients constituent des fonds de commerce. Des médecins peuvent en être propriétaires (ou actionnaires). Ordinairement de tels établissements sont cependant dirigés par des non-médecins, qui ne laissent aux professionnels de santé qu'une fonction technique. Il en résulte une dissociation croissante entre l'exercice (médical) et la gestion, qui place le médecin en situation de devoir coopérer sans toujours pouvoir co-décider. À la différence d'un cabinet médical, ce fonds aura sa clientèle propre⁴⁴⁷, distincte de celle de chaque médecin⁴⁴⁸, lié à l'établissement par un contrat.

C'est également un contrat qui peut lier les médecins à la CPS.

Chapitre 2. La CPS et les conventions médicales

par Antoine Leca, Maiana Balbridge, Arnaud Hellec

Après avoir envisagé la mise en place du système, on en présentera la gouvernance ainsi que la convention médicale régissant les relations entre la Caisse et les professionnels de santé.

444. Pour la France métropolitaine : CSP, art. L. 6122-1 (O. n° 2010-177 du 23 février 2010) non applicable à la PF. Pour la Polynésie française : délibération n° 2002-169 APF du 12 décembre 2002 relative à l'organisation sanitaire de la Polynésie française (*JOPF* 2002 n° 52 du 26 décembre 2002, p. 3207), art. 17.

445. Pour la France métropolitaine : CSP, art. L. 6122-3 (O. n° 2010-177 du 23 février 2010) non applicable à la PF. Pour la Polynésie française : délibération n° 2002-169 APF du 12 décembre 2002 relative à l'organisation sanitaire de la Polynésie française, art. 26, al. 2.

446. Ord. n° 2005-1112 du 1^{er} septembre 2005 (*JO*, 6 septembre) non applicable à la PF. Une telle disposition n'existe toutefois pas dans le droit polynésien.

447. Cass. civ. 3^e, 25 avril 1972, Bull. cass. 1972, III, n° 252, p. 179, D.S., 1972, somm. 193.

448. 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.

Section préliminaire – La mise en place historique du système, de la Caisse de Compensation des Prestations Familiales des Établissements Français de l’Océanie à la CPS⁴⁴⁹

par Antoine Leca

La prise en charge sociale des dépenses de santé en Polynésie remonte à la loi n° 56-619 du 23 juin 1956⁴⁵⁰. Celle-ci a autorisé le gouvernement de la République à mettre en œuvre les réformes et à prendre des mesures propres à assurer l’évolution des territoires relevant du ministère de la France d’outre-mer. Les textes locaux ont été conçus sur cette base légale par l’inspection du travail et signés par le gouverneur des Établissements français de l’Océanie : l’arrêté n° 1336/IT en date du 28 septembre 1956⁴⁵¹ a permis la création de la Caisse de Compensation des Prestations Familiales (CCPF) des Établissements Français de l’Océanie (EFO), et, à la même date, l’arrêté n° 1335/IT a mis en œuvre le régime des prestations familiales en faveur des travailleurs salariés⁴⁵².

Or ce système n’a pas été conçu *ex nihilo*. Il a été inspiré par celui en vigueur en métropole.

Il faut se souvenir que la Sécurité Sociale française a été constituée en 1945 sur le modèle dit « bismarckien », conçu pour le monde du travail : le risque maladie y est financé par des cotisations des employeurs et des employés proportionnelles aux salaires et géré par des organismes de droit privé, dans lesquels siègent les représentants des patrons et les syndicats de travailleurs. Les spécialistes opposent ce système au type « beveridgien », visant à assurer la Sécurité sociale à tous, dans lequel les soins sont financés par l’impôt et gérés par l’État. C’est celui du Royaume-Uni (et aussi du Canada, de l’Australie et de la Nouvelle-Zélande⁴⁵³). Le problème de la France est qu’elle a voulu « réaliser les objectifs de Beveridge en utilisant les moyens de Bismarck »⁴⁵⁴ : offrir une Sécurité sociale à tous, inactifs compris, en conservant un mode de financement centré sur des cotisations, nécessairement insuffisantes. Il en a résulté la promesse d’un déficit structurel. Celui-ci n’est pas apparu tout de suite⁴⁵⁵, car la

449. Cette section préliminaire doit beaucoup à deux contributions antérieures. La première est parue dans les *Mélanges en l’honneur de P. de Deckker (Mondes océaniques, L’Harmattan, Paris, 2010)*, à la veille du changement gouvernemental de décembre 2009, qui a entraîné le retrait du plan de réforme conçu par Mme Armelle Merceron. La seconde a été publiée, dans une version réactualisée au 28 novembre 2011, dans la *Comparative Law Journal of Pacific – Revue juridique polynésienne*, vol. XIV, 2012, cf. http://www.upf.pf/IMG/pdf/LR_CP_Les_Depenses_Txt.pdf

450. Loi cadre dite « Defferre ».

451. Arrêté n° 1336/IT du 28 septembre 1956 portant organisation de la caisse de compensation des prestations familiales des Établissements français de l’Océanie (JOEFO, 25 octobre 1956).

452. Arrêté n° 1335/IT du 28 septembre 1956 portant institution du régime de prestations familiales au profit des salariés.

453. Palier B., *La réforme des systèmes de santé*, PUF, « Que sais-je ? », Paris, 2010, p. 27.

454. Lafore, R., « La CMU un nouvel îlot dans l’archipel de l’assurance maladie », *Droit social*, janvier 2000, n° 1, p. 10-11.

455. Encore que le premier « trou » se soit ouvert dès 1950. Mais, après plusieurs exercices déficitaires, l’équilibre a été restauré en 1956 (www.fnic.cgt.fr/fichier.php?id=307). Néanmoins la Caisse d’assurance-maladie du régime général a été déficitaire entre 1969 et 1979, en 1981, en 1986

France de cette époque (qui n'avait pas encore la couverture maladie universelle qu'elle a atteinte en 1999) pouvait compter sur un dynamisme économique et démographique permettant aux nombreux actifs de subvenir sans difficultés majeures aux besoins des inactifs alors en nombre restreint. Mais à la fin des « Trente Glorieuses » et avec le vieillissement démographique, la réalité est apparue avec le fameux « trou de la sécu ». Il a aujourd'hui vingt-cinq ans d'âge⁴⁵⁶. Et il a été multiplié par cent en moins de vingt ans : 2,3 milliards de francs lorsque Mme Simone Veil quitta une première fois le ministère de la Santé en 1977, 240 milliards lors de son départ définitif en 1995⁴⁵⁷ ; le déficit du régime général a dépassé la barre des vingt milliards d'euros en 2009, dont près de dix milliards pour la seule branche maladie, soit deux fois plus qu'en 2008, sans même la certitude que le niveau des soins se soit amélioré dans l'intervalle⁴⁵⁸. Une chose est certaine : aucun gouvernement n'est parvenu à le combler et on comprend bien aujourd'hui qu'il ne le sera pas sans une refonte totale du système.

Dans un premier temps la Polynésie française a paru ne pas pouvoir donner corps à un tel scénario.

Cela s'explique par une conjonction de facteurs : des économies d'échelle, la jeunesse de la population, la faiblesse de la demande médicale et le volume croissant des cotisations.

Le pays a pu faire fonctionner le système avec une structure unique alors assez légère : la CCPF qui, depuis 1968, porte son nom contemporain de Caisse de Prévoyance sociale (CPS)⁴⁵⁹. On aurait pu imaginer en 1956 de créer plusieurs caisses, comme en métropole. Mais le bon sens a prévalu : la gestion des risques nouveaux a été attribuée à un seul organisme qui est à lui seul l'équivalent local des Urssaf de l'ACOSS, des caisses nationales, régionales et primaires d'assurance maladie de métropole. Cette Caisse unique est un organisme de droit privé, établi conformément aux dispositions de la loi du 1^{er} avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels, assumant une mission de service public, géré par les partenaires sociaux mais placé sous la tutelle du gouverneur (aujourd'hui le gouvernement de la Polynésie française).

Par ailleurs la Polynésie avait alors une population jeune avec des besoins

et sans interruption depuis 1990, Palier B., *La réforme des systèmes de santé*, op. cit., p. 57).

456. La formule ne s'est répandue qu'à compter de la campagne électorale lancée en 1985, dans la perspective des législatives de mars 1986, remportées par l'opposition de droite...

457. Leca A., « Génériques, TFR et déremboursements ou comment arracher un milliard d'économies "avec les dents" », Communication au colloque de Toulon des 18-19 novembre 2005, publiée dans A. Leca et G. Rebecq (dir.), *La prise en charge des dépenses de santé par la solidarité nationale*, Colloque « Droit, Histoire, Médecine et Pharmacie », PUAM, Aix, 2006.

458. Notre collègue Brigitte Dormont a publié une étude intéressante où elle s'efforce de démontrer que la hausse historique des dépenses de santé aurait généré des progrès en santé (*Les dépenses de santé. Une augmentation salutaire?*, Éd. Rue d'Ulm, Collection du Centre pour la recherche économique et ses applications, www.cepremap.ens.fr). Elle mérite l'examen à défaut d'emporter complètement la conviction. En effet notre pays a (après les États-Unis) le système de santé le plus cher du monde et s'il prenait exemple sur le Japon, pays où l'on vit le plus vieux au monde, il consacrerait 50 milliards d'euros de moins à ses dépenses de santé (Kervasdoué J. de, « Faute de réforme sérieuse, la faillite annoncée de l'assurance-maladie », *Le Monde*, 6 octobre 2010). En 2000, l'OMS a publié un rapport sur l'efficacité des systèmes de santé dans lequel la France était classée première – mais sa révision en 2002 a placé la Suède en tête (<http://www.who.int/whr/2002/fr/>).

459. <http://www.cps.pf/index.cfm?page=article&id=792>

de santé relativement modestes. Elle comptait bien sûr des malades mais comme ils ne se faisaient pas systématiquement soigner pour des raisons culturelles et financières, ils ne risquaient pas de grever les coûts.

Enfin, cette époque a été celle de la création du CEP (Centre d'expérimentation du Pacifique) installé sur le Territoire en 1963, avec les essais nucléaires que l'on sait : en quelques années, le nombre de salariés déclarés à la CPS est passé du simple au triple !

Mais cette donne initiale s'est progressivement modifiée. En effet la protection sociale a été graduellement élargie et les bénéficiaires du système se sont accrus (§1). Certes c'était justice, mais hélas cela ne pouvait pas ne pas mener au déficit du système (§2).

§1 – Un système d'assurance-maladie qui n'a pas cessé d'élargir ses bénéficiaires et les conditions d'accès aux soins, de 1956 à 1995

La délibération du 14 février 1974⁴⁶⁰ a rendu obligatoire l'assurance maladie et l'assurance invalidité des travailleurs salariés. Cette obligation a été suivie pour l'assurance volontaire par la délibération du 7 octobre 1976.

À côté de ce régime général des salariés (RGS), la délibération du 15 avril 1979 a créé un second régime : le régime de protection sociale en milieu rural (RPSMR). Il concerne essentiellement les agriculteurs, les pêcheurs, les artisans et regroupe les prestations familiales, les prestations de retraite, d'assurance maladie et d'accident de travail.

Enfin, la délibération n°94-6 AT du 3 février 1994 définissant le cadre de la couverture sociale généralisée applicable aux résidents du territoire de la Polynésie française a étendu le système à toute la population.

Il en a résulté la création de deux nouveaux régimes : d'une part le Régime des non-salariés (RNS) englobant agriculteurs, pêcheurs, commerçants et professions libérales⁴⁶¹, et d'autre part le Régime de solidarité territoriale (RST)

460. Délibération n°74-22/AT du 14 février 1974, publication au *JOPF* le 30 avril 1974.

461. Dans un premier temps, la délibération n°94-6 AT du 3 février 1994 définissant le cadre de la couverture sociale généralisée applicable aux résidents du territoire de la Polynésie française (*JOPF* du 10 février 1994, n°6, p.274) avait imposé en son article 4 que le RNS «s'applique aux personnes non ressortissantes du régime prévu à l'article 3 (le RGS), dont le revenu moyen brut mensuel individuel ou du couple (mariés ou concubins) apprécié sur une base annuelle est égal ou supérieur au SMIG mensuel et à leurs ayants droit» pour y englober les médecins sur la base de leurs revenus. Mais les professions libérales conventionnées furent rapidement autorisées à cotiser au RGS à titre volontaire (Délibération n°95-109/AT du 3 août 1995 Titre 8 articles 18 à 21) : elles y bénéficiaient d'une cotisation réduite (1% d'un plafond de 750 000 cfp par mois) mais pour les gros risques, exclusivement. Une adhésion à une assurance privée restait possible. En 2002, la Délibération n°2002-70 APF du 13 juin 2002 a supprimé la possibilité d'affiliation des non salariés à une assurance privée (article 2 et 5). Certes cette délibération a été partiellement annulée (article 2 et 5), par jugement du TAPF du 24 février 2004, mais un arrêt de la Cour Administrative d'Appel en date du 30 juin 2005 a rétabli la délibération. Entre temps, la délibération n°2003-16 APF du 9 janvier 2003 relative à la couverture sociale des professionnels de santé du secteur privé avait décidé que les professionnels de santé du secteur privé, conventionnés ou non, seraient désormais affiliés au RNS sous un délai de 1 mois. Mais ce texte a été annulé par jugement du TAPF n°0300213 du 21 septembre 2004. Dans la loi de pays n°2007-9 du 12 septembre 2007 le gouvernement a réaffirmé l'obligation des médecins de s'inscrire (dans les trois mois) «à l'un des régimes de protection sociale

devenu aujourd'hui le Régime de solidarité de la Polynésie française (RSPF).

Avec celui-ci une population importante « d'indigents » bénéficiant jusqu'alors de la gratuité totale dans les structures publiques, mais d'aucune prise en charge dans les structures libérales a été assimilée aux catégories contributives et a désormais acquis le droit à la même prise en charge que les autres ressortissants dans l'ensemble des structures, lui permettant pour la première fois de s'adresser aux professionnels libéraux, à condition toutefois de consentir à l'avance des frais.

En peu de temps, les dépenses de santé ont connu une très forte hausse, puisqu'elles ont plus que doublé entre 1988 et 1995, comme le montrent les chiffres fournis par la CPS⁴⁶² :

**Évolution des dépenses de santé à la charge des régimes de protection sociale territoriaux
(en millions de Fcfp)**

	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Prestation en espèces	1271	1320	1399	1662	1763	1786	1816	1972
Hospitalisation	2625	3227	3477	4268	4537	4772	4764	5367
Frais médicaux	1271	1450	1589	1939	2245	2358	2602	2765
Pharmacies	334	418	471	616	778	845	934	1031
Analyses	231	284	329	408	466	521	532	575
Soins dentaires	166	181	187	196	203	201	218	207
Déplacements	132	138	195	190	230	244	244	275
Autres	104	121	132	142	186	209	261	292
Total	4863	5819	6380	7759	8645	9150	9555	10512

(Source : CPS – Agent comptable)

Le phénomène est d'autant plus remarquable qu'il n'existait pas à cette époque de conventionnement entre la CPS et les professionnels (d'où un remboursement des actes sur la base des tarifs d'autorité, très différents des tarifs pratiqués par les professionnels de santé⁴⁶³) ni donc de tiers payant.

Ceci a changé en 1995 avec la délibération n°95-109 AT du 3 août 1995 relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la CPS et la signature de la première convention médicale, qui a introduit un remboursement au taux de 80 % du tarif conventionnel (aligné sur les tarifs

de Polynésie française» conformément à la délibération n°94-6 AT du 3 février 1994 modifiée définissant le cadre de la couverture sociale généralisée applicable aux résidents de la Polynésie française, dont l'article 4 imposait l'inscription des médecins au RNS.

462. Ces chiffres minorent la part consacrée par la Polynésie aux dépenses de santé car, indépendamment de la CPS, le Pays a ses propres structures qu'il finance directement sans passer par la CPS. Si on les intègre, les dépenses de santé devaient déjà représenter près de 9 % en 1994...

463. Une consultation médicale était remboursée à hauteur de 2 200 Fcfp au lieu de 2 800 Fcfp acquittés par le patient (Hapai, B., *L'installation des médecins en Polynésie française*, Rapport de recherche pour le Master 1 Droit privé et Science criminelle et Justice (sous la dir. d'A. Leca), UPF, Papeete, 2008, p.24).

pratiqués par les professionnels) et le tiers payant avec prise en charge longue maladie-grossesse à 100 %, permettant aux patients de consulter directement dans le secteur privé sans avance de frais⁴⁶⁴.

L'attractivité de ce secteur, mais aussi la désorganisation croissante du système hospitalier public, a conduit une part de plus en plus importante de la population, qui jusqu'alors ne pouvait accéder qu'aux structures publiques gratuites, à s'orienter vers le secteur libéral. Un secteur libéral renforcé par la création de cabinets de spécialistes pour la plupart issus... du CHPF lui-même. Et l'augmentation de la demande a entraîné une augmentation de l'offre : en effet le nombre de professionnels libéraux a connu une croissance d'environ 50 % en dix ans :

Évolution du nombre de personnels de santé privés (exerçant en libéral)

Secteur privé	1993	1996	2000	2003
Médecins	166	192	200	209
Dentistes	55	66	75	70
Infirmiers	83	85	100	104
Masseurs kinésithérapeutes		67	92	95
Sages-femmes				17
Orthophonistes		17	22	28
Total	304	427	484	523 ⁴⁶⁵

Puis c'est l'augmentation de l'offre, qui semble avoir entraîné une augmentation de la demande, dans la mesure où les dépenses de santé se sont envolées.

On peut quantifier le phénomène de deux manières. En volume d'abord, si on considère les chiffres bruts, en millions de Fcfp :

	CHT	Médecins conventionnés	Autres prof. santé	Cliniques	Public	Associations Centres	Hors territoire	Total
1996	7150	2597	4717	1660	1684	94	1676	21578
1997	7235	3163	5969	2543	2626	121	2118	23787
1998	8154	3379	3826	2503	2174	242	2166	25442 ⁴⁶⁶

Sources CPS (Pôle Analyse et Développement)

On retiendra notamment que la consommation de soins et de biens médicaux a crû de 15,6 % en 1996, pour se stabiliser à un niveau de 8,7 % en 1997 et 7,2 % en 1998⁴⁶⁷.

464. Sur la base de 2 800 Fcfp la consultation, la charge à supporter par le patient est passée de 1 040 à 560 Fcfp (*ibid.*, p. 25).

465 *Ibid.* p. 25.

466 *Ibid.*, p. 25.

467. Sources CPS (Pôle Analyse et Développement) : Évolution des dépenses de santé par rapport au PIB.

Si on compare ce taux de progression avec celui du produit intérieur brut, on relèvera que les dépenses de santé, qui représentaient 5,1 % du PIB, en 1995, ont représenté 5,8 % en 1996, 6,2 % en 1997 et 6,3 % en 1998⁴⁶⁸.

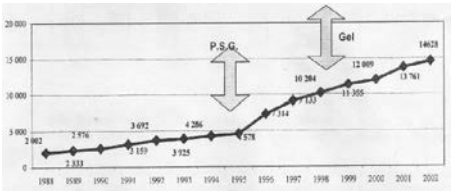
Pour tenter de maîtriser cette évolution, l'Assemblée de la Polynésie française a adopté en 1998 un certain nombre de mesures dont la plus importante fut incontestablement l'instauration d'un « gel » des conventionnements de certaines professions de santé libérales : médecins, infirmiers, masseurs kinésithérapeutes et dentistes. Cette dernière profession n'ayant pas de convention avec la CPS, le « gel » a été inopérant jusqu'en 2002.

	CHT	Médecins conventionnés	Autres prof. santé	Cliniques	Public	Associations Centres	Hors territoire	Total
1999	9009	3617	7739	2778	2159	329327	2075	27703
2000	9348	3706	8303	2929	2176	466	2132	29059
2001	9988	4252	9509	3061	2266	479	2442	31997
2002	10724	4443	10185	3214	2226	546	2430	33767 ⁴⁶⁹

Source CPS (Pôle Analyse et Développement)

C'était là une bonne mesure, mais elle a simplement contribué à encadrer la hausse des dépenses en secteur libéral; en effet la courbe représentant l'enveloppe « Professionnels de santé libéraux » a poursuivi sa progression :

Progression de l'enveloppe « professionnels de santé libéraux »⁴⁷⁰



Et bien sûr, la part des dépenses de santé dans le PIB a continué à croître : 6,6 % en 1999, 6,5 % en 2000, 7 % en 2001 et 7 % à nouveau en 2002⁴⁷¹.

Mais, si l'on ramène les montants bruts à des pourcentages, on observera que la progression s'est ralentie au point de passer à 11 % en 1999 et à 6 % en 2000. La consommation globale de soins et de biens médicaux n'a plus augmenté que de 9,3 % en 1999 et 4,9 % en 2000⁴⁷².

468. Sources CPS (Pôle Analyse et Développement): Indicateur d'évolution des dépenses de santé par rapport au PIB.

469 Hapai (B.), *L'installation des médecins en Polynésie française*, op. cit., p. 26.

470. *Ibid.*, p. 26.

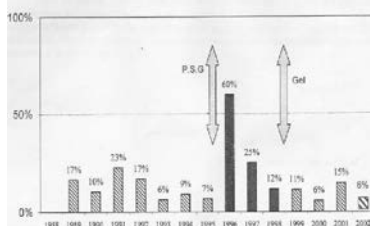
471. Sources CPS (Pôle Analyse et Développement): Indicateur d'évolution des dépenses de santé par rapport au PIB.

472. Sources CPS (Pôle Analyse et Développement): Évolution des dépenses de santé par rapport au PIB.

Un « incident » administratif début 2001, a introduit une « fenêtre » de deux jours pendant laquelle une vingtaine de professionnels de santé ont pu bénéficier d'un conventionnement.

La progression de l'enveloppe est alors passée de 6 à 15 % en 2001 (et la consommation de soins et de biens médicaux de 4,9 à 9,6 %⁴⁷³).

Évolution annuelle des dépenses des professionnels de santé libéraux⁴⁷⁴



Le poste libéral a augmenté près de deux fois plus vite que les dépenses totales (+ 88 % contre 48 % en 5 ans). Alors que les dépenses opérées chez les praticiens privés équivalaient à celle du CHT en 1996, elles les dépassent maintenant de 36 % et sa part dans les dépenses de santé est passée de 34 à 43 % entre 1996 et 2002.

On n'incriminera pas les professionnels de santé libéraux. Ce sont les patients qui sont allés vers eux, évidemment parce qu'ils trouvaient là un accueil plus satisfaisant que dans les structures publiques.

Une dizaine d'années après la réforme de 1994, les comptes de la CPS ont commencé à se dégrader. Et la Polynésie a commencé à découvrir le coût de son système.

§ 2 – Un système d'assurance-maladie désormais entré dans la spirale du déficit ?

La part de la consommation de soins et de biens médicaux par rapport au PIB a continué à croître après la « pause » de 2001-2003 (7 %) : + 7,2 % en 2004, + 7,6 % en 2005, + 8 % en 2006⁴⁷⁵... À titre d'exemple, le montant des remboursements payés par la CPS aux officines de pharmacie a augmenté de plus de 50 % entre 2003 et 2008⁴⁷⁶. Le nombre de patients en longue maladie a lui-même augmenté dans un même ordre de proportion⁴⁷⁷, au point que leur nombre

473. *Id.*

474. Hapai, B., *L'installation des médecins en Polynésie française*, op. cit., p. 27.

475. Sources CPS (Pôle Analyse et Développement) : 4 384 823 982 Fcp versés à 32 officines en 2003, 6 870 256 370 Fcp versés à 37 officines en 2008.

476. Source CPS (Pôle Analyse et Développement).

477. Le phénomène s'explique par la stabilité des comportements à risques (alimentation déséquilibrée et sédentarité), l'accroissement de la population couverte par l'amorce du vieillissement démographique et le progrès médical qui assure aux patients en ALD un taux de survie croissant (Sources CPS /Pôle Analyse et Développement). L'allongement de l'espérance de vie de plus de 6 ans, entre 1999 et 2009, a contribué au triplement du nombre de ressortissants reconnus au titre de la longue maladie, soit 21 700 patients supplémentaires, augmentant ainsi de 51 % les besoins de santé

est aujourd’hui de 30 600 personnes, soit 11,8 % de la population couverte par la CPS, avec un coût moyen par patient et par an évalué à 792 000 Fcfp ! Il était inévitable que le contrecoup se fasse sentir.

L’assurance maladie ne pouvait pas ne pas accuser le choc.

Certes en son sein le budget du RSPF apparaît théoriquement équilibré. Mais ce régime qui n’a pas de cotisants est exclusivement alimenté par de l’aide publique et, depuis 2007, il ne bénéficie plus de la participation de l’État, qui est palliée par le budget de la Polynésie française. En d’autres termes, il a financièrement parlant un dangereux effet aspirant pour les dépenses publiques locales.

Jusqu’en 2007, le déficit était limité au seul Régime des non-salariés/RNS. Ce régime était un groupement hétérogène où les petits cotisants étaient largement majoritaires (agriculteurs, pêcheurs, petits commerçants). Ceci expliquant cela, ses comptes étaient affectés d’un déséquilibre croissant (43 M. de Fcfp en 2004, 46 en 2005, 93 en 2006, 90 en 2007). C’est là une des raisons qui a conduit à la réforme de 2007 imposant aux médecins de cotiser au RNS au lieu du RGS⁴⁷⁸, afin d’y apporter un flux de cotisations plus élevé.

Le Régime général des salariés/RGS, quant à lui, est resté excédentaire, malgré le décrochage entre le niveau des cotisations et celui des dépenses, amorcé en 2004 et confirmé en 2006 et, bien sûr, en 2007 avec le départ des médecins :

	2004	2005	2006	2007
Recettes issues des cotisations	54 212 MF	59 384 MF	58 955 MF	61 994 MF
Dépenses	54 504 MF	58 712 MF	63 176 MF	67 385 MF

Il faut se rappeler qu’en 2006 précisément, avec la réforme *Te Autaea’era’a*, les employeurs avaient obtenu une baisse de leurs cotisations sociales, en échange d’une augmentation de 6 000 Fcfp des salaires. Cette réforme, désastreuse pour le financement du système de santé, est intervenue dans un contexte inquiétant de reprise à la hausse de la consommation globale de soins et services médicaux⁴⁷⁹. Il en a résulté pour le RGS une diminution de 3 % de cotisations, c’est-à-dire près de 4 milliards Fcfp de recettes annuelles en moins⁴⁸⁰, pour faire face à des dépenses accrues.

Le phénomène s’est accentué avec la détérioration de la situation économique qui a induit une baisse du nombre de cotisants salariés et le gonflement des dépenses à l’hôpital et, plus largement, du secteur public.

Cette croissance des frais hospitaliers n’est pas surprenante. Elle est très

liés à la longue maladie (*La Dépêche de Tahiti*, 1^o octobre 2012).

478. Le 12 septembre 2007, l’Assemblée de Polynésie a adopté une loi de Pays obligeant les médecins à cotiser au régime des non-salariés (et non plus à celui des salariés)... à un taux de 7,5 % contre 1 % auparavant (Hapai, B., *L’installation des médecins en Polynésie française*, op. cit., p. 8.).

479. Sources CPS (Pôle Analyse et Développement) : Évolution des dépenses de santé par rapport au PIB : + 3,5 % en 2003, + 4,8 % en 2004, + 7,6 % en 2005... et + 8,3 % en 2006 !

480. Verprat F., « CPS – Aggravation de l’assurance maladie des salariés », *La Dépêche de Tahiti*, 28 juillet 2009, www.ladepeche.pf/.../social/5740-9-milliards-fcfp-de-deficit-toujours-sans-solution.html

caractéristique d'un pays qui développe l'offre de soins. En métropole, ce poste, dont le taux de croissance annuelle est passé de 15 % dans les années 1950 à 3 % aujourd'hui, représente toujours la part la plus importante de la consommation de soins et de biens médicaux (44,5 % en 2005) ⁴⁸¹.

Par ailleurs, en Polynésie, la répartition des usagers sur un très grand nombre d'îles dispersées génère des coûts exorbitants. Le pays doit en effet faire fonctionner de multiples structures publiques de proximité (49 postes de secours, 20 infirmeries, 6 dispensaires, 11 centres médicaux) en plus des activités de soins curatifs et préventifs assurées sur l'île de Tahiti.

Le problème est que le poids de la facture hospitalière paraît avoir été sous-estimé localement. En tout cas, en 2007, la situation s'est fortement tendue avec l'annonce du déficit prévisionnel de 713 millions de Fcfp (environ 6 millions d'euros) du Centre hospitalier de la Polynésie française (CHPf). Il n'était pas question de le faire supporter par le seul RGS. Le protocole d'accord signé entre certains membres de l'intersyndicale et le gouvernement, qui avait mis fin à la grève déclenchée au CHPf avait réparti le déficit entre le Régime de solidarité/RSPF (234 millions de Fcfp), le RNS (37 millions de Fcfp), et le RGS (442 millions de Fcfp), sachant que le Pays s'était engagé à prendre à sa charge « au titre de la solidarité » la quote-part des deux premiers ⁴⁸². Mais rien n'a été réglé au fond et la situation du RGS s'aggrave. Le déficit de la branche maladie a plus que doublé en deux ans. À la fin 2008, il était déjà de 4,196 milliards. Il était prévu à 8,814 milliards de Fcfp fin 2009 ⁴⁸³. Au 31 décembre 2010, le déficit cumulé de la seule branche maladie du RGS a atteint près de 15 milliards de F CFP ⁴⁸⁴. On connaît la suite... Tous les indicateurs sont maintenant au rouge, notamment la hausse des dépenses et la baisse des recettes due à la détérioration de la situation économique, que l'on peut mesurer à l'augmentation des ressortissants du RSPF et à l'érosion du nombre de cotisants salariés.

Au terme de ce panorama historique, le régime général des salariés (RGS) accuse aujourd'hui un déficit abyssal, le régime des non-salariés (RNS) est financé à 40 % par le Pays, le régime de solidarité de la Polynésie française (RSPF) à 100 % ⁴⁸⁵. La situation de la PSG est préoccupante ⁴⁸⁶. C'est là une facture très lourde. La recherche de nouvelles pistes s'impose.

On évitera toutefois de terminer sur ce registre. Car les comptes de la Polynésie française sont en réalité l'envers de la médaille. Et il ne faut pas oublier le côté face. Les dépenses de santé ont sorti la Polynésie du sous-équipement

481. Saison, J., *Droit hospitalier*, Gualino, 2^e éd., Paris, 2009, p. 233.

482. *Tahiti-Presse*, 5 avril 2007, www.tahitipresse.pf/.../cps-non-au-financement-du-deficit-de-lhopital-par-les-salaris/

483. Verprat, F., « CPS – Aggravation de l'assurance maladie des salariés », *La Dépêche de Tahiti*, 28 juillet 2009, www.ladepeche.pf/.../social/5740-9-milliards-fcfp-de-deficit-toujours-sans-solution.html

484. Chambre territoriale des comptes de la Polynésie française, *Rapport d'observations définitives, Collectivité de la Polynésie française/ Affaires sociales et solidarité, Exercices 2000 à 2009*, adopté à la séance du 17 août 2011.

485. *Les Nouvelles de Tahiti*, 6 juillet 2010 : <http://www.lesnouvelles.pf/fenua/social/7074-armelle-merceron-craint-la-faillite.html>

486. Les dépenses de la PSG sont passées de 40,8 milliards de F CFP en 1995 à près de 103 milliards de F CFP en 2009 et leur financement n'est plus totalement assuré par des ressources définitives.

sanitaire et permis des victoires incontestables remportées sur la mortalité infantile et les pathologies infectieuses qui ont tant fait souffrir le pays jusqu'au XXe siècle. Les îles ont aujourd'hui une espérance de vie et un équipement de santé qui est celui des grands pays développés. Car la santé n'est pas seulement un coût, c'est d'abord un bienfait.

Section 1. La gouvernance de la CPS

par Maïana Bambridge

Plus d'un demi-siècle d'histoire pèse sur la situation juridique et le mode de fonctionnement de la CPS, vis à vis notamment des pouvoirs publics.

De plus, les contradictions et ambiguïtés qui caractérisent cette histoire sont éclairées d'un jour nouveau depuis la mise en place de la protection sociale généralisée (PSG) qui a introduit de véritables bouleversements dans l'économie générale de cet organisme, sans toutefois que toutes les conséquences en aient été véritablement tirées, quant à leurs modes de gouvernance.

§ 1 – La Caisse de prévoyance sociale a été créée par la puissance publique mais dicte dans les faits la question sociale en Polynésie

1.1. La Caisse de compensation du Territoire des établissements français de l'Océanie a été créée par la puissance publique, sur le modèle des caisses de Sécurité sociale métropolitaines

La première caisse de protection (ou prévoyance) sociale de Polynésie a été créée en 1956 sous la forme d'une Caisse de compensation du Territoire des établissements français de l'Océanie, en application de l'arrêté interministériel n° 1335/IT du 28 septembre 1956 instituant un régime de prestations familiales en faveur des travailleurs salariés du Territoire des établissements français de l'Océanie (article 23). L'organisation de la Caisse a été définie par voie d'arrêté interministériel (n° 1336/IT du 28 septembre 1956)⁴⁸⁷, pris le même jour que l'arrêté organisant le premier régime de protection sociale obligatoire en Polynésie.

La Caisse de compensation ressort sans contestation possible d'une procédure de création par la puissance publique – en l'occurrence, le gouvernement local⁴⁸⁸ aux fins de gérer pour le compte de cette même puissance publique un régime qu'elle institue souverainement. La création de ce régime suit de quatre années la promulgation dans les territoires et territoires associés relevant du ministère de la France d'outre-mer de la loi instituant dans ces territoires un Code du travail⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Arrêté modifié depuis, notamment par la décision n° 478/TLS du 28 juin 1978.

⁴⁸⁸ L'expression de gouvernement local est celle employée par le *Journal officiel des établissements français de l'Océanie*.

⁴⁸⁹ Loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952.

Ainsi est-il permis de noter que la généalogie juridique de la protection sociale en Polynésie ne se distingue en rien du cas métropolitain, où le développement de la législation de la protection sociale s'est fait à partir de la législation du travail, sous la conduite des autorités publiques. Enfin, on relèvera que la création de ce régime de prestations familiales reçoit, le 19 juillet 1956, l'approbation préalable du ministre de la France d'outre-mer.

Ainsi, la construction opérée en Polynésie s'apparente à la mise en place en métropole de la Sécurité sociale, un acte de l'autorité publique (une ordonnance) ayant créé un régime (le régime général) dont la gestion est confiée à un réseau de caisses créées pour l'occasion. La Sécurité sociale diffère en cela des régimes paritaires ou conventionnels, créés et gérés par les partenaires sociaux, sans intervention publique, comme le régime d'assurance chômage créé, en 1958, par accord national interprofessionnel. La Caisse de compensation, d'évidence, n'est donc pas de création conventionnelle.

L'arrêté portant organisation de la caisse précise qu'elle jouit de la personnalité morale, qu'elle est dotée de l'autonomie financière et fonctionne conformément aux dispositions de la loi du 1^{er} avril 1898 modifiée sur les sociétés de secours mutuels. Le parallélisme avec la construction métropolitaine est à nouveau patent. Les caisses locales de Sécurité sociale sont des personnes morales de droit privé, jouissant de l'autonomie financière, qui ont la forme de société de secours mutuels.

L'autorité publique a de la sorte transposé en Polynésie l'organisation de la Sécurité sociale de métropole. La caisse est placée nettement sous contrôle public puisque ses statuts sont approuvés par le ministre de la France d'outre-mer et que le règlement intérieur est fixé ou modifié, après délibération du conseil d'administration, par arrêté du chef du territoire.

Plus encore, le conseil d'administration de la caisse est tripartite et non paritaire comme celui des caisses de Sécurité sociale. L'arrêté de 1956 a pris soin de faire siéger au conseil d'administration de la caisse de compensation, aux côtés des représentants des employeurs et des travailleurs, pour un tiers des délégués de l'Assemblée territoriale et des membres désignés par le chef du territoire.

La tutelle territoriale sur la caisse ne fait pas de doute, l'arrêté précité en précisant l'étendue et les modalités. Elle porte sur les personnes et sur les actes :

- le directeur de la caisse et l'agent comptable sont nommés par arrêté du chef du territoire, certes après avis du conseil d'administration. Dans les régimes conventionnels, cette prérogative appartient au seul conseil d'administration.
- la tutelle sur les actes de la caisse est confiée, pour le compte du chef du territoire, à l'inspecteur du travail et des lois sociales. Les délibérations du conseil d'administration font ainsi l'objet d'un procès-verbal que contresigne l'inspecteur du travail et des lois sociales qui en assure la transmission au chef du territoire. Ces délibérations ne sont pas exécutoires de plein droit. Elles ne le deviennent que passé un délai de 10 jours à compter de leur notification, à condition que le chef du territoire n'ait pas fait connaître son opposition.

Les pouvoirs de l'inspecteur du travail et des lois sociales vont au-delà de la tutelle précédemment exposée. En effet, il dispose du pouvoir de contrôler la caisse, en application de l'article 145, alinéa 6, du Code du travail. Il a possibilité, lors des vérifications comptables, de s'adjoindre les compétences d'experts comptables agréés et d'agents administratifs compétents en matière financière⁴⁹⁰. Il assiste aux réunions du conseil d'administration et est obligatoirement entendu sur les points de l'ordre du jour. Il peut en outre demander l'inscription à cet ordre du jour de toute question de son choix.

Il est enfin institué un contrôle du régime, et non de la caisse, par application des articles 27 et suivants de l'arrêté 1335/IT. Ce contrôle porte sur l'application du présent arrêté et notamment sur le paiement des cotisations et du versement des prestations. Il est confié aux inspecteurs du travail et des lois sociales «selon les pouvoirs qui leur sont reconnus au chapitre 1^{er} du titre VII du Code du travail dans les territoires d'outre-mer».

Les statuts de la Caisse ont été établis, conformément aux dispositions de l'article 3 de l'arrêté n° 1336/IT, sur la base du modèle annexé à cet arrêté, et approuvés par arrêté ministériel n° 3736 IGT/4 du 6 décembre 1956. Ces statuts ont été modifiés à plusieurs reprises en fonction de l'extension des missions dévolues à la caisse.

Enfin, le règlement intérieur de la caisse a été fixé par arrêté n° 1385/IT du 10 octobre 1956. Il a subi également des modifications ultérieures.

Dans les faits et bien que la gestion de la Caisse soit tripartite l'influence de son directeur pendant 20 ans M. Frantz Vanizette, conseiller et Président de l'Assemblée territoriale a été déterminante, pour imposer depuis lors, des liens étroits entre la caisse et la puissance publique.

1.2. La Caisse de prévoyance sociale (CPS) est l'héritière de la Caisse de compensation

La Caisse de compensation reçoit la charge de gérer un nouveau régime de protection sociale dès 1961. L'arrêté n° 357 TLS crée le régime d'aide aux vieux travailleurs salariés et en confie la gestion à la Caisse de compensation des prestations familiales.

La caisse change une première fois de dénomination en 1961, lorsque la gestion du régime de réparation et de prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles lui est confiée par la délibération n° 61-123 du 24 octobre 1961 de l'assemblée territoriale de la Polynésie française, en application du décret n° 57-245 du 24 février 1957 sur la réparation et la prévention du travail et des maladies professionnelles dans les territoires d'outre mer et au Cameroun. La Caisse devient alors Caisse de compensation des prestations familiales et des accidents du travail.

En 1966, il est créé un régime de prévoyance sociale pour certaines maladies et opérations de travailleurs salariés, mais ce n'est, semble-t-il qu'en 1967, lorsque la Caisse de compensation reçoit la gestion du régime de retraite

490 Ces dispositions organisent, avec les moyens du bord, une inspection générale des affaires sociales territoriale.

des travailleurs salariés de la Polynésie française en application de la délibération n° 67-110 du 24 août 1967, qu'elle est rebaptisée en Caisse de prévoyance sociale.

Par la suite, chaque nouveau régime de protection sociale est confié à la CPS, la gestion des fonds afférents à ces régimes étant confiée à son conseil d'administration, pour le compte de la collectivité. Il en va ainsi des régimes couvrant les salariés mais aussi des régimes ouverts aux non salariés.

La délibération n° 79-20 du 1^{er} février 1979 portant institution d'un régime de protection sociale en faveur des agriculteurs, éleveurs, pêcheurs, agriculteurs et artisans est tout à fait explicite sur ce point ; son article 29 dispose en effet que « la gestion administrative et financière des régimes des agriculteurs, éleveurs, pêcheurs, agriculteurs et artisans est assurée par la caisse de prévoyance sociale dont les statuts et le règlement intérieur seront modifiés de manière à tenir compte des attributions nouvelles qui lui sont confiées ». C'est ainsi que les statuts de la CPS sont modifiés par arrêté du 28 mai 1979, l'opération ayant semble-t-il connu quelques difficultés⁴⁹¹.

Les statuts de la CPS confèrent donc à la caisse, depuis cette date, une compétence territoriale d'un point de vue géographique englobant le territoire de la Polynésie française et dont l'objet s'étend au-delà de la gestion des régimes des salariés. En effet :

« Elle a pour but

- de gérer les régimes de prévoyance sociale et de protection sociale
 1. en faveur des travailleurs salariés ;
 2. en faveur des travailleurs qui auront souscrit une assurance volontaire ;
 3. en faveur des agriculteurs, éleveurs, pêcheurs, agriculteurs et artisans ;
- d'aider ou d'entreprendre, soit directement, soit au moyen de subventions, un programme d'action sociale sanitaire et/ou familiale dans les conditions prévues au chapitre V de l'arrêté n° 1335 IT du 18 sept. 1956.

Elle ne se propose d'autre but et ne pourra poursuivre d'autre fin que les opérations prévues par les dispositions des textes créant ces régimes ».

Dès lors, et depuis cette date, la CPS n'est pas uniquement la caisse des salariés mais une structure dépendant du territoire, qui a négligé ses devoirs réglementaires vis-à-vis d'elle.

En dépit de changements de statuts, la Caisse reste marquée par la prééminence du régime des salariés et des chevauchements dans sa réglementation et dans son mode de gouvernance

1.3. La Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française (CPS) reste marquée par la prééminence du régime des salariés

Ainsi, bien que proposés par le politique, les accords tripartites des 6 février et 23 octobre 1986, renforcent les pouvoirs du régime des salariés qui veille à la restructuration de la Caisse : nouveau siège social, modernisation du système informatique, modification de l'organisation interne, refonte de la convention collective du personnel.

491 Les visas de l'arrêté font état de l'opposition faite par le chef du territoire à l'exécution de la délibération du conseil d'administration qui a maintenu sa position en « seconde lecture ».

Sous l'impulsion des partenaires sociaux, le fonctionnement et la gestion de la Caisse de Prévoyance Sociale se veulent plus réactifs et dynamiques avec un allègement du contrôle de la tutelle, qui modifie la composition du CA portée à 20 membres en mai 1987 :

7 représentants des organisations professionnelles les plus représentatives ;

7 représentants des organisations de salariés ;

5 représentants du territoire dont 2 représentants de l'Assemblée de la Polynésie française ;

3 représentants désignés par le Conseil des ministres ;

1 représentant des associations familiales.

En 1988-1991, seules les délibérations les plus significatives en termes financiers, patrimoniaux ou réglementaires sont soumises au contrôle du Conseil des ministres pour être rendues exécutoires.

Article 10 de l'arrêté n° 1336 IT « Le Conseil d'administration règle par ses délibérations les affaires de la Caisse. Il est obligatoirement appelé à délibérer notamment sur :

Le budget annuel de la Caisse et les actes modificatifs du budget ;

Les affaires ayant une incidence ou un caractère réglementaire ;

Les achats, ventes et échanges d'immeubles ;

L'acceptation des dons et des legs... »

Les autres délibérations, considérées comme relevant du fonctionnement courant de la Caisse, sont exécutoires de plein droit, dès leur adoption.

En février 1991, le principe d'une gestion paritaire de la Caisse de Prévoyance Sociale est consacré, après de longues discussions entre les autorités politiques et les partenaires sociaux qui ne souhaitent pas la présence des dites autorités.

Le Conseil d'administration est composé de 26 membres :

- 3 représentants des employeurs dont 4 au titre du Territoire (2 représentants de l'Assemblée, 1 représentant du Territoire et 1 représentant des maires) ;
- 13 représentants des organisations professionnelles salariées.

Il est ramené à 24 membres en août 1992, puis rétabli à 26 membres en décembre 1993.

Bien que la délibération 94-6/AT du 3 février 1994 instaurant la Protection Sociale Généralisée (PSG) confie à la Caisse la gestion de 3 régimes territoriaux (régime des salariés ou RGS, régime des non-salariés ou RNS et régime de solidarité territorial ou RST) représentant des personnes morales distinctes dotées de l'autonomie financière, le conseil d'administration du régime des salariés (RGS) reste l'instance dirigeante de la PSG.

La composition du Conseil d'administration de la Caisse de Prévoyance Sociale passe à 28 membres titulaires dotés de suppléants à partir du 27 février 1996 (délibération n° 96-38/AT).

Malgré la modification des statuts de la Caisse en 1979, lui conférant une compétence territoriale et en dépit de l'instauration de la PSG en 1994, la Caisse de Prévoyance Sociale, héritière de la Caisse de compensation, reste gérée par le conseil d'administration du régime général des salariés (RGS).

1.4. La Caisse de prévoyance sociale souffre de chevauchements dans sa

réglementation et dans son mode de gouvernance qui compliquent la gestion des dossiers en général et plus particulièrement de l'assurance maladie qui représente la moitié des dépenses PSG

Ainsi, la loi organique n° 96-132 du 12 avril 1996 dispose que la direction de la Caisse de Prévoyance Sociale est assurée par un directeur nommé en Conseil des ministres sans l'avis du Conseil d'administration, alors même que dans les textes organisationnels de la Caisse de Prévoyance Sociale, il est prévu la nomination du directeur et de l'agent comptable après avis du Conseil d'administration.

En 1999, l'inspecteur du travail qui est un fonctionnaire d'État, est remplacé par un délégué général à la protection sociale (DGPS) nommé par le Conseil des ministres sans concertation du Conseil d'administration.

La tutelle est dans un premier temps exercée par le ministre chargé de la Solidarité, puis depuis 2003 par une tutelle bicéphale, le ministre de la Santé assurant la tutelle de l'assurance maladie. Cette double tutelle se compliquant avec celle du ministre des Finances voire celui du Budget, le cas échéant.

Outre ces problèmes de tutelles multiples, l'organisation actuelle de la PSG souffre du maintien de trois régimes représentés par trois personnes morales distinctes, pour un seul gestionnaire au quotidien.

Autant de questions à débattre auprès de trois conseils d'administration à convoquer, de délibérations à transmettre à un, deux voire trois ministres de tutelle qui doivent discuter des dossiers relatifs à l'assurance maladie avec des approches qui peuvent être différentes, en fonction des problématiques relevant de leur tutelle (RGS, RSPF, RNS, couverture maladie généralisée...).

Difficile dans ces conditions de manœuvrer sur le long terme avec des commandes contradictoires et des changements de caps qui peuvent être fréquents, en fonction des interlocuteurs institutionnels.

Le changement est nécessaire mais il passe par une révolution des mentalités, celle des politiques en charge de la définition de la politique de santé en Polynésie française et celle des administrateurs de la Caisse chargés de sa gestion financière.

§ 2 – L'organisation actuelle de la CPS n'est plus compatible avec ses missions

2.1. La CPS est chargée de la gestion des régimes de protection sociale

Comme on l'a vu, c'est par délibération, et donc par un acte d'autorité, que le territoire, comme il l'avait déjà fait par le passé, a confié à la CPS le soin de gérer, pour le compte de la collectivité, les trois régimes de protection sociale de la Protection Sociale Généralisée (PSG).

En cela, il apparaît nettement que la CPS n'est pas un prestataire de service mais un délégataire de service public. Les détails de la gestion par la CPS des différents régimes ont été réglés par voie conventionnelle, mais en application de la délibération.

Aussi la CPS gère-t-elle selon les règles qui lui sont imposées et n'a

donc aucune compétence propre en la matière. Il appartient en conséquence au territoire de définir le plus clairement possible, l'étendue et la nature des missions qu'il confie à la CPS.

À ce sujet, l'élévation croissante de la contribution publique rend d'autant plus légitime l'investissement des autorités territoriales, et singulièrement du ministère de la santé et de la solidarité, aujourd'hui, dans le domaine de la protection sociale.

La CPS doit donc se consacrer à la gestion de la protection sociale, la définition du bien commun revenant aux autorités territoriales, qui doivent assumer leurs responsabilités en termes de définition de la politique de protection sociale à mettre en œuvre.

2.2. Les instances dirigeantes de la CPS doivent être modernisées

C'est pourquoi, dans sa configuration actuelle, il y a lieu de distinguer ce qui relève de la gestion du régime des salariés de ce qui relève de la gestion générale de la caisse, en modifiant la forme des instances délibérantes de la PSG.

Deux solutions sont envisageables :

- la première consiste à élargir la composition du CA de la caisse aux représentants des autres régimes et à limiter son champ de compétence aux affaires de la caisse. Les régimes seraient administrés par des organes propres à chacun d'entre eux et auraient la possibilité de déléguer, à l'unanimité, au CA de la CPS toute compétence commune (modèle « Union de régimes ») ;
- la seconde consiste à fusionner l'ensemble des conseils d'administration et comité de gestion en un CA unique de la caisse, dont la composition serait établie conformément à l'importance relative de chacun, laissant la présidence à un représentant des salariés, les prestations étant gérées par branches, « administrée » chacune, par un comité de gestion (modèle « Régime unique »).

En tout état de cause, les trois régimes de protection sociale doivent participer à la gestion de la CPS et siéger à son conseil d'administration, selon l'une des modalités ci-dessus, la puissance publique devant clarifier le mode de gouvernance de la PSG à travers celui de la CPS.

Section 2 – La convention médicale en vigueur pour les médecins

par Arnaud Hellec

En Polynésie française, les rapports entre la Caisse de Prévoyance Sociale (CPS) et les médecins exerçant leur art dans le secteur privé, au sens de la délibération n°95-109 AT du 3 août 1995 modifiée, sont définis par une convention collective (article 1^{er}), ou, à défaut, par une convention individuelle (article 22)⁴⁹².

492. Pour une analyse du système conventionnel polynésien, voir *infra* Deuxième Partie – Titre II – Chapitre 1 – Section 2. *L'exercice légal de la médecine*.

Dénoncée par les trois régimes de la Caisse de prévoyance sociale⁴⁹³, la convention collective de 2009 devait prendre fin le 22 janvier 2012. Après des mois de négociations infructueuses, organisées sous l'égide du Ministre de la Santé et de la Solidarité en charge de la Protection Sociale Généralisée, autour d'une convention médicale collective, la Caisse de prévoyance sociale proposait aux médecins libéraux précédemment conventionnés, d'adhérer à la convention individuelle type (§ 1), dont le contenu soulève de nombreuses interrogations (§ 2).

§ 1 – La mise en place difficile de la convention individuelle de 2012

La délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes dispose en son article 3-5° que le Conseil de l'Ordre est saisi de « tout projet concernant la réglementation de la profession y compris les conventions de régulation de la profession ». La délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1995 portant Code de déontologie médicale dispose également, en son article 83, alinéa 4, que « toute convention ou renouvellement de convention avec un des organismes prévus au premier alinéa [dont notamment la Caisse de prévoyance sociale], en vue de l'exercice de la médecine, doit être communiqué à la section locale de l'Ordre national des médecins, de même que les avenants et règlements intérieurs lorsque le contrat y fait référence. Celle-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 »

C'est à ce titre que le Conseil de l'Ordre sollicitait, par courrier n° RW/cg/L.2011-880 du 22 décembre 2011, le Directeur de la CPS et, suite à son silence, par courrier n° RW/cg/L 2012-050 du 17 janvier 2012, afin que lui soit transmis le projet de convention faisant l'objet de négociations.

Par courrier n° CS-SRC-11-001358 du 18 janvier 2012, la CPS, d'une part, transmettait au Conseil de l'Ordre un projet de convention collective bien que celle-ci n'ait, à ce jour, jamais été destinée à faire l'objet d'un arrêté d'approbation au regard de l'échec des négociations; d'autre part, informait le Conseil de l'Ordre de l'adoption par le Conseil des ministres de l'arrêté approuvant le projet de convention individuelle type destinée à organiser les rapports entre le médecin libéral et la CPS. Il en résulte qu'en dépit de l'obligation de saisir le Conseil de l'Ordre pour avis concernant la dite convention individuelle, celle-ci a fait l'objet d'une approbation par arrêté pris en Conseil des ministres. Aussi le Conseil de l'Ordre ne pouvait dès lors rendre un avis à ce sujet qu'après l'approbation même du projet par le Conseil des ministres, contrairement à ce que prévoit la délibération n° 2004-42 APF précitée.

Tel avait également été le cas au sujet de la convention collective signée

493. La dénonciation par les trois régimes de protection sociale a été notifiée au Syndicat des médecins libéraux de la Polynésie française le 3 mars 2011 ainsi que le rappel le Tribunal administratif de la Polynésie française dans son jugement n° 1200052, 1200062 du 29 mai 2012.

entre la CPS et le Syndicat des médecins libéraux de la Polynésie française (SMLPF) en 2009. Le Conseil de l'Ordre avait demandé, en 2008, à la CPS de lui transmettre le projet pour avis et s'était heurté à un refus de celle-ci, au mépris même des dispositions de l'article 3-5° de la délibération n° 2004-42 APF et de l'article 83 de la délibération de 96 susmentionnées. Placé devant le fait accompli, le Conseil de l'Ordre avait pris le parti de ne pas mettre en cause l'ensemble de la convention au risque de perturber ainsi le fonctionnement du système de santé.

Il ne fait aucun doute que la décision du Conseil des ministres aurait été tout autre si l'avis du Conseil de l'Ordre avait pu lui être fourni, ce qui n'a pas été le cas, faute d'avoir été saisi.

Néanmoins, le Conseil de l'Ordre, par lettre n° RWF/DC/cg.2012.L012 du 2 février 2012, dont le Ministre de la Santé et de la Solidarité figure au nombre des destinataires, estimait la convention individuelle anti-déontologique et recommandait aux médecins de ne pas la signer.

En raison d'une part de la reprise des négociations entre la CPS et le SMLPF, et d'autre part de l'attente de la décision du Tribunal administratif quant aux recours formés par le SMLPF, le Conseil a, dans un premier temps, décidé de donner toutes ses chances au dialogue social.

Le Conseil de l'Ordre rencontrait la direction de la CPS le 3 juillet 2012, pour établir une lecture commune provisoire de la convention individuelle en raison :

- des risques pesant sur l'état de santé de la population qui ne se soigne plus ;
- de la remise en cause de notre système de santé, la survie même de la médecine libérale (ainsi que des nombreux emplois qu'elle génère) étant gravement menacée ;
- de la fin imminente de la commission de régulation des conventionnements

Il convient ici de rappeler :

- d'une part, que le Président du COMPf déclarait, à la fin de ce communiqué, que le COMPf se réservait le droit de contester ladite convention si besoin est ;
- d'autre part, que par communiqué du 7 juillet suivant, le COMPf rappelait son opposition tant au principe même de la convention individuelle puisqu'aliénant l'indépendance professionnelle des médecins qu'aux stipulations même de ladite convention. Il ne s'agit donc pas ici d'interpréter le communiqué du 3 juillet comme un blanc-seing adressé à la CPS pour la reprise de ces stipulations dans les prochaines conventions ;
- enfin, que le COMPf s'était inspiré des recommandations du Conseil National de l'Ordre des médecins (CNOM) concernant la signature de contrats de travail au sein d'établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes dits « contrats EHPAD » : le CNOM autorisait la signature de tels contrats à condition de faire mention de réserves déontologiques⁴⁹⁴.

Par jugement n° 1200052, 1200062, rendu en date du 29 mai 2012, le

494 Recommandations du CNOM relatives à la signature des contrats EHPAD : <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/ehpad-signature-d-un-contrat-type-1060>

Tribunal administratif de la Polynésie française rejetait le recours formé par le Syndicat des médecins libéraux de la Polynésie française.

L'argumentaire développé par le SMLPF au soutien de sa requête se constituait comme suit :

1) Illégalité externe de la convention individuelle

- absence de dénonciation de la convention collective ;
- illégalité de l'institution des trois régimes de protection sociale ;
- défaut de base légale de la convention individuelle au regard des dispositions de la délibération n° 95-109 AT du 3 août 1995 modifiée ;
- absence de publication des annexes de la convention conformément aux dispositions de l'article 2 de la délibération n° 95-109 AT du 3 août 1995 susmentionnée ;
- délégation illégale d'un pouvoir de l'Assemblée de la Polynésie française, l'article 5 de la délibération n° 95-109 AT précitée renvoyant à la convention le soin de définir les sanctions conventionnelles applicables ;
- incompétence du signataire liée à l'absence d'habilitation du directeur de la Caisse de prévoyance sociale ;

2) Illégalité interne de la convention individuelle

- atteinte à la liberté de prescription par les stipulations de l'article 6-4 de la convention individuelle ;
- atteinte au principe du libre choix du praticien par le patient par les stipulations de l'article 7 alinéa 3 de la convention individuelle prévoyant la possibilité pour la Caisse de refuser la prise en charge des soins à domicile ;
- atteinte aux droits de la défense et aux dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales au regard des sanctions conventionnelles et la procédure minimale instituées par l'article 13§1, 13§2 A et B de la convention individuelle ;
- illégalité des stipulations de l'article 18 de la convention individuelle relative à la révision unilatérale des tarifs d'honoraires et frais accessoires par la Caisse de prévoyance sociale ;
- violation de la loi du 6 janvier 1978 et du secret médical par l'article 24 de la convention individuelle relative à la télétransmission des feuilles de soins électroniques en ce qu'elle permet la transmission automatisée d'informations nominatives de données relatives aux patients ;
- méconnaissance du secret médical par la mise en place et la transmission du dossier de suivi médical par l'article 30 de la convention individuelle ;
- violation de la présomption d'innocence par les stipulations du dernier alinéa de l'article 7 de la convention individuelle permettant à la Caisse de faire connaître aux ressortissants, par tout moyen, les sanctions conventionnelles prononcées à l'encontre du médecin adhérent.

Le Tribunal administratif de la Polynésie française, dans son jugement n° 1200052, 1200062 du 29 mai 2012 a écarté les moyens développés par le SMLPF à l'exception de la violation de la présomption d'innocence par les stipulations du dernier alinéa de l'article 7 de la convention individuelle type approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012. Dans le cadre de l'appel

du jugement précité interjeté par le SMLPF, le COMPf, par délibération du 28 février 2012 a décidé de se porter intervenant volontaire au soutien de ce dernier. La Cour administrative d'appel de Paris sera, a priori, amenée à se prononcer dans le courant de l'année 2013.

§ 2 – Une convention individuelle contestable

L'analyse de la convention individuelle type approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 soulève de nombreuses difficultés.

Sous-paragraphe 1 – La légalité externe de l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 remise en cause

Comme il l'a été précédemment expliqué, le Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française n'a été saisi, pour avis, de la convention individuelle, qu'après son approbation par arrêté pris en Conseil des Ministres, au mépris des dispositions du Code de déontologie de la PF et de la délibération de 2004.

Or, les stipulations des conventions médicales, et, en l'espèce, de la convention individuelle, intéressant l'exercice même de la médecine libérale, la saisine du COMPf en vertu des délibérations de 1996 et de 2004 précitées, constitue une formalité substantielle conditionnant la validité de l'acte. Aussi, il ne fait pas réellement de doute que le « législateur » polynésien ait entendu faire de la saisine préalable du COMPf, en ce qui concerne les conventions médicales, une formalité substantielle dont le non-respect est de nature à entraîner l'annulation de l'acte⁴⁹⁵. On peut également estimer que, les conventions médicales, impactant par nature la patientèle, le juge administratif doit veiller au respect d'une telle formalité⁴⁹⁶. En effet, dès lors que la déontologie médicale a été instaurée dans l'intérêt des patients⁴⁹⁷, eu égard au rôle de gardien confié à l'Ordre des médecins, sa saisine est de nature à garantir les intérêts de ces derniers.

En l'absence de mention, dans les visas de l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012, de l'avis du COMPf, le juge administratif aurait dû rechercher si, d'une part, ce dernier avait été saisi, et d'autre part, si le projet de convention individuelle avait emporté ou non son approbation⁴⁹⁸ et ainsi annuler le dit arrêté.

Sous-paragraphe 2 – Le contenu contestable de la convention individuelle

495. CE, 7 août 1909, *Winkell*.

496. CE, 27 juillet 1984, *Baillou*. Rec. p. 306.

497. Article 4 du CDM métropolitain et de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale.

498. S'il est admis que l'erreur dans les visas d'un acte n'est pas de nature à l'entacher d'illégalité (voir CE, 5 avril 2002, SCP Patrick Coulon, Eric Laurent, Jean-Christophe Augustin et SCP Jean-François Gaillard, Emmanuel Mauris, req. N° 221890), ce principe ne peut être utilement invoqué et appliqué en l'espèce, le COMPf, comme expliqué *supra*, n'ayant pas été saisi.

Le contenu de la convention individuelle type approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 a suscité l'irritation des médecins libéraux et du COMPF dans la mesure où celle-ci porte atteinte :

- aux droits du patient (1);
- aux droits de la défense (2);
- à l'organisation juridictionnelle et à la bonne administration de la justice (3);
- aux prérogatives de l'Ordre des Médecins de la Polynésie française (4);
- au domaine législatif (5);
- à la déontologie médicale (6);
- la délibération n° 95-109 AT du 3 août 1995 modifiée relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la Caisse de prévoyance sociale (7).
- aux principes contractuels (8);

1) L'atteinte aux droits, libertés et intérêts du patient

La convention individuelle type approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 comporte un certain nombre de stipulations restreignant la liberté de choix du praticien par le patient (a) ainsi que son droit d'accès direct à son dossier médical (b), et imposant au médecin adhérent une violation du secret professionnel (c).

a) L'atteinte à la liberté de choix du praticien par le patient, principe général du droit

L'article 28 § 2, 2°, alinéa 9, de la convention individuelle type stipule qu'«en dehors de l'urgence et en cas d'impossibilité d'accéder à son médecin référent ou spécialiste correspondant, le patient consulte son remplaçant ou le cas échéant son associé».

Le Conseil d'État dans son arrêt Syndicat national des médecins électroradiologues, du 19 novembre 1962, avait estimé que la liberté de choix du praticien par le patient est un principe général du droit et donc s'impose à l'Administration. Seule une loi peut y déroger⁴⁹⁹. La Cour de cassation, un an plus tard, en faisait «un principe d'ordre public»⁵⁰⁰.

De plus, l'article 6 de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale dispose «Le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin. Il doit lui faciliter l'exercice de ce droit». Cela implique pour le médecin référent empêché d'indiquer à son patient ses confrères les plus à même de traiter la pathologie dont il souffre pendant la durée de son

499. Voir également CE, 18 février 1999, *RFDA* 1999, 47, note Joyau.

500. Cass. Ch. réunies, 16 mai 1963, n° 61-90673, *Bull. Civ.*, n° 4, *D.* 1963, p. 437; Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 1989.

absence. Il ne s'agit en aucun cas pour le médecin d'exiger de son patient qu'il consulte son associé.

Or, en l'absence de réglementation, en Polynésie française, relative tant à la désignation d'un médecin traitant par le patient qu'au mécanisme l'y incitant, une convention, contrat conclu entre l'organisme de protection sociale et le médecin libéral, ne peut valablement se substituer au législateur pour déroger à un principe général du droit.

En l'espèce, l'article 28 § 2, 2°, alinéa 9, interdit au patient, sous peine de perdre le bénéfice du tiers payant, de consulter un autre médecin que le remplaçant ou l'associé de son médecin référent empêché.

Il est également à noter que les contrats d'associations des médecins peuvent constituer un obstacle à l'obligation conventionnelle imposant au patient de consulter l'associé du médecin référent empêché, lorsque celui-ci, pour des raisons qui lui sont propres, refuse de consulter son remplaçant, dans la mesure où :

- les médecins, au sein d'un cabinet de groupe, d'une société d'exercice libéral ou autre, n'exercent pas nécessairement dans la même discipline. Tel est, par exemple, le cas des sociétés civiles de moyens ;
- ceux-ci peuvent valablement exclure la mise en commun de la patientèle ou des honoraires.

Il en va de même en ce qui concerne l'article 7 de la convention individuelle. En effet, celui-ci stipule en son alinéa 3 qu'« en cas de traitement ou de soins à domicile, si un ressortissant fait appel, sans motif justifié sur le plan des techniques médicales, à un médecin qui n'exerce pas dans la même commune ou, à défaut, dans la commune la plus proche, sous réserve des dispositions réglementaires relatives aux zones de conventionnement des professionnels de santé du secteur privé, l'organisme payeur ne participe pas aux dépenses supplémentaires pouvant résulter de ce choix ».

Le Tribunal administratif de la Polynésie française, dans son jugement n° 1200052, 1200062 du 29 mai 2012, a considéré que cette stipulation « n'interdit nullement de recourir à un médecin ne résidant pas dans la commune du patient, et ne prévoit pas l'absence de remboursement des dits soins mais que seules les dépenses supplémentaires engendrées par le choix de ce médecin, non justifiées médicalement, restent à la charge du patient, conformément aux objectifs de maîtrise des dépenses des coûts de la santé ».

Toutefois, nombre de patients polynésiens faisant l'objet de soins à domiciles ne peuvent supporter financièrement les frais découlant du choix d'un médecin conventionné ne résidant pas dans leur commune. Cette stipulation est susceptible à rendre illusoire l'exercice de la liberté de choix du praticien par le patient et donc de nature à entraîner l'annulation de l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 qui l'approuve⁵⁰¹.

b) Sur l'atteinte au droit d'accès direct au dossier médical

501. CC, n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*.

L'article 30 alinéa second de la convention individuelle stipule que «le patient a accès aux informations contenues dans son dossier par l'intermédiaire d'un médecin».

L'article L. 1111-7 du Code de la santé publique, dans sa version applicable en Polynésie française dispose ainsi : «Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenus par des professionnels et établissement de santé, qui sont formalisées et ont contribué à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou d'une action de prévention, ou on fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels».

L'article 6 II de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, rendue applicable en Polynésie française par l'ordonnance n° 2009-536 du 14 mai 2009 (article 27 I), dispose en son article 6 II que «les informations à caractère médical sont communiquées à l'intéressé, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet, dans le respect des dispositions de l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique».

Également, l'article 43 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose : «Lorsque l'exercice du droit d'accès s'applique à des données de santé à caractère personnel, celles-ci peuvent être communiquées à la personne concernée, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne à cet effet, dans le respect des dispositions de l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique».

Aussi, le patient polynésien, à l'instar du patient métropolitain, dispose d'un droit d'accès direct à l'ensemble des données relatives à sa santé, sans avoir obligatoirement recours à un intermédiaire, fut-il son médecin traitant. La subordination, de l'accès au dossier médical par un patient, à la présence d'un médecin, n'est admise que lorsque sa consultation présente des risques d'une gravité particulière⁵⁰².

Ainsi, une convention ne peut valablement limiter l'exercice d'un droit reconnu au patient par la loi. Une simple convention ne saurait se substituer au Législateur.

c) L'atteinte au secret professionnel

Tout d'abord, l'article 9-4 c de la convention individuelle stipule que «le médecin indique sur l'imprimé type avis d'arrêt de travail [...] le Code [...] type CIM 10».

Ensuite, l'article 10 de la même convention prévoit que «lorsque le médecin rédige une prescription en dehors des indications thérapeutiques ouvrant droit à remboursement [...], il doit [...] préciser le contexte dans lequel la prescription est délivrée».

Également, l'article 24 instaure le principe de transmission de la feuille de soin électronique.

502. CE, 10 avril 2009, n° 298793 ; CE, 10 avril 2009, n° 289794 ; CE, 10 avril 2009, n° 289795.

Enfin, son article 28 § 1^o stipule ainsi « Le médecin référent peut demander au médecin-conseil de la CPS de convoquer un malade particulièrement difficile à prendre en charge afin que lui soient ré-expliqués ses devoirs et obligations ».

La lecture de ces articles appelle, de la part du Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française, les remarques suivantes :

- L'article 9-4 c renvoi à la Classification Internationale des Maladies, 10^e version. L'inscription du Code type CIM 10 sur l'avis d'arrêt de travail permet au destinataire de connaître précisément la pathologie ayant nécessité un arrêt de travail au bénéfice du patient. Toutefois, l'employeur figurant au nombre des destinataires de l'arrêt de travail, ainsi que tout autre agent de la CPS, et la classification étant aisément consultable, celui-ci aura donc accès à des informations relatives à la santé du patient ;
- L'article 10 impose au médecin, lors de la rédaction de prescriptions le contexte dans lequel la précision est délivrée. Il s'agit ainsi de développer sur la pathologie dont souffre le patient ;
- Seul l'article 24 traite de la feuille de soin électronique sans en définir le modèle ni les conditions d'utilisation ;
- L'article 28 § 1^o impose au médecin d'expliquer au médecin-conseil de la CPS les raisons pour lesquels le patient ne respecte pas ses obligations.

Or, d'une part, les médecins sont tenus, au sens des dispositions de l'article 226-13 du Code pénal, au secret professionnel. Cette obligation est « générale et absolue »⁵⁰³ et « il n'appartient à personne de les en affranchir »^{504/505}.

D'autre part, l'article 4 de la délibération n° 95-116 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale dispose que « 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 ».

Ainsi, le médecin adhérent à la convention individuelle type, en respectant ses obligations conventionnelles, à savoir, d'une part d'inscrire « le Code [...] type CIM 10 » (article 9-4 c), ce qui revient à indiquer le type de pathologie dont le patient souffre, d'autre part de « préciser le contexte dans lequel la prescription est délivrée » (article 10) et enfin, d'expliquer au médecin-conseil les raisons pour lesquels le patient ne respecte pas ses obligations (article 28 § 1^o), violerait tant les dispositions de l'article 226-13 du Code pénal que de l'article 4 du Code de déontologie médicale applicable en Polynésie française.

Il en va de même en ce qui concerne l'utilisation de la feuille de soin électronique. Le Tribunal administratif de la Polynésie française a estimé, dans son jugement n° 1200052, 1200062 du 29 mai 2012 que la feuille de soin ne constitue qu'un élément de facturation. Or, en l'absence de toute précision quant aux informations qu'elle doit contenir, celle-ci est susceptible, lorsqu'elle sera instaurée, de violer le secret médical, notamment en comportant les informations

503. Cass. Crim., 19 décembre 1885, Watelet et Dallet, gérant du journal le *Matin*, c/ Min. publ. S. 1886, 1, p. 347 ; Cass. Crim., 8 avril 1998, Bull. crim. n° 138.

504. Cass. Crim., 5 juin 1985, Bull. Crim. n° 138.

ci-dessus explicitées découlant des articles 9-4 c, 10 et 28 § 1, 1° de la convention individuelle.

2) Sur la violation des droits de la défense

La procédure de sanctions prononcées par la Caisse de prévoyance sociale, à l'égard du médecin signataire est de nature à faire naître un doute à l'égard de l'impartialité du «juge» (a) et porte potentiellement atteinte à la présomption d'innocence (b).

a) Le doute quant à l'impartialité du «juge» et la mise en place d'une procédure minimale

L'article 13§1 de la convention individuelle prévoit les sanctions susceptibles d'être infligées aux médecins en cas de violation de leurs obligations conventionnelles. Il s'agit en l'espèce :

- blâme ;
- avertissement ;
- déconventionnement.

L'article 13§2 de la même convention instaure une procédure relative à l'application de sanctions conventionnelles. À cet effet, l'article 13§2, A, stipule en son huitième alinéa que la Caisse «doit au préalable communiquer ses constatations audit médecin qui dispose d'un délai d'un (1) mois pour présenter ses observations éventuelles ou être entendu à sa demande par le directeur de la Caisse ou ses représentants».

Le Tribunal Administratif de la Polynésie française, dans son jugement n° 1200052, 1200062 du 29 mai 2012 a considéré le respect du principe du contradictoire dans la procédure visant à sanctionner le médecin conventionné constituait une garantie suffisante eu égard au respect des droits de la défense.

Or, il en ressort que la Caisse de prévoyance sociale est représentée par son directeur. La procédure ainsi mise en place est de nature à faire naître un sérieux doute quant à l'impartialité de l'autorité prononçant la sanction. En effet, la Caisse étant partie à la convention se trouve également en position de juge. Le médecin, bien qu'étant placé à même de présenter ses observations ou d'être entendu par le directeur de la Caisse, et pouvant former un recours devant le tribunal administratif, se voit privé du droit élémentaire à un procès équitable et impartial, se fut-il agi de violation d'obligations conventionnelles, au regard de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

En effet, le Conseil d'État tend à veiller au strict respect des droits de la défense. À ce titre, il a estimé qu'eu égard au principe général du caractère contradictoire de la procédure et aux droits de la défense, un plaignant ne pouvait se trouver en position de juge⁵⁰⁵. De la même façon, le Conseil d'État a estimé que le fait, pour un magistrat, membre de la famille d'un conseiller municipal, siégeant dans une affaire où sa commune est la partie requérante, est de nature

505. CE, 14 janvier 1981, n° 12026.

à faire naître un doute sérieux quant à son impartialité et donc à entraîner l'annulation du jugement⁵⁰⁶.

Il est cependant à noter qu'en France métropolitaine, si un mécanisme de sanctions est bien instauré par l'article L. 145-2 du Code de la Sécurité sociale, celles-ci sont prononcées par la section des assurances sociales de la chambre disciplinaire de première instance.

Enfin, au contraire des dispositions de l'article 5 de la délibération n° 95-109 AT du 3 août 1995 modifiée relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la Caisse de prévoyance sociale prévoyant l'intervention d'une commission paritaire chargée d'examiner les pratiques du médecin conventionné susceptibles de faire l'objet de sanctions, la convention individuelle n'instaure qu'une procédure minimale en la matière. À cet effet, les modalités d'audition ne sont, par exemple, pas définies. Elle n'est donc pas de nature à garantir aux médecins conventionnés le strict respect des principes inhérents aux droits de la défense.

Aussi, le Tribunal administratif de la Polynésie française était, selon toute logique, tenu d'annuler l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 en ce qu'il approuve une convention individuelle type établissant une procédure de sanction des médecins conventionnés contraire aux principes d'impartialité du juge et aux garanties minimales des droits de la défense.

b) L'atteinte à la présomption d'innocence

L'article 7, en son dernier alinéa, de la convention individuelle stipule que «[l]a Caisse peut faire connaître aux ressortissants par tout moyen mis à sa disposition (publication dans la presse, communiqué, internet, etc.), les sanctions conventionnelles prononcées à l'encontre du médecin signataire».

Le Tribunal administratif de la Polynésie française, dans son jugement n° 1200052, 1200062 du 29 mai 2012 a considéré que les stipulations précitées étaient illégales, dans la mesure où «la détermination des sanctions devant faire l'objet d'une publicité et les formes et les conditions de celle-ci doivent être définies avec une précision suffisante; que les stipulations précitées ne déterminent ni les cas dans lesquels une publicité sera organisée, ni les modalités de cette organisation et ne contiennent aucune précision sur le caractère définitif des sanctions pouvant être publiées». *A contrario*, le Tribunal administratif de la Polynésie française considère que les sanctions prononcées par la Caisse de prévoyance sociale à l'encontre du praticien conventionné peuvent faire l'objet d'une publication, dès lors que les conditions d'une telle publication sont suffisamment déterminées, dans un but de bonne information des ressortissants de la Caisse.

Cependant, l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, l'article 9-1 du Code civil, ainsi que l'article préliminaire du Code de procédure pénale consacrent le principe de la présomption d'innocence selon lequel la culpabilité d'une personne ne peut être prononcée que par une

506. CE, 2 octobre 1996, n° 158463.

juridiction établie par la loi à l'issue d'un procès équitable et impartial.

Or, d'une part, la Caisse de prévoyance sociale ne dispose ni des attributs, ni de l'autorité d'un tribunal établis par la loi et n'est donc pas à même de se prononcer unilatéralement, indépendamment des observations du médecin ou de son audition, sur sa culpabilité. D'autre part, les décisions de la Caisse de prévoyance sociale, fussent-elles des sanctions conventionnelles prononcées à l'encontre du médecin signataire de la convention individuelle, ne revêtent pas l'autorité de la chose jugée et ne peuvent dès lors faire l'objet de publication.

Aussi, leur publication portent atteinte au principe constitutionnel de la présomption d'innocence et sont susceptibles, en outre, de porter atteinte à l'honneur du praticien. Le Tribunal Administratif de la Polynésie française, bien qu'ayant annulé les stipulations du dernier alinéa de l'article 7 précité, était tenu d'en consacrer la prohibition totale.

3) Sur l'atteinte à l'organisation juridictionnelle et à la bonne administration de la justice

Aux sens des dispositions de l'article 14 2° de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, l'État est seul compétent en matière de « garantie des libertés publiques ; justice : organisation judiciaire, aide juridictionnelle [...] droit pénal, procédure pénale ».

Aussi, la Polynésie française ne saurait valablement, par les délibérations de son Assemblée ou les actes du gouvernement, porter atteinte à l'organisation juridictionnelle française. En l'espèce, l'arrêt n° 62/CM du 19 janvier 2012 approuvant le projet de convention individuelle type destinée à organiser les rapports entre le médecin libéral et la Caisse de prévoyance sociale attribuée à cette dernière des compétences tant en matière pénale (a) qu'en matière disciplinaire (b). Enfin, ladite convention instaure également un cumul des peines (c).

a) L'atteinte aux compétences du juge pénal

L'article 13§2, A, de la convention individuelle type approuvée par l'arrêt n° 62/CM du 19 janvier 2012 énumère les « manquements répétés aux règles conventionnelles à caractère purement administratif ou financier », susceptibles d'entraîner l'application des sanctions prévues à l'article 13§1 de la même convention, au titre desquels figure les « fausses factures ». Il en ressort que la Caisse de prévoyance sociale, se voit attribuer par ladite convention individuelle le rôle de qualifier pénalement un acte et d'en sanctionner, par la voie disciplinaire, l'auteur.

Or, d'une part, l'article 381 du Code de procédure pénale dispose que le tribunal correctionnel connaît des délits, catégorie à laquelle appartiennent l'établissement et l'usage de fausses factures au sens des dispositions de l'article 441-1 du Code pénal. D'autre part, l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des Droits l'Homme et des Libertés fondamentales dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui

décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle». Il est constant que la qualification pénale d'un acte ainsi que la peine applicable ne peuvent être prononcées que par une juridiction pénale.

De plus, comme précédemment développé, le fait que la Caisse de prévoyance sociale se trouve en position de plaignante et de juge est de nature à faire naître un doute suffisant quant à l'impartialité du jugement entrant dès lors en contradiction avec les dispositions de l'article 6 § 1 susmentionné.

Aussi, dans le cadre de la répression des crimes et délits, un arrêté pris en conseil des ministres ne saurait valablement, sans méconnaître ses compétences ainsi que les principes généraux inhérents aux droits de la défense, attribuer à une partie à la convention individuelle destinée à organiser les rapports entre le médecin libéral et la Caisse de prévoyance sociale, le rôle de qualifier pénalement un acte et d'en prononcer la sanction.

b) L'atteinte aux compétences de la chambre disciplinaire de l'Ordre des médecins

Comme précédemment indiqué, l'article 13§1 de la convention individuelle fixe une liste des sanctions pouvant être prononcées par la Caisse de prévoyance sociale à l'encontre du médecin signataire, à savoir: le blâme, l'avertissement et le déconventionnement.

Or, il est constant que le blâme et l'avertissement constituent des sanctions disciplinaires. À cet effet, de telles sanctions ne sont prononcées, en France métropolitaine, que par la section des affaires sociales de la chambre disciplinaire au sens des dispositions de l'article L. 145-2 du Code de la Sécurité sociale et non par le directeur de l'organisme de protection sociale, celui-ci ne pouvant prononcer que des sanctions financières telles que le reversement d'honoraires.

En effet, en matière disciplinaire, la compétence exclusive appartient à la chambre disciplinaire de première instance du Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française, ainsi que la chambre disciplinaire d'appel du Conseil national de l'Ordre des médecins⁵⁰⁷ au sens de l'article 1^{er} de la délibération n°96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale.

La Polynésie française serait tentée de répondre que de telles sanctions sont prévues par la délibération n°95-109 AT du 3 août 1995 modifiée relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la Caisse de prévoyance sociale. Toutefois, aucune disposition de ladite délibération n'attribue à la Caisse de prévoyance sociale l'édiction de telles sanctions. En effet, l'article 5 3° prévoit l'établissement d'une commission à cet effet.

Il ressort donc des stipulations de ladite convention que la Caisse de prévoyance sociale se voit attribuer, par un arrêté pris en conseil des ministres, une compétence, en matière disciplinaire, appartenant exclusivement à la chambre disciplinaire de l'Ordre des médecins de la Polynésie française.

507. Voir en ce sens: CE, 16 décembre 1970, Ferreux, n°78079; CE, 22 octobre 1975, Cintrat, n°92782.

c) La mise en place d'un cumul des peines

L'article 13§1 de la convention individuelle stipule en son second alinéa que le déconventionnement «peut être assorti du sursis sans confusion des mesures précédentes en cas de nouveau déconventionnement». Il s'agit alors d'appliquer au médecin signataire une double sanction : le déconventionnement assorti d'un avertissement ou d'un blâme.

Or, le principe *non bis in idem* fait obstacle, le cumul des sanctions disciplinaires pour les mêmes faits étant prohibé⁵⁰⁸. Aussi, un médecin violant ses obligations conventionnelles ne saurait se voir sanctionner deux fois pour les mêmes faits.

4) Le non-respect des prérogatives de l'Ordre des médecins de la Polynésie française

La convention individuelle, simple contrat, en vigueur attribuée à l'une des parties signataires des prérogatives apparentant à l'Ordre des médecins. Il s'agit notamment du contrôle des conditions (a) et règles (b) relatives à l'exercice du remplacement, ainsi que de la fixation des honoraires (c).

a) Le contrôle des conditions relatives à l'exercice du remplacement

L'article 6-2 de la convention individuelle type stipule : «Il appartient au médecin de vérifier que son remplaçant remplit bien toutes les conditions nécessaires à l'exercice du remplacement».

Il en ressort que le médecin signataire de la convention individuelle se voit imposer l'obligation conventionnelle de vérifier que son remplaçant remplit bien les conditions pour pouvoir effectuer ce remplacement. Or, aucune disposition légale ou réglementaire ne fait peser une telle obligation à la charge du médecin, celui-ci ne disposant pas des moyens nécessaires à cette vérification, cette mission ayant été dévolue au Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française.

En effet, tout d'abord, l'article 1^{er} 1° de la délibération n°96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale dispose que le Conseil de l'Ordre des médecins «Veill[e] au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine, [...] et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels et des règles édictées par les Codes de déontologie applicables à [la] profession».

Ensuite, l'article 65 alinéa 2 de la même délibération dispose qu'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 remplissant les conditions réglementaires en vigueur et ayant obtenu l'autorisation du Président du gouvernement du territoire après avis de la section locale du Conseil de l'Ordre national des médecins.

508. Cass. Soc. 12 mars 1981, n°79-41.110.

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 durée du remplacement».

Également, la délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, chirurgiens-dentistes et des sages-femmes dispose en son article 32 alinéa 3 que « [l]e praticien qui effectue un remplacement en Polynésie française doit produire une attestation d'inscription au tableau de l'Ordre auprès duquel il est inscrit ou une licence de remplacement délivrée par l'instance ordinale compétente ».

Enfin, l'article 67 de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 modifiée relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, ayant repris les dispositions de l'article L. 462 de l'ancien Code de la santé publique⁵⁰⁹, dispose que les médecins « qui demandent leur inscription au tableau de l'Ordre des médecins [...], devront communiquer au conseil de l'Ordre intéressé les contrats ayant pour objet l'exercice de leur profession et, s'ils ne sont pas propriétaires de leur matériel et du local dans lequel ils exercent ou exerceront leur profession, les contrats leur mettant l'usage du matériel et du local ».

Le Conseil d'État, en mars 2000⁵¹⁰ a estimé d'une part, « qu'il résulte des dispositions de l'article L 462 du Code de la santé publique que les médecins doivent communiquer au conseil départemental de l'Ordre dont relèvent les contrats et avenants » ayant pour objet l'exercice de leur profession ; d'autre part, que par le jeu combiné des dispositions précitées, qu'il appartient « aux instances compétentes de l'Ordre des médecins de s'assurer que les contrats de remplacement qui leur sont soumis ne conduisent pas à une méconnaissance des règles déontologiques ».

Dès lors, une convention ou un arrêté pris en conseil des ministres ne saurait valablement imposer au médecin de se substituer au Conseil de l'Ordre des médecins auquel a été confié le rôle de vérifier que le médecin remplaçant remplit les conditions nécessaires à l'exercice du remplacement.

b) L'édition de nouvelles règles relative à l'exercice du remplacement

L'alinéa 5 de l'article 6-2 stipule que « le [médecin] remplaçant ne peut exercer une activité propre et indépendante durant toute la période de remplacement ».

La délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages femmes attribue au conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française, en son article 3, le rôle de veiller « au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine, [...] et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels et des règles édictées par les Codes de déontologie applicables à [la] profession ».

Aussi, il appartient, à ce titre, au Conseil de l'Ordre des médecins de la

509. Abrogé par l'ordonnance n° 2000-538 du 15 juin 2000.

510. CE, 20 mars 2000, n° 196915.

Polynésie française d'apprécier si un médecin remplaçant peut exercer ou non une activité propre et indépendante.

De plus, l'article 26, de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale, dispose qu'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 ».

À ce titre, le médecin libéral remplacé peut, par exemple, exercer les fonctions de directeur ou président directeur général d'un établissement de soin privé ou d'une maison de retraite⁵¹¹.

L'arrêt n° 62/CM du 19 janvier 2012 en ce qu'il approuve un projet de convention individuelle type destiné à organiser les rapports entre le médecin libéral et la Caisse de prévoyance sociale ne saurait donc ôter au Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française son rôle de gardien de la déontologie médicale.

c) Le contrôle de la fixation des honoraires

L'article 12 de la convention individuelle entend encadrer les dépassements d'honoraires praticables par le médecin signataire de la convention. L'article 13§2 B de la convention individuelle stipule que les manquements à la règle du tact et de la mesure ainsi que de la continuité des soins peuvent faire l'objet de sanctions conventionnelles de la part de la CPS. Or, l'appréciation de la règle du tact et de la mesure dans la fixation des honoraires ainsi que du respect de la déontologie médicale quant à la continuité des soins est de la compétence exclusive du Conseil de l'Ordre des médecins.

En effet, premièrement, la délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages femmes attribue au conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française, en son article 3, le rôle de veiller « au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine, [...] et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels et des règles édictées par les Codes de déontologie applicables à [la] profession ».

Deuxièmement, la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale, en son article 53, dispose que « [l]es honoraires du médecin doivent être déterminés avec tact et mesure, en tenant compte de la réglementation en vigueur, des actes dispensés ou des circonstances particulière ».

Troisièmement, l'article 47 de la même délibération dispose que « quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée ».

Aussi, en l'absence de dispositions légale et réglementaire attribuant à la Caisse de prévoyance sociale un rôle de contrôle du respect de la déontologie médicale par le médecin, l'arrêt n° 62/CM du 19 janvier 2012 en ce qu'il

511. CE, 29 avril 1994, Ménégaux.

approuve un projet de convention individuelle type destiné à organiser les rapports entre le médecin libéral et la Caisse de prévoyance sociale ne saurait ôter au Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française son rôle de gardien de la déontologie médicale.

5) L'empiètement du domaine réglementaire sur le domaine législatif

La loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française dispose en son article 140 : « Les actes de l'assemblée de la Polynésie française, dénommés "lois du pays", sur lesquels le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique, sont ceux qui, relevant du domaine de la loi, soit ressortissent à la compétence de la Polynésie française en application de l'article 13, soit sont pris au titre de la participation de la Polynésie française à l'exercice des compétences de l'État dans les conditions prévues aux articles 31 à 36 ».

Il en ressort une répartition des domaines législatif et réglementaire conformément aux dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Au regard de la hiérarchie des normes juridiques de l'Ordre interne, si une « loi du pays » peut empiéter sur le domaine réglementaire⁵¹², le Juge administratif ne saurait admettre un empiètement du domaine réglementaire sur le domaine législatif en l'absence d'habilitation par la loi⁵¹³.

La définition des conditions d'exercice de la médecine tant en France métropolitaine qu'en Polynésie française relève du domaine législatif. Une convention individuelle type, contrat d'adhésion établit et proposé par l'organisme de protection social acquiert un caractère réglementaire de part son approbation par arrêté pris en conseil des ministres⁵¹⁴ et ne saurait dès lors définir les conditions d'exercice de la médecine (a), l'exercice du remplacement (b), ou encore déterminer la politique de santé publique à mettre en œuvre en Polynésie française (c).

a) Sur la définition des conditions d'exercice de la médecine

L'alinéa 5 de l'article 6-2 de la convention individuelle stipule qu'un médecin faisant l'objet d'un déconventionnement « ne peut se faire remplacer durant la durée de la sanction ».

L'article 21 de la même convention en son second alinéa prévoit que « [n]e peut adhérer que le médecin remplissant les conditions d'exercice définies par la réglementation en vigueur et par la présente convention ».

Or, comme indiqué précédemment, la définition des conditions d'exercice de la médecine relève exclusivement du domaine législatif. En Polynésie française, comme indiqué ci-dessus, cette définition ou son éventuelle modification ne

512. CE, 27 janvier 2006, Commune de Pajara, n° 286584.

513. CE Ass., 9 juillet 1971, Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, n° 76922.

514. CC n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, loi portant diverses dispositions relatives à la Sécurité sociale et à la santé.

peuvent donc intervenir que par le biais d'une « loi du pays ».

Elles sont, définies par les dispositions conjointes :

- de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 modifiée relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgiens-dentistes et des sages-femmes ;
- de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale ;
- de la délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes.

En l'espèce, le déconventionnement est une sanction purement contractuelle et ne retire donc en aucun cas au médecin déconventionné le droit d'exercer. Celui-ci conserve donc non seulement le droit d'exercer, mais également celui de se faire remplacer, le remplacement ne pouvant se faire que dans les conditions d'exercice du médecin remplacé, en l'occurrence hors conventionnement.

Ainsi, un arrêté pris en conseil des ministres, approuvant une convention individuelle destinée à organiser les rapports entre les médecins libéraux et l'organisme de protection sociale ne saurait valablement :

- définir de nouvelles conditions d'exercice de la médecine ou, d'autre part, attribuer à l'organisme de protection, par le biais d'une convention, d'un contrat d'adhésion, la compétence ;
- attribuer à un organisme de protection social, par le biais d'une convention, d'un contrat d'adhésion, une compétence dévolue à l'Assemblée de la Polynésie française.

b) Sur la définition de l'exercice du remplacement

L'alinéa 5 de l'article 6-2 de la convention individuelle type approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 stipule que « le médecin remplacé s'interdit toute forme d'exercice conventionnel rémunéré de son art ».

Or, l'article 65 alinéa 4 de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale dispose que « le médecin remplacé doit cesser toute activité médicale libérale pendant la durée du remplacement ».

Il en ressort que la convention individuelle type proposée par la CPS pose de nouvelles règles restrictives de remplacement non prévues par la loi. En effet, si le médecin remplacé ne peut avoir d'activité médicale libérale pendant la durée du remplacement, rien ne saurait l'empêcher, pendant la durée de son remplacement, de participer à des missions de santé publique par le biais d'une convention conclue la direction de la santé publique.

En Polynésie française, par le jeu combiné des articles 90, 91 et 140 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, la définition des conditions d'exercice de la médecine et de la déontologie médicale appartient au domaine législatif. Leurs définitions et leurs éventuelles modifications ne peuvent dès lors intervenir que par le biais d'une « loi du pays ».

Un arrêté ne saurait ainsi poser des conditions restrictives à l'exercice du

remplacement par un médecin définies à l'article 65 de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 susmentionnée.

c) Sur la définition des politiques de santé publique

L'article 28 § 3 de la convention individuelle approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 instaure un dispositif de protocole annuel de soins conditionnant la prise en charge de frais de santé des patients en « Longue Maladie ». À cet effet, il stipule qu'« à défaut d'accord pour la prise en charge en assurance « Longue Maladie » et de réception par le Service Médical de la Caisse du protocole de soins annuel, le patient ne pourra bénéficier ni de la prise en charge, ni du tiers-payant.

Toutefois, à l'examen des délibérations n° 74-22 AT du 14 février 1974 modifiée instituant un régime d'assurance maladie invalidité au profit des travailleurs salariés, n° 94-170 AT du 29 décembre 1994 modifiée instituant le régime d'assurance maladie des personnes non-salariées, et n° 95-262 AT du 20 décembre 1995 modifiée instituant et modifiant les conditions du risque maladie des ressortissants du régime de solidarité territorial, il ressort que l'établissement d'un protocole annuel de soins ne constitue pas une condition de prise en charge des frais de santé et de bénéfice du tiers payant pour le patient ».

Comme précédemment indiqué, la définition des conditions de prise en charge des patients par l'organisme de protection sociale relève du domaine législatif. Une nouvelle procédure de prise en charge des patients en « Longue Maladie » et notamment les conditions nécessaires tant à la prise en charge des frais de santé qu'au bénéfice du tiers-payant ne peut valablement être instaurée que par une « loi du pays » au sens des dispositions de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

Dès lors, tant un arrêté pris en conseil des ministres qu'une convention destinée à organiser les rapports entre les médecins libéraux et la Caisse de prévoyance sociale ne saurait mettre en place de nouvelles conditions de prise en charge des frais de santé des patients admis au titre de la « Longue Maladie » qui n'ont pas été prévues par les délibérations de l'Assemblée de la Polynésie s'y rapportant.

6) Sur les atteintes aux dispositions de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale

La déontologie médicale s'impose aux médecins inscrits au tableau⁵¹⁵. Ils ne sauraient en être affranchis, fut-ce par une convention les liant à l'organisme de protection sociale. Or, la convention individuelle, de part ses stipulations constitue une aliénation de l'indépendance professionnelle du médecin⁵¹⁶ (a). Elle

515. Art. CDM ; Délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale, art. 1^{er}.

516. Sur l'atteinte à l'indépendance professionnelle par le principe même de la convention individuelle, voir *infra* : Deuxième Partie – Chapitre II – Section 2 : *L'exercice légal de la médecine*.

est également de nature à mettre en péril la relation de confiance nécessaire entre le praticien et son patient (b). Elle introduit, en outre la notion de rémunération par forfait (c) prohibée par le Code de déontologie médicale. De nouvelles règles sont également posées en ce qui concerne la conservation du dossier médical du patient par le praticien (d). Enfin, elle peut, potentiellement entraîner un détournement de patientèle (e).

a) L'aliénation de l'indépendance professionnelle

L'article 5 de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale dispose que « [l]e médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit ». Le tribunal des conflits, dans un arrêt des 2000 a d'ailleurs érigé l'indépendance professionnelle en principe général du droit⁵¹⁷.

L'article 13 § 1 de la convention individuelle type approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 prévoit les sanctions susceptibles d'être infligées aux médecins en cas de violation de leurs obligations conventionnelles⁵¹⁸.

Le Tribunal administratif de la Polynésie française, dans son jugement n° 1200052, 1200062 du 29 mai 2012 estime que la procédure prévue à l'article 13 § 2 A et, *a fortiori*, les dispositions de l'article 13 § 1 précité concernent l'ensemble de la convention.

Il en ressort d'une part, que les obligations conventionnelles instaurées par ladite convention sont, dans une très grande majorité à la charge du médecin, la convention individuelle type constituant un contrat d'adhésion. Il convient à cet effet de noter qu'en France métropolitaine, la convention nationale des médecins approuvée par arrêté du 22 septembre 2011 prévoit, en contre partie des obligations imposées aux médecins, outre le remboursement des frais de santé des patients, une participation de la Caisse d'assurance maladie au financement des cotisations sociales dues par les médecins conventionnés en secteur à honoraires opposables (article 60). En Polynésie française, la seule contre partie proposée par la convention individuelle type approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 réside dans le remboursement des frais de santé des patients.

D'autre part, les sanctions, de nature financières et disciplinaires, en cas de manquement aux obligations conventionnelles ne peuvent frapper que le médecin signataire, aucune mesure à l'encontre de la Caisse, autre que la résiliation de la convention (article 22), n'étant prévu en cas de manquement par cette dernière à ses obligations conventionnelles.

Enfin, contrairement aux stipulations de la convention collective, la procédure ayant trait aux sanctions ne prévoit la consultation d'aucune commission paritaire. Elles sont donc laissées à l'entière discrétion du directeur de la CPS, au même titre que le seraient les sanctions disciplinaire à l'encontre d'un employé.

Le médecin signataire de la convention individuelle type se trouve dès lors en position de subordination vis-à-vis de la Caisse de prévoyance sociale sans pour

517. Confl. 14 février 2000, Ratinet, n° 02929.

518. Voir *supra*, 2) a).

autant bénéficier des dispositions légales relatives aux relations contractuelles entre l'employeur et l'employé. Cela est d'autant plus vrai dans la mesure où l'article 28§3 et 29 1° de la dite convention met en place les protocoles annuels de soins, qui pour donner lieu à une prise en charge par la Caisse de prévoyance sociale, doit recueillir l'accord de son service de contrôle. En effet, pour assurer la prise en charge de son patient par la Caisse de prévoyance sociale, le médecin signataire est tenu de respecter, en ce qui concerne notamment le diabète, l'asthme, le RAA et l'hypertension artérielle, les protocoles de soins annexés à ladite convention. L'indépendance de la décision médicale du médecin signataire se trouve ainsi remise en cause. Le Conseil d'État, dans un arrêt de 2009⁵¹⁹ rappelle d'ailleurs qu'«un directeur d'établissement ne pouvait légalement subordonner l'accomplissement d'actes médicaux par un praticien œuvrant au sein de son établissement à leur validation préalable par un chef de service». Une interprétation extensive de cette jurisprudence permet de mettre en lumière l'un des piliers fondamentaux de la médecine libérale qu'est l'indépendance de la décision médicale.

Il en va de même en ce qui concerne l'article 6-4 de la convention individuelle type, lequel prévoit la mise en place d'objectifs prévisionnels individualisés en ce qui concerne les prescriptions. À cet effet, lorsque la Caisse constate un écart de plus 50% en terme de nombre d'actes ou de patients par rapport à la moyenne pour une même spécialité, le médecin est susceptibles de faire l'objet de sanction. Il convient d'ailleurs de rappeler les conclusions du commissaire du gouvernement du 3 juin 2003 relatif à l'arrêté n° 513/CM du 16 avril 2003 portant approbation des délibérations n° 14 CG. RST du 14 avril 2003, n° 16 CA et n° 10 CA. RNS du 15 avril 2003 relatives à la convention individuelle type entre la Caisse de prévoyance sociale et le médecin libéral ayant été annulé par le Tribunal administratif de la Polynésie française en 2003⁵²⁰. Le commissaire du gouvernement avait estimé que le mécanisme de sanctions susceptibles de frapper les médecins dépassant les objectifs prévisionnels arrêtés contractuellement serait de nature à entraîner l'impossibilité pour le médecin «de poursuivre soit une thérapie pour un malade, soit à soigner le patient suivant puisqu'il ne sera pas autorisé à poursuivre plus avant les soins qu'il prodigue, dès lors qu'il a atteint son quota, et quel que soit les besoins de ses patients».

Ainsi, si l'article 8 de la délibération n°96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale dispose que le médecin doit limiter ses prescriptions à ce qui est nécessaire à la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins, celui-ci n'en reste pas moins libre. Or, les stipulations de la convention individuelle porte atteinte, en ce sens, à l'indépendance de la décision médicale auquel le médecin est tenu en vertu de l'article 5 précité de la délibération n°96-115 APF du 10 octobre 1996 susmentionnée.

Le Tribunal administratif, dans son jugement n° 1200052, 1200062 du 29 mai 2012 semble toutefois considérer acceptable les restrictions posée par l'article 6-4 à l'indépendance de la décision médicale et à la liberté de prescription du médecin, «pour des raisons de pure économie», en raison du principe de maîtrise

519. CE, 2 octobre 2009, n° 309247.

520. Tribunal administratif de la Polynésie française, 10 juin 2003, n° 0300257, 0300258, 0300259, 0300260.

raisonnée des dépenses de santé.

Aussi, le médecin, sous peine d'être sanctionné par la Caisse de prévoyance sociale, le médecin signataire est tenu de respecter les stipulations de la convention individuelle quand bien même celles-ci entreraient en contradiction avec les dispositions de la délibération n°95-116 APF du 10 octobre 1996 susmentionnée.

Le médecin, au regard du dispositif conventionnel instauré par la délibération n°95-109 AT du 3 août 1995 modifiée relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la Caisse de prévoyance sociale, a certes toujours la faculté de renoncer au conventionnement. Toutefois, en l'absence d'alternative viable à la convention individuelle type approuvée par l'arrêté n°62/CM du 19 janvier 2012, le médecin libéral se trouve contraint d'y adhérer. En effet, le conventionnement permet :

- d'une part une prise en charge adéquate des patients par l'intermédiaire du taux de remboursement et du système de tiers-payant ;
- d'autre par la survie du système de santé polynésien dans la mesure où, en son absence, la fréquentation des cabinets libéraux décroît sans pour autant engendrer un surcroît d'activité des structures de santé publique ;
- enfin, la survie même du secteur libéral. En effet, le médecin libéral, placé hors convention de manière non intentionnelle, se trouve rapidement dans une situation économique non viable pour la pérennité de son exercice. D'ailleurs, le Directeur de la CPS, expliquait, dans un article publié par l'un des quotidiens polynésiens, que serait proposé aux médecins conventionnés, une nouvelle annexe tarifaire en début d'année 2013 et que leur adhésion constitue un préalable au maintien de la convention individuelle⁵²¹.

C'est justement au regard du principe d'indépendance professionnelle du médecin que :

- d'une part, le mécanisme de convention individuelle instauré par le décret «Bacon»⁵²² n'a pas été repris par la loi de 1971⁵²³, ainsi que les lois et décrets suivants relatifs au même domaine ;
- d'autre part, la législation métropolitaine en vigueur prévoit l'institution d'une convention collective négociée, ou à défaut, d'une convention collective établie par un arbitre. Le médecin seul ne saurait se trouver en position de faiblesse face aux Caisse d'assurance maladie.

•

b) La relation de confiance entre le médecin et son patient en péril

L'article 28 § 1 1° de la convention individuelle prévoit que « [l]e médecin référent peut demander au médecin-conseil de la CPS de convoquer un malade particulièrement difficile à prendre en charge afin que lui soit réexpliqués ses devoirs et obligations ».

Or, l'article 2 de la délibération n°96-115 APF du 10 octobre 1996 portant

⁵²¹ Les Nouvelles de Tahiti, 27 juillet 2012, p. 10.

⁵²² Décret n°60-451 du 12 mai 1960 modifié relatif aux soins médicaux dispensés aux assurés sociaux.

⁵²³ Loi n°71-525 du 3 juillet 1971 relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux.

Code de déontologie dispose que «le médecin, au service de l'individu et de la santé publique exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité».

Le Conseil national de l'Ordre des médecins, dans ses commentaires des dispositions du Code de déontologie médicale, estime d'ailleurs, d'une part, que la déontologie médicale «sert [...] de guide aux médecins dans leur pratique quotidienne, au service des patients», et d'autre part que le médecin doit se garder des effets pervers d'une prévention collective autoritaire.

Aussi, les dispositions de l'article 28 § 1, 1^o précitées, si elles offrent au médecin une possibilité de recourir au médecin-conseil de la CPS, elles sont toutefois susceptibles d'imposer une obligation au médecin de «dénoncer» son patient, sous peine d'être lui-même sanctionné si la CPS estime que la prise en charge de ce dernier n'est pas optimale.

c) Sur l'interdiction de la rémunération au forfait des médecins.

Le dernier alinéa du préambule de la convention individuelle type approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 stipule que «[l]es modes de rémunération du médecin permettent de reconnaître la diversité de ses fonctions. Le paiement à l'acte reste le mode de rémunération principal pour les prestations techniques, néanmoins afin de reconnaître les différentes missions des médecins, il est possible de faire appel à des modes de rémunération forfaitaires définis réglementairement, liés soit à la prise en charge spécifique d'une pathologie, soit à des objectifs de santé publique».

Or, l'article 53 alinéa second⁵²⁴, puis l'article 55⁵²⁵ de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale affirment le principe fondamental de la rémunération du médecin à l'acte en prohibant en toutes circonstances la rémunération forfaitaire des médecins. Le Conseil National de l'Ordre des médecins estime d'ailleurs qu'un médecin ne saurait demander «le règlement de ses honoraires avant que l'ensemble de la procédure thérapeutique soit achevée».

Cette stipulation constitue ainsi une incitation pour le médecin à contrevenir aux dispositions de l'article 55 précité.

d) Sur l'obligation de conserver le dossier médical du patient

L'article 28 § 4 de la convention individuelle type stipule qu'«en cas de changement de médecin référent, le médecin précédent est tenu de transmettre au nouveau médecin référent les éléments du dossier médical du patient, à la demande du patient».

Or, l'article 96 de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie dispose que «les dossiers médicaux sont conservés

524. Article 53 alinéa second du CDM Polynésien : «Ils [les honoraires des médecins] ne peuvent être réclamés qu'à l'occasion d'actes réellement effectués».

525. Article 55 du CDM Polynésien : «Le forfait pour l'efficacité d'un traitement et la demande d'une provision sont interdits en toutes circonstances».

sous la responsabilité du médecin qui les a établis». Si le médecin ayant établi le dossier médical peut, à la demande du patient, en adresser une copie au nouveau médecin référent, il ne se trouve pas, pour autant, dispensé de l'obligation posée par l'article 96 précité.

Au regard des dispositions combinées des articles 90, 91 et 140 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, il n'appartient ni à un arrêté pris en conseil des ministres ni à une convention ou un contrat d'instaurer de nouvelles dispositions relatives à la déontologie médicale ou de les modifier.

e) Sur l'atteinte à l'interdiction du détournement de patientèle

L'article 28§2 de la convention individuelle type approuvée stipule qu'«en dehors de l'urgence et en cas d'impossibilité d'accéder à son médecin référent ou spécialiste correspondant, le patient consulte son remplaçant ou le cas échéant son associé».

Toutefois, dans le cadre de leur association, peuvent valablement exclure toute mise en commun de leurs patientèles. De plus, l'article 57 de la délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale prohibe formellement tout détournement ou tentative de détournement de clientèle.

Or, l'obligation faite à un patient en longue maladie, sauf cas d'urgence, sous peine de perdre le bénéfice du tiers-payant, de consulter l'associé de son médecin référent empêché, lorsque celui-ci ne souhaite pas consulter son remplaçant, en vertu de sa liberté de choix du praticien, est susceptible d'engendrer, même involontairement, un détournement de patientèle.

7) Sur la violation de la délibération n° 95-109 AT du 3 août 1995 modifiée relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la Caisse de prévoyance sociale

L'article 19 de la convention individuelle prévoit sa reconduction annuelle tacite par période d'une année civile «en l'absence de convention "collective" entrée en vigueur».

La délibération n° 95-109 AT du 3 août 1995 modifiée relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la Caisse de prévoyance sociale dispose en son article 1^{er} : «Les rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et l'organisme de gestion des régimes de protection sociale, gérant les assurances maladies, maternité, invalidité, accidents du travail et maladies professionnelles des différents régimes de protection sociale, sont définis par conventions entre la ou les organisations syndicales des catégories professionnelles intéressées et les régimes de protection sociale».

L'article 22 de la même délibération dispose quant à lui : «À défaut de convention signée entre l'organisme de gestion et un ou plusieurs syndicats les plus représentatifs de chacune des professions visées à la présente délibération, les praticiens des professions médicales et paramédicales peuvent adhérer personnellement aux conventions établies par l'organisme de gestion sur la base

de tarifs approuvés par le conseil des ministres».

Il en ressort que la convention « collective » constitue la norme en matière de rapports entre les médecins exerçant leur art dans le secteur libéral et la caisse de prévoyance sociale. La convention individuelle ne peut être proposée par cette dernière qu'en cas d'échec des négociations avec les médecins libéraux.

Dès lors, la convention individuelle type approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 ne saurait être reconductible tacitement. En effet, seule une nouvelle convention individuelle pourra être proposée à l'issue de la période de négociations entre la caisse et les médecins libéraux et, en cas d'échec des discussions. Celle-ci devra alors faire l'objet d'un nouvel arrêté d'approbation du conseil des ministres.

Les dispositions des articles 1^{er} et 22 de la délibération n° 95-109 AT du 3 août 1995 susmentionnée ne sauraient donc être modifiées que par une « loi du pays » selon les dispositions de l'article 140 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

8) Sur l'atteinte aux principes contractuels

La convention individuelle, fût-elle approuvée par arrêté pris en conseil des ministres lui conférant ainsi une valeur réglementaire, ne se trouve pas affranchie des règles relatives à la conclusion des contrats. Elle ne saurait dès lors imposer une obligation à la charge d'un tiers (a), ou encore le sanctionner pour des fautes conventionnelles attribuables à l'une des parties au contrat (b). La modification de ses termes (c) ainsi que la détermination de la juridiction compétente en cas de litige (d) doivent faire l'objet de négociations entre les parties. Enfin, elle doit d'une part répondre à un certain équilibre des obligations à la charge de chacune des parties (e) et d'autre part, ne saurait valablement comporter de conditions potestatives (f).

a) Sur l'obligation mise à la charge d'un tiers

Comme précédemment indiqué, l'article 28 § 2 de la convention individuelle impose au patient, sauf cas d'urgence, de consulter le remplaçant ou l'associé de son médecin traitant empêché.

Or, l'article 1165 du Code civil dispose que « [l]es conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers ». Il en ressort, qu'une convention ne saurait mettre d'obligations à la charge des tiers.

En Polynésie française, le dispositif du médecin référent en cas de longue maladie est régi par les dispositions de la délibération n° 98-162 APF du 15 octobre 1998 relative aux mesures destinées à prévenir l'augmentation des dépenses de santé.

Il ressort des dispositions des délibérations n° 74-22 AT du 14 février 1974 modifiée instituant un régime d'assurance maladie invalidité au profit des travailleurs salariés, n° 94-170 AT du 29 décembre 1994 modifiée instituant le régime d'assurance maladie des personnes non-salariées, et n° 95-262 AT du 20 décembre 1995 modifiée instituant et modifiant les conditions du risque maladie

des ressortissants du régime de solidarité territorial, qu'aucune obligation à la charge du patient relevant de la longue maladie de consulter le médecin remplaçant ou l'associé du médecin référent empêché.

b) Sur la sanction du patient pour la violation d'obligations conventionnelles par le médecin

L'article 13 § 1, de la convention individuelle approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012, stipule en son dernier alinéa que «[d]ans le cadre de l'assurance Longue Maladie, l'application de mesures visée au premier alinéa du présent paragraphe ne fait pas obstacle à la possibilité pour la Caisse de décider de suspendre le bénéfice du tiers payant au profit des patients du médecin concerné. Cette suspension peut être provisoire ou définitive».

Or, l'article 1165 du Code civil dispose que les conventions ne produisent d'effets qu'à l'égard des parties contractantes et qu'elles ne nuisent pas au tiers. La convention individuelle est un contrat auquel sont parties la CPS et le médecin signataire. Les patients sont donc en position de tiers et ne saurait valablement se voir sanctionner de manière conventionnelle pour la violation d'une obligation conventionnelle par l'une ou l'autre partie à la convention individuelle.

c) Sur l'absence de concertation en cas de modification d'éléments essentiels de la convention individuelle type

L'article 18 alinéa 1^{er} de la convention individuelle type stipule que les tarifs d'honoraires et les frais accessoires peuvent être révisés. Son alinéa second stipule que cette révision est approuvée par arrêté pris en conseil des ministres. Le Tribunal administratif de la Polynésie française, dans son jugement n° 1200052, 1200052 du 29 mai 2012 a considéré qu'en raison de la possibilité offerte au médecin conventionné de rester sous l'empire de la convention ou non était suffisante pour garantir la légalité de cet article.

Cependant, s'agissant d'une convention individuelle conçue comme un contrat d'adhésion, la révision des tarifs d'honoraires et des frais accessoires se fera nécessairement sans concertation avec le médecin signataire. Si le médecin libéral n'est légalement pas tenu d'adhérer à la convention individuelle, il n'en reste pas moins, qu'eu égard tant à la nécessité d'assurer aux polynésien une prise en charge adéquate de leurs pathologie qu'à la survie même de l'activité médicale libérale viable, et, en l'absence d'alternative, le médecin libéral n'a d'autre réel choix que d'y adhérer. La convention individuelle type proposée par la Caisse de prévoyance sociale présente donc à cet égard les attributs d'un contrat de travail.

Or, le Conseil d'État a érigé en principe général du droit la subordination de toute modification essentielles du contrat de travail à l'accord des parties⁵²⁶.

Indépendamment de la possibilité de former un recours devant le juge administratif à l'encontre de l'arrêté pris en conseil des ministres révisant les

526. CE Ass., 29 juin 2001, Berton.

tarifs d'honoraires et les frais accessoires, cette révision ne peut avoir lieu qu'en concertation avec le médecin signataire.

d) Sur la clause attributive de compétence

L'article 13§3 alinéa 3 de la convention individuelle prévoit, concernant les sanctions disciplinaires et conventionnelles que la Caisse de prévoyance sociale entend prononcer à l'encontre du médecin signataire que celui-ci dispose d'un recours de droit commun « devant le tribunal compétent ».

L'article 48 du Code de procédure civile dispose qu'est réputée nulle toute clause attributive de compétence lorsqu'elle n'a pas été spécifiée de manière claire et apparente. La Cour de justice des Communautés européennes avait d'ailleurs estimé qu'une clause attributive de compétence devait être considérée comme abusive dès lors qu'elle n'avait pas fait l'objet de négociations entre les parties dans la mesure où elle crée un déséquilibre entre les droits et obligations découlant du contrat⁵²⁷.

Or, en l'espèce, il en ressort des stipulations précitées que le tribunal compétent pour recevoir les recours formés à l'encontre des sanctions prononcées par la Caisse de prévoyance sociale n'est pas déterminé. La convention individuelle type passée entre la Caisse de prévoyance sociale et le médecin signataire revêt le caractère d'un contrat d'adhésion. Si, concernant les sanctions disciplinaires prononcées par la Caisse à l'encontre des médecins sont susceptibles d'être déférées devant le juge administratif des référés comme le rappelle le Tribunal administratif de la Polynésie dans son jugement n° 1200052, 1200062 du 29 mai 2012, ladite convention aurait dû en faire mention expresse.

e) Sur le déséquilibre contractuel

Les conventions médicales, tant en France métropolitaine qu'en Polynésie française, déterminent les obligations à la charge des parties. Or la convention individuelle type approuvée par l'arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 prévoit, comme précédemment indiqué des obligations, en très grande majorité, à la charge du médecin signataire. Tel est notamment le cas de son article 28§2 stipulant que « [l]e patient sera dûment informé de cette restriction des droits d'accès au bénéfice du tiers payant par le médecin référent lors de la remise du carnet Longue Maladie ».

Il en ressort qu'une obligation incombant en premier lieu à l'organisme de protection sociale, à savoir l'information du ressortissant sur les règles de fonctionnement de l'assurance maladie, est mise à la charge du médecin adhérent. En second lieu, comme précédemment explicité, la seule obligation à la charge de la Caisse de prévoyance sociale tient à la prise en charge des frais de santé des patients consultant un médecin conventionné.

En effet, les autres obligations incombant à la Caisse de prévoyance sociale portent sur la définition de la politique de santé publique en collaboration avec les autorités compétentes en la matière et dès lors ne concernent pas directement la relation conventionnelle entre celle-ci et le médecin.

527. CJCE, 27 juin 2000, Océano Grupo Editorial SA c./ Rocio Murciano Quintero, n° C-240/98.

Or, le déséquilibre contractuel dont fait l'objet la convention individuelle type signée entre la caisse et le médecin conventionné est susceptible de donner lieu à un rééquilibrage par le juge.

f) Sur les conditions potestatives

L'article 24§1 de la convention individuelle stipule que «[l]orsque les conditions techniques propres à la CPS et réglementaires seront effectives, le praticien adhérent à la présente convention devra, télétransmettre les feuilles de soins relatives aux ressortissants de l'un des régimes de protection sociale de Polynésie française».

L'article 24 § 2 de la même convention stipule également que «[p]our assurer la télétransmission des feuilles de soins électroniques, le médecin se conformera aux spécifications définies et validées par la CPS».

Ces clauses peuvent s'analyser comme une condition potestative au regard des dispositions de l'article 1170 du Code civil, l'article 1174 du même Code dispose «[t]oute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige». De même, l'article 1175 du même Code dispose que «[t]oute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût».

En l'espèce, le médecin est ici tenu de s'engager, par avance, à respecter une obligation dont les modalités ne sont pas définies au moment de son engagement. Cet engagement constitue en outre un risque pour le médecin, notamment financier, dans la mesure où le coût de cette nouvelle procédure qu'il devra assumer n'est pas déterminé. Son consentement éclairé ne peut alors être établi.

Il convient de rappeler que pour des raisons tenant à la fois au maintien de la prise en charge des frais de santé des patients et de la viabilité même de la médecine libérale, et qu'en l'absence d'alternative viable au non-conventionnement, le médecin libéral se voit tenu d'adhérer à l'ensemble des stipulations de la convention individuelle.

DEUXIÈME PARTIE : STATUT ET EXERCICE DE LA PROFESSION DE MÉDECIN

Après avoir examiné le statut professionnel du médecin (titre 1), on envisagera les différentes modalités d'exercice possibles (titre 2).

TITRE 1. LE STATUT DU MÉDECIN

Certes tous les médecins sont assujettis à un même corps de règles, notamment celles régissant l'accès à la profession et les normes déontologiques communes à tous les médecins hormis les médecins des armées⁵²⁸.

Mais il n'y a pas pour autant de statut médical unique. En effet, il y a des praticiens privés (chap. 1) et des praticiens publics (chap. 2).

Chapitre 1. Le statut privé

par Antoine Leca

Après avoir présenté les droits et libertés des praticiens privés (sec. 1), on envisagera l'étude des différentes modalités d'exercice privé (sec. 2).

Section 1. Les droits et libertés des praticiens privés

par Antoine Leca

Le statut est commandé par l'idée de liberté. La médecine est une profession libérale. Même si l'État en règlemente depuis longtemps l'accès avec le monopole, il s'est durablement abstenu d'intervenir en la matière.

En métropole, jusque dans le premier tiers du XXe siècle, l'exercice privé de la médecine s'est longtemps passé de règles spécifiques très précises sur les rapports médecins-patients. Ainsi, pour ce qui a trait à la rémunération, les systèmes les plus divers coexistèrent jusqu'à cette date : le paiement à l'acte concomitant à celui-ci, ou le paiement au forfait en fonction du nombre de visites, de la gravité du mal et de la fortune du patient. Le Code civil s'était borné en la matière à garantir les créances médicales en cas de décès du patient laissant une dette en souffrance. La loi de 1893 sur l'assistance gratuite aux indigents ne souleva aucune controverse⁵²⁹, d'autant qu'elle pouvait s'appuyer sur une tradition déontologique bien établie. La loi de 1898 sur les accidents de travail, conférant aux victimes le privilège de la gratuité des soins, souleva déjà nettement plus de débats.

Mais le grand tournant fut la discussion sur les assurances sociales dans l'Entre-deux-guerres⁵³⁰, qui amena les médecins à réaffirmer ou tout simplement à affirmer un certain nombre de principes. C'est à ce moment-là que

528. Décret n°81-60 du 16 janvier 1981, fixant les règles de déontologie applicables aux médecins et aux pharmaciens chimistes des Armées.

529. P. Dorge, *Médecins et Sécurité sociale*, Cahiers Laënnec, septembre 1962, p. 4 ; M. Harichaux, *La rémunération du médecin*, Thèse Droit, Paris II, 1975, p. 46.

530. Il en est sorti la loi du 30 avril 1930.

l'expression de « médecine libérale » devint un leitmotiv. Afin de ne pas tomber sous la dépendance des caisses, les syndicats médicaux⁵³¹ adoptèrent une « charte médicale » le 30 novembre 1927. Ce texte a fondé les règles de la médecine libérale française tout au long du XXe siècle. Ce sont les fameuses « libertés médicales »⁵³² consacrées par le Code de déontologie médicale dès 1947⁵³³.

Il s'agit de quatre ou cinq points (suivant la présentation qu'on en fait) qui peuvent s'analyser comme des droits pour les médecins. Ils ont été posés par les professionnels pour s'opposer à un spectre, « la médecine de caisses » :

- 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 »⁵³⁴, défini selon le mot du Docteur Portes comme « une confiance qui rejoint une conscience »⁵³⁵. Certes ce n'est pas à proprement parler une liberté médicale mais un droit du patient. Il n'en demeure pas moins c'est une faculté qui conditionne une offre de soins pluraliste.
- la liberté de prescription du médecin,
- l'entente directe avec le malade sur les honoraires, le droit du praticien d'être rémunéré à l'acte et le paiement direct par le patient.

Ce sont là les principes de ce qu'on a appelé alors « la médecine libérale » qu'il faut rapprocher de la naissance (le 6 décembre 1928) de la Confédération des Syndicats Médicaux Français.

On peut y ajouter la clause de conscience, apparue au lendemain de la légalisation de l'avortement en 1975⁵³⁶, qui figure dans le Code de déontologie métropolitain de 1995 : le médecin est toujours libre de refuser une IVG à condition d'en informer l'intéressé, dans les conditions et délais prévus par la loi⁵³⁷.

À 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'humanité⁵³⁸.

Mais ces deux derniers points ne posent pas problème, à la différence des principes de la médecine libérale. Certes, à l'exception de l'entente directe, les règles traditionnelles de l'exercice libéral furent réaffirmées par le gouvernement en termes solennels le 21 mai 1971⁵³⁹, puis au plan juridique par la loi n° 71-525 du 3 juillet 1971. Elles figurent toujours dans le Code de la Sécurité sociale en sa partie législative⁵⁴⁰. La Polynésie les a reçues moyennant quelques adaptations.

531. L'Union des syndicats médicaux français (USMF) qui avait émergé dans les années 1880 devint la Confédération des syndicats médicaux français (CSMF) en 1928.

532. J.-M. Auby (dir.), *Droit médical et hospitalier*, Litec, Paris, 1993, fasc. 80.

533. D. n° 1947-1169, 27 juin 1947 (*JORF* 28 juin).

534. G. Duhamel, *Paroles de médecin*, éd. du Rocher, Monaco, 1946, p. 16.

535. L. Portes, *À la recherche d'une éthique médicale*, Masson, Paris, 1964, p. 155.

536. CDM 1979, art. 21. La loi Veil n'a été transposée à la Polynésie française qu'en 2001.

537. CDM 1995, art. 18. Voir également CSP, art. L. 2212-8, al. 1°.

538. CDM art. 47 al. 2.

539. *Le Monde*, 21 mai 1971.

540. 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

Néanmoins, leur examen démontre qu'elles sont affectées d'un certain nombre d'assouplissements et même de limites.

§ 1 – La liberté d'installation

Le diplôme de docteur en médecine permet en principe d'exercer pour tous les types d'actes médicaux là où le professionnel le souhaite.

C'est le principe de l'omnivalence du diplôme : « 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 dispose⁵⁴¹ », par exemple un généraliste ne peut pas pratiquer la chirurgie esthétique⁵⁴². De même un gynécologue ne peut pas pratiquer une hystérectomie si elle n'a pas la qualification spéciale en chirurgie que cet acte requiert⁵⁴³.

En règle générale un médecin est libre d'installer son cabinet là où il le souhaite. À ce jour, il n'existe de limitation que déontologique et sociale.

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'Ordre⁵⁴⁴, prohibition d'un cabinet secondaire, sauf autorisation ordinale⁵⁴⁵, 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'Ordre⁵⁴⁶.

Il en résulte évidemment que les zones attractives sont fortement médicalisées et les autres connaissent la pénurie. Dans le Pacifique insulaire, ces déséquilibres sont encore plus marqués qu'en métropole.

On y a imaginé d'orienter l'installation des nouveaux médecins en réservant l'accès au conventionnement social, qui n'est pas un droit, contrairement à la liberté d'installation.

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».

541. CSP, art. R. 4127- 70 ; CDMPF, art. 70.

542. CE, 20 novembre 2002, n° 182392, 4° sous-section, concernant un praticien de médecine générale n'ayant reçu aucune formation le rendant apte à pratiquer la chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique et lui ouvrant une possibilité de qualification condamné au motif qu'il avait débordé sa compétence en pratiquant un acte de chirurgie mammaire susceptible de faire courir à sa patiente un risque non justifié.

543. Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 2001, *Resp. civ. et assur.*, 2002, comm. 117.

544. CSP, art. R. 4127- 90 (ex. d'application : CE, 19 avril 1985, n° 45301, Funel, *Gaz. Pal.*, Rec. 1986, somm. p. 78 ; CE, 12 mars 1999, n° 184166, Farges, *Gaz. Pal.*, Rec. 1999. Panor. Admin. p. 173) et CDMPF, art. 90. Cet article est à mettre en parallèle avec le Code de déontologie des chirurgiens dentistes, art. 71 (ex. d'application : CE, 4° et 6° sous-sect. 25 juillet 2001, Mislin, pourvoi n° 180317).

545. CSP, art. R. 4127- 85 (modifié par le D. n° 2005-481 du 17 mai 2005) et CDMPF, art. 85. La méconnaissance d'une telle exigence représente un manquement déontologique à l'honneur (CE, 4° et 6° sous-section, 30 septembre 2002, Ottomani, pourvoi n° 211631).

546. CSP, art. R. 4127- 86 et CDMPF, art. 86.

La Nouvelle-Calédonie, la première, a mis en place un gel du conventionnement (1994-1996) et, depuis, la délibération n° 121 du 18 octobre 1996⁵⁴⁷ elle subordonne l'accès au conventionnement⁵⁴⁸ à trois critères, appliqués par l'organisme local de protection sociale, la CAFAT : les besoins de santé des habitants des communes hors du Grand Nouméa, l'équilibre financier de l'organisme de protection sociale et la nécessité d'une meilleure répartition géographique de l'offre de soins locale. Le but est de décourager les conventionnements dans le Grand Nouméa, sur-médicalisé, et de pousser les arrivants à s'installer « dans la brousse » encore sous-médicalisée, notamment dans le Nord.

En Polynésie, un système de régulation du conventionnement a été mis en place par la délibération n° 98-164 APF du 15 octobre 1998⁵⁴⁹, qui a reconnu ce droit à l'organisme compétent localement, la Caisse de Prévoyance sociale (CPS). Un gel des conventionnements a été instauré sur les archipels des Île du Vent et des Îles-sous-le-Vent (à l'exception de Maupiti et de Maiao) par cette délibération, complété par l'arrêté n° 1804 CM du 27 décembre 2000⁵⁵⁰. Cet arrêté a précisé les cinq zones de conventionnement, afin d'orienter la démographie médicale. Et il a pris soin de prévoir de possibles dérogations si un certain nombre de conditions restrictives se trouvaient réunies⁵⁵¹.

En pratique, l'installation suppose un certain nombre de conditions. Le médecin doit avoir un cabinet (s'il n'exerce pas en établissement de santé) et un équipement médical adapté à son activité.

Sous-paragraphe 1 – Le rattachement à un cabinet

L'exercice de la médecine foraine (c'est-à-dire l'exercice habituel et organisé hors d'une installation professionnelle régulière) est traditionnellement regardée comme incompatible avec la dignité de la profession : c'est la raison pour laquelle il est interdit⁵⁵². 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 disciplinaire⁵⁵³.

Sont également prohibés l'exercice de la médecine dans une officine de

547. Délibération n° 121/CP, *op. cit.*

548. Cette solution a été consacrée par la loi du pays du 7 novembre 2001 (G. Agniel, A. Leca, G. Orfila, *Le droit médical en Nouvelle-Calédonie*, CDPNC, Nouméa, 2005, p. 152).

549. *JOPF*, 29 octobre, p. 2261. D'autres délibérations ont suivi : n° 99-87/ APF du 20 mai 1999 relative à la maîtrise du conventionnement des chirurgiens-dentistes libéraux (*JOPF*, 3 juin), n° 99-86/APF du 20 mai 1999 relative à la maîtrise du conventionnement des infirmiers libéraux (*JOPF* 3 juin), n° 99-85/APF du 20 mai 1999 relative à la maîtrise du conventionnement des masseurs kinésithérapeutes libéraux.

550. *JOPF*, 4 janvier 2001, p. 11.

551. Les critères retenus sont les besoins de la population, le lieu d'installation, la connaissance de la Polynésie française, la maîtrise ou la compréhension de la langue tahitienne, l'exercice antérieur de la profession en PF et la date de la demande (art. 2).

552. CSP, art. R. 4127- 74.

553. CE, 9 octobre 1968, Rec., p. 1086.

pharmacie⁵⁵⁴ ou chez un autre professionnel de santé⁵⁵⁵.

Hormis en cabinet, la seule possibilité d'exercice licite s'opère en établissement de santé privé.

Juridiquement, le cabinet médical a été défini comme «le local professionnel où le praticien reçoit habituellement ses malades et donne ses consultations»⁵⁵⁶. Il se caractérise par quatre éléments :

- le local professionnel⁵⁵⁷,
- l'ensemble du mobilier et du matériel technique permettant de recevoir et soigner,
- la propriété des fiches de renseignement personnel sur les malades⁵⁵⁸
- et, depuis 2000, la clientèle civile.

Traditionnellement la clientèle était une notion commerciale. Dans la mesure où le cabinet médical n'est pas un fonds de commerce, on considérait jusqu'en 2000, qu'il ne fallait pas prendre en compte la clientèle à laquelle le médecin dispensait des soins lors de la cession du cabinet⁵⁵⁹. Cette clientèle était incessible et hors du commerce⁵⁶⁰. Il n'était pas possible de la vendre en vendant un cabinet. Pour assurer licitement la cession de celui-ci, l'usage s'était d'ailleurs bien établi de passer par le détour de l'obligation de présentation du successeur à cette clientèle⁵⁶¹.

Mais, sous le poids du réalisme, des réalités économiques et devant la vieille insistance de la doctrine⁵⁶² à voir consacrer l'émergence d'un «fonds libéral⁵⁶³», cette position a été atténuée par la Cour de cassation⁵⁶⁴. 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

554. CSP, art. R. 4127- 25 défendant aux médecins de donner des consultations dans les lieux où sont mis en vente les médicaments...

555. CE, 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 compérage (CSP, art. R. 4127- 23).

556. CE, 5 novembre 1958, Dalloz, 1958, 751, concl. Guldner ; CE, 27 juillet 2005, 4^e et 5^e SSR, Scemama, n° 269136, *RGDM*, n° 18, 2006, p. 362.

557. Pas de local, pas de cabinet. C'est ce qui résulte de CE, 27 juillet 2005, 4^e et 5^e SSR, Scemama, n° 269136, concernant deux médecins exerçant leur profession au sein de la société SOS Médecins Yvelines, qui n'avait aucun local permettant de recevoir des patients.

558. G. Mémeteau, *Cours de droit médical, op. cit.*, éd. 2001, p. 21.

559. Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1998, n° 94-14983 (exemple d'un cabinet dentaire).

560. Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, *D.* 1997, somm. p. 531, note N. Descamps-Dubacle, *D.* 1997, somm. p. 170, note R. Libchaber.

561. 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. 1^{re}, 7 février 1990, Bull. I, n° 38, p. 29 ; Defrenois 1990, 1018, obs. Aubert).

562. «Nous avons déjà fait observer qu'il serait beaucoup plus simple d'admettre directement la cession» de clientèle (obs. R. Demogue, *RTDC* 1928, p. 156, sous CA Paris, 16 novembre 1927, renvoyant à R. Demogue, *Traité des obligations*, t. II, n° 753).

563. F. Vialla, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Litec, coll. «Droit de l'entreprise», t. 39, 1999.

564. Cass. civ. 1^{re}, 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, p. 1-7 ; F. Vialla, «L'avènement du "fonds libéral" », *JCP* 2001, éd. E, suppl. Cahier du Centre de droit de l'entreprise 2001/1, Montpellier, p. 10.

suppose de maintenir l'obligation de présentation du successeur à la clientèle et, ce qui est nouveau, de déterminer un prix de cession⁵⁶⁵. Si ce prix de cession est chiffré sur des éléments «délibérément surévalués» par le vendeur, comme un chiffre d'affaires erroné, dissimulant un «pas de porte», comme on dit usuellement en matière commerciale, la nullité peut être demandée⁵⁶⁶.

Au cabinet doit normalement s'attacher un équipement professionnel adapté.

Sous-paragraphe 2 – 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 professionnel⁵⁶⁷ et de moyens techniques suffisants en rapport avec la nature des actes qu'il pratique ou de la population qu'il prend en charge»⁵⁶⁸.

§ 2 – La liberté de choix du médecin par la personne requérant des soins

Le principe de la liberté de choix a été affirmé à maintes reprises. Il figure dans l'article 4-2 de la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales⁵⁶⁹. Il fut confirmé peu après par l'article 4-2 de la loi du 30 avril 1930⁵⁷⁰. Il se retrouve dans le Code de la santé publique⁵⁷¹, le Code de la Sécurité sociale⁵⁷² et, depuis peu, dans le Code de déontologie métropolitain de 1995⁵⁷³, le Code de déontologie médicale de la Polynésie française de 1996⁵⁷⁴ et dernièrement la convention destinée à organiser les rapports entre la caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française et les médecins libéraux du 8 janvier 2009⁵⁷⁵.

Le Conseil d'État y voit un principe général du droit⁵⁷⁶, qui s'impose

565. 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*, art. cit., p. 4).

566. CA Papeete, 17 février 2005, F. de M. c./ A., *Juris-data* n° 274524, *RGDM*, n° 17, 2005, note G. Mémeteau, p. 454 (qui cependant ne prononce pas la nullité, motif pris de la revente par l'acquéreur victime à un tiers, ce qui est plus discutable sur le terrain du droit strict).

567. CSP, art. R. 4127- 71, CDMPF, art. 71. L'article suivant 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).

568. CSP, art. R. 4127- 71, CDMPF, art. 71.

569. *JO* 12 avril 1928.

570. *JO* 1^{er} mai 1930.

571. CSP, 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».

572. CSS, art. L. 162-2.

573. CSP, art. R. 4127-6 : «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.

574. CDMPF, art. 6.

575. Art. 7.

576. CE, 19 novembre 1962, Syndicat national des médecins électroradiologistes, *Rec.*, p. 687; CE, 27 avril 1988, Confédération des syndicats médicaux français et Syndicat national des médecins

«à toutes les autorités réglementaires, même en l'absence de dispositions législatives»⁵⁷⁷. La règle a une application très générale, aux conséquences très concrètes. Elle concerne aussi bien le libre choix des médecins que celui des établissements privés de soins⁵⁷⁸. C'est ainsi que l'obligation de tout établissement ou section d'accouchement de disposer d'un médecin qualifié en pédiatrie⁵⁷⁹ 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 demande⁵⁸⁰.

Il a fallu du temps pour que la question de la force juridique du principe de libre choix se pose devant le juge constitutionnel. Or, lorsque le phénomène s'est produit, les 18 janvier 1978 et 22 janvier 1990, le Conseil constitutionnel, qui a formellement consacré l'existence d'un droit à la protection de la santé, s'est refusé d'indiquer si la liberté de choix du médecin par le malade ou la liberté de prescription constituait ou non un principe de valeur constitutionnelle⁵⁸¹. Par ailleurs, en 1991 le même Conseil a considéré que la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé supportées par la collectivité était un motif d'*intérêt général*⁵⁸². On peut alors sans doute admettre que le libre choix du malade puisse être légalement limité dans certaines modalités de son exercice⁵⁸³.

D'ailleurs, il existe d'évidentes exceptions pour la médecine du travail, la médecine de caisse⁵⁸⁴, la médecine d'expertise, la médecine psychiatrique⁵⁸⁵, mais aussi hospitalière, scolaire et *a fortiori* pénitentiaire, où le patient ne choisit pas son médecin.

En outre force est de constater l'existence d'atteintes incontestables en médecine de ville.

En effet, le principe, jugé dispendieux, est dans le collimateur des organismes sociaux et des assurances privées⁵⁸⁶ – ce qui montre qu'en matière

biologistes, Req. n° 185645 et 185675 et CE, 18 février 1998 mentionné ci-après.

577. CE (7° et 10° SSR), 18 février 1998, Section locale du Pacifique sud de l'Ordre des médecins, Req. n° 171851, *Gaz. Pal.*, 25 septembre 1999, p. 615.

578. CE, 2 décembre 1966, Fédération intersyndicale des maisons de santé de France, Rec., p. 634.

579. D. 7 août 1975, art. 11.

580. Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2003, Société Polyclinique Le Languedoc c./ Ponrouch et Rique, pourvoi n° 01.03.259 P, *Gaz. Pal.*, Rec. sept.-oct. 2003, p. 3276; *JCP* 2003, II, 10115.

581. 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».

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

583. Tel est le cas pour le système des contre-visites médicales, reconnu compatible avec le droit constitutionnel à la protection de la santé en 1977 (Déc. 77-92 DC), qui 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 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.

584. Dans les mines et à la SNCF, si l'assuré veut bénéficier de prestations gratuites, il doit faire appel à des médecins salariés attachés à la Caisse.

585. L. n° 85-1468 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.

586. Il y a dix ans, 95 % des Américains choisissaient librement leur médecin et leur hôpital. Au

de remboursement des dépenses de santé, organismes « sociaux » et assureurs « capitalistes » obéissent à la même logique de réduction des coûts. Le but est de réduire le « nomadisme médical ».

C'est aux États-Unis dans l'univers assurantiel qu'a été imaginée l'institution du médecin « gardien du portail » (*gate keeper*) des États-Unis : les assureurs n'acceptent de prise en charge que si les assurés s'adressent à un praticien prédéterminé, nommé par eux. Et c'est lui qui autorise ou non les patients à voir un spécialiste.

La Nouvelle-Calédonie s'en est inspirée en 1998 en créant l'institution du médecin référent pour les personnes reconnues au titre de l'assurance longue maladie. Le Conseil d'État a jugé que l'institution n'était pas contraire au principe de libre choix, parce qu'elle ménageait la faculté de consulter un autre praticien en demandant le remboursement ultérieur des frais engagés, mais n'a pas admis l'interdiction de changer de référent sans l'accord préalable du service chargé du contrôle médical⁵⁸⁷. Il en a résulté une seconde version établie par voie conventionnelle. L'institution (régie aujourd'hui par la convention médicale 2006) ne concerne plus que les assurés admis au titre de l'assurance longue maladie de la CAFAT et les ressortissants de l'aide médicale de la Province Sud qui doivent choisir un praticien parmi les médecins généralistes exerçant en secteur libéral conventionné ou salariés d'un centre de soins provincial ou mutualiste. Le patient peut changer de référent mais il doit saisir la CAFAT dans ce cas⁵⁸⁸.

Dans l'intervalle, la convention nationale des médecins généralistes du 12 mars 1997, signée par la CNAMTS avec le syndicat M. G-France, majoritaire dans le secteur de la médecine généraliste, avait introduit l'institution du référent dans l'Hexagone. Ce système devait permettre aux patients qui le souhaiteraient de s'adresser pour toute demande de soins à un médecin unique qu'ils auraient choisi, à moins d'une circonstance particulière qui l'en empêcherait et susceptible d'être justifiée. Le médecin référent aurait bénéficié d'une rémunération forfaitaire annuelle par patient inscrit. Mais la réforme fut annulée, faute de base légale, par le Conseil d'État⁵⁸⁹. Comme en Nouvelle-Calédonie, l'institution reparut par la petite porte, avec la convention nationale des médecins généralistes du 26 novembre 1998 qui a offert, à titre d'option conventionnelle, aux médecins qui le souhaitaient, de remplir un rôle de médecin référent auprès de ceux de leurs patients qui en auraient fait le choix. Cette possibilité a été ensuite confirmée par la loi du 23 décembre suivant⁵⁹⁰. Demeuré facultatif, du fait de la jurisprudence « Section locale du Pacifique sud de l'Ordre des médecins » (1998), ce système a été assorti de fortes incitations financières au profit du référent (octroi d'une rémunération forfaitaire

début des années 2000, près de la moitié ont perdu cette liberté en raison des accords conclus par les assureurs privés (Ph. Pignarre, *Comment sauver (vraiment) la Sécu*, La Découverte, Paris, 2004, p. 48).

587. CE (7^e et 10^e SSR), 18 février 1998, Section locale du Pacifique sud de l'Ordre des médecins, Req. n° 171851, *Gaz. Pal.*, 25 septembre 1999, p. 615.

588. <http://cms.cafat.nc/net/printcaf.nsf/pro-cm/Zpro-cm-020>

589. CE ass., 3 juillet 1998, Syndicat des médecins de l'Ain et autres, Rec., p. 277.

590. 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).

annuelle de 45 euros par malade⁵⁹¹ et avantages en matière de formation continue et aussi du patient⁵⁹². Mais peu de médecins (10 %) et encore moins d'assurés sociaux (1 %) ont choisi de s'inscrire dans ce dispositif⁵⁹³.

Celui-ci a donc été repensé par la loi Douste-Blazy du 13 août 2004, relative à l'assurance maladie⁵⁹⁴. Avec un certain manque d'imagination sémantique⁵⁹⁵, sa réforme a créé l'institution du médecin traitant dont le patient indique le nom à son organisme gestionnaire de régime de base d'assurance maladie⁵⁹⁶ et auquel, réserve de quelques cas⁵⁹⁷, il est incité à s'adresser en priorité. En effet, s'il méconnaît ce passage préalable, sa participation financière sera majorée⁵⁹⁸. N'importe quel professionnel peut être choisi, même un praticien retraité pour ses proches... et lui-même⁵⁹⁹. Contrairement au médecin référent, le médecin traitant peut aussi bien être en secteur I aux tarifs opposables qu'en secteur 2 avec des honoraires libres⁶⁰⁰ et il ne pratique pas le tiers payant. Rien n'est dit sur la durée du lien entre le patient et son médecin traitant. En théorie, l'assuré peut en changer quand il le veut et autant de fois qu'il le veut.

Ces dispositions ont été validées par le Conseil constitutionnel au double motif qu'elles n'interdisaient pas à l'assuré de changer de médecin traitant à son gré et que le montant de la participation financière était fixé à un niveau tel qu'il ne rendait pas illusoire l'exercice de cette prérogative⁶⁰¹.

591. Les forfaits représentaient en moyenne 7 070 euros par an, soit 5,6 % des honoraires des généralistes (*Le Monde*, 22 janvier 2005, p. 10).

592. M. Harichaux, «Le régime du médecin référent», *RDSS* 1999, p. 72; M. Harichaux, «Contrat médical et option conventionnelle», *RGDM* 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», *RGDM*, n° 11, 2003, p. 50 ss.

593. *La santé en France 2002*, La Documentation française, Paris, 2002, p. 275. Certains médecins référents n'avaient pas de patients adhérents à l'option...

594. L. n° 2004-810 du 13 août 2004 (JO, 17 août).

595. On connaissait déjà l'expression de médecin traitant en droit civil, pour désigner le médecin habituel soignant la personne concernée (cf. D. Guével, «Le médecin traitant en droit civil et en droit de la Sécurité sociale», *Gaz. Pal.*, 19-20 janvier 2005, p. 10).

596. CSS, art. L.162-5-3 (L. n° 2004-810 du 13 août 2004 art. 7).

597. Cette mesure ne concerne cependant pas les patients chroniques voyant leur spécialiste. Elle ne s'appliquera pas non plus aux consultations (pour certains actes seulement) des gynécologues, ophtalmologues, psychiatres et pédiatres. Enfin elle exclut les bénéficiaires de la CMU Curieusement, le texte oublie les stomatologistes auxquels les chirurgiens-dentistes adressent souvent des patients (qui devront désormais passer par l'étape du médecin traitant).

598. CSS, art. L. 162-5-3, al. 5. Le nouvel article L. 126-26 prévoit qu'«un arrêté fixe le montant de la majoration appliquée aux patients qui, sans prescription préalable de leur médecin traitant, consultent un médecin spécialiste hospitalier».

599. Bien que la loi ne prévoit pas explicitement une telle possibilité, la CNAM a répondu favorablement à cette demande (Bull. Ordre des Médecins, 2 février 2005, p. 7).

600. 25 % des généralistes et 40 % des spécialistes sont en secteur 2 dit «à honoraires libres».

601. Déc. 12 août 2004. Le montant de la majoration ne doit pas violer les exigences du 11^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946 («La loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice et l'insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle»). La participation de l'assuré prévue au I de l'article L. 322-2 a été établie par le conseil de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie dans les limites que fixe le nouvel article R. 322-1 issu du décret n° 2004-1490 du 30 décembre 2004 relatif à la participation de l'assuré (JO n° 304, 31 décembre 2004). Le montant de la participation forfaitaire mentionnée au II de l'article L. 322-2 ne pourra excéder 1 euros (CSS,

Le système a entraîné une hausse des revenus des médecins généralistes⁶⁰²... et des résultats plus contrastés chez les spécialistes⁶⁰³, notamment chez ceux qui étaient souvent consultés directement par les patients⁶⁰⁴. Il ne paraît pas avoir eu d'impact sur les dépenses de santé, du fait des revalorisations accordées dans le sillage de la réforme⁶⁰⁵. En revanche, la fonction de filtre n'est certainement pas étrangère à un phénomène qui semblerait s'accroître : les délais d'attente croissant pour une consultation de spécialiste. Et certains imputent à la réforme la dégradation du système de soins français passé de 2006 à 2008 de la première à la dixième place européenne⁶⁰⁶.

Entre temps, la Polynésie française a introduit l'institution du médecin référent avec la délibération n° 98-162 du 15 octobre 1998⁶⁰⁷. Comme en Nouvelle-Calédonie, le dispositif ne concerne que les ressortissants admis au bénéfice de l'assurance longue maladie. Le système se veut respectueux du libre choix : le patient choisit un médecin dont il peut changer en suivant la même procédure. Celle-ci suppose l'accord du praticien concerné que ce dernier communique pour enregistrement au service de contrôle médical.

Si la liberté de choix du médecin peut être suspectée d'alourdir les dépenses de santé, c'est également vrai de la liberté de diagnostic et de traitement.

§ 3 – La liberté de diagnostic et de traitement

Le médecin a en principe « la liberté thérapeutique »⁶⁰⁸, 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

art. R. 322-9-2 (D. n° 2004-1490 du 30 décembre 2004).

602. Dès la fin 2005, la comparaison des exercices 2004 et 2005 révélait une hausse moyenne de 3,9%, avec des différences de revenus du simple au triple (*Mon. Pharm.*, n° 2643/2644, 30 septembre 2006, p. 12).

603. Les rapports révèlent des baisses, qui vont de -7,8% pour les néphrologues, -6,6% pour les rhumatologues, -6,3% pour les ORL, -4,1% pour les dermatologues à -1,4% pour les cardiologues. À l'inverse les spécialistes en accès direct autorisés connaissent une hausse qui se situe entre +1,5% chez les gynécologues-obstétriciens, +2,9% chez les psychiatres, +4,4% pour les ophtalmologues et +5,5% chez les pédiatres (*ibid.*, p. 12).

604. Avant 2004, un tiers des consultations se pratiquaient directement chez le spécialiste. Les trois spécialités les plus concernées étaient les dermatologues (61% en accès direct) durement frappés par la réforme, les ophtalmologues (57%) et les gynécologues et/ou obstétriciens (47%) (P. Le Fur, P. Lengagne, « Modes d'accès aux spécialistes : état des lieux avant la mise en place du parcours de soins coordonnés », *Questions d'Economie de la santé*, n° 106, avril 2006, p. 2).

605. Selon le point de la CNAMTS, en janvier 2007, les consultations de spécialistes avaient reculé de 4% en moyenne sur les trois premiers trimestres de l'année 2006, mais les revalorisations d'honoraires (+2,8% sur la même période) avaient compensé cette baisse (A. Chrétien, *La volonté de l'État de maîtriser l'augmentation des dépenses de santé*, *op. cit.*, p. 131).

606. Il s'agit du classement annuel opéré par l'Institut d'analyse et d'information suédois *Health Consumer Powerhouse* (*Le Moniteur des Pharmacies*, n° 2754, 22 novembre 2008, p. 10).

607. Délibération n° 98-162 APF du 15 octobre 1998 relative aux mesures destinées à prévenir l'augmentation des dépenses de santé (*JOPF*, 29 octobre, p. 2261).

608. G. Mémeteau, *Essai sur la liberté thérapeutique du médecin*, Thèse Droit, Poitiers, 1973 précitée et, du même auteur, « 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) ainsi que son *Cours de droit médical*, *op. cit.*, p. 173 ss.

dans un domaine autrement plus circonscrit (chirurgien-dentiste, vétérinaire, sage-femme, directeur de laboratoire d'analyse de biologie médicale, pédicure-podologue)⁶⁰⁹. La liberté de prescription est mentionnée d'ailleurs dans la partie légale du Code de la Sécurité sociale⁶¹⁰ et bien sûr on la retrouve dans le Code de déontologie médicale⁶¹¹. Elle figure en toutes lettres dans la convention destinée à organiser les rapports entre la CPS et les médecins libéraux du 8 janvier 2009⁶¹².

Cette liberté se concrétise dans l'ordonnance qui implique pour le pharmacien une obligation d'exécution. La liberté de diagnostic et de traitement est une liberté traditionnellement reconnue au médecin⁶¹³, dont on voit bien aujourd'hui qu'elle existe d'abord dans l'intérêt du patient⁶¹⁴. Elle est consacrée par le droit (A) qui l'assortit d'un certain nombre d'assouplissements (B).

A/ La consécration d'un principe sans lequel il n'y a pas de véritable médecine possible

Sous le nom de «liberté de prescription», le Conseil d'État voit dans cette règle un principe général du droit⁶¹⁵. On a pu y voir aussi une norme de valeur légale⁶¹⁶. 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 publiques⁶¹⁷.

Tout médecin, quelle que soit sa spécialité, peut, en principe, pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Néanmoins d'un point de vue déontologique, il ne doit pas «entreprendre ou poursuivre des soins ni formuler des prescriptions dans les domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose», sauf circonstances exceptionnelles⁶¹⁸. Par exemple la pratique de la chirurgie esthétique ne saurait être admise pour un

609. Sur le droit de prescription infirmier, voir *supra* note n° 195.

610. CSS, art. L. 162-2.

611. CSP, art. R. 4127- 8-1 & CDMPF, art. 8-1: «Dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance».

612. Art. 7.

613. CA Paris, 14 décembre 1922, *RTDC* 1923, p. 499, obs. R. Demogue. Cf. G. Mémeteau, *Essai sur la liberté thérapeutique du médecin*, Thèse Droit, Poitiers, 1973.

614. CE, 1^{er} et 2^e SSR, 28 mai 2003, n° 249527 et CE, 1^{er} et 6^e SSR, 1^{er} octobre 2004, n° 261746.

615. CE, 12 décembre 1953, Confédération nationale des associations catholiques des chefs de famille, Rec., p. 545; CE (7^e et 10^e SSR), 18 février 1998, Section locale du Pacifique sud de l'Ordre des médecins, Req. n° 171851, *Gaz. Pal.*, 25 septembre 1999, p. 615.

616. CSS, art. L. 162-2: «Dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin, sauf dispositions contraires en vigueur à la date de promulgation de la loi n° 71-525 du 3 juillet 1971». On peut tirer de cette disposition, soit que le principe figure dans la partie légale du Code et qu'il se situe donc au rang législatif, soit que ledit Code n'y voit jamais qu'un principe déontologique fondamental, par définition de valeur infra-légale...

617. CE, 10 décembre 1962, Syndicat national des vétérinaires, Rec. *Lebon*, p. 672.

618. CSP, art. R. 4127- 70, CDMPF, art. 70. Il peut appeler un confrère en consultation (CSP, art. R. 4127- 58 à 62 CDMPF, art. 58 à 62).

généraliste⁶¹⁹, bien que dans certains pays voisins ceci soit admis (en Allemagne, notamment). Un stomatologue ne peut opérer une circoncision⁶²⁰.

Il n'y a pas de limite au nombre d'actes susceptibles d'être pratiqués, mais un nombre anormalement élevé peut entraîner des poursuites disciplinaires⁶²¹, s'il est avéré que le praticien a exercé d'une manière attentatoire à l'honneur de la profession, par exemple en acceptant de signer une clause de rendement ou de productivité avec un établissement de santé privé. Ce type de clauses est déontologiquement interdit⁶²².

Il appartient aux tribunaux de connaître des préjudices qui pourraient résulter d'une liberté mal maîtrisée par le praticien, mais il 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 scientifique⁶²³. C'est au médecin de choisir librement, parmi les diverses thérapeutiques en présence, celle qui lui paraît la plus appropriée, même si elle est controversée⁶²⁴, dès lors que le débat s'inscrit dans certaines limites : en effet, il ne faut pas que la thérapeutique soit périmée⁶²⁵... ou qu'elle en soit encore à un stade purement expérimental⁶²⁶.

Certes, la liberté de diagnostic et de traitement existe d'abord dans l'intérêt du patient et, sans elle, il n'y a pas de médecine possible. 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»⁶²⁷. 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

619. CE, 20 novembre 2002, n° 182392, 4° sous-section, concernant un praticien de médecine générale n'ayant reçu aucune formation le rendant apte à pratiquer la chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique et lui ouvrant une possibilité de qualification condamné au motif qu'il avait et débordé sa compétence en pratiquant un acte de chirurgie mammaire susceptible de faire courir à sa patiente un risque non justifié. Voir également : CA Paris (1° 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».

620. Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 1994, *JCP* 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).

621. CE 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).

622. CSP, art. R. 4127-92, 95 et 97 ; CDMPF, art. 92, 95 et 97.

623. Cass. 21 juillet 1862, D.P. 1862, I, 419 ; *Sirey*, 1862, I, 818 ; CA 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».

624. CA Nancy, 18 juin 1912, DP 1913.2, jurispr. p. 236 ; CA Paris, 3 mars 1972, *D.* 1972, somm. 101 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 2000, n° 98-19295 (choix possible entre deux méthodes éprouvées).

625. Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1984, *Juris-data*, n° 1984-7007750.

626. CA Aix-en-Provence, 23 février 1949, *JCP G* 1949, II, 5025, obs. Vienne ; CA Aix-en-Provence, 14 février 1950, *D.* 1950, jurispr. p. 322.

627. J. Savatier, *Défense et illustration du droit médical*, APD, 1954-1955, p. 123 ss.

bénéficier de toutes les ressources thérapeutiques dont dispose actuellement l'art médical»⁶²⁸. 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»⁶²⁹.

Toutefois le paysage juridique environnant a beaucoup changé depuis quelques décennies, comme permet de le deviner la lecture du Bulletin de l'Ordre national des médecins d'avril 2007 : «il faut désormais distinguer deux concepts : l'indépendance matérielle du médecin bornée par de nouvelles modalités d'exercice et l'autonomie de la décision médicale à présent encadrée par les contraintes réglementaires et/ou économiques»⁶³⁰. En effet des restrictions croissantes, nées dans le droit de la Sécurité sociale, sont apparues à partir du dernier quart du XXe siècle et surtout dans les années 1990, réduisant la belle indépendance d'antan à de «l'autonomie» elle-même «encadrée». Force est de constater qu'aujourd'hui la liberté de prescription doit être conciliée 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».

B/ Des assouplissements croissants sous l'empire des exigences financières

En 1937, le régime nazi avait fait édicter un Code de déontologie qui affirmait brutalement qu'«en choisissant ses médicaments, le médecin doit tenir compte des nécessités économiques qui sont publiées par la Chambre des Médecins du Reich»⁶³¹. Après Hitler, plus personne n'a plus osé le redire aussi crûment.

Présentées le plus souvent sous couvert de rationaliser les choix médicaux, les contraintes à la liberté de prescription n'ont pas cessé de se renforcer pour autant. On s'en tiendra ici à la France. 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»⁶³². Cette formulation radicale a été pionnière. Aujourd'hui,

628. L. Portes, *À la recherche d'une éthique médicale*, Masson, PUF, Paris, 1964, p. 96.

629. 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 ?

630. Bulletin de l'Ordre national des médecins, avril 2007, «Le patient, le médecin et la société – dix principes pour une confiance partagée».

631. *Berufsordnung für die deutschen Ärzte vom 5 November 1937*/Code professionnel des médecins allemands du 5 novembre 1937, § 22/2. Cf. 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.

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

le Code de déontologie⁶³³ et même la loi⁶³⁴ exigent que le médecin limite ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire sans plus de précision – ce qui peut donner lieu à des interprétations (minimalistes ou maximalistes) opposées.

La légitimité de certaines prescriptions est d'autant plus contestée qu'indépendamment de leur coût, leur efficacité est parfois controversée. 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 même 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 colon⁶³⁵. Ainsi, en métropole, si la prescription plus onéreuse que celle inscrite au TIPS n'est pas justifiée médicalement, le médecin s'expose à une condamnation par le tribunal des affaires de Sécurité sociale⁶³⁶, qui implique le remboursement de la différence par lui perçue.

La loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 (non transposée à la Polynésie française), qui a institué une contre-visite médicale destinée à contrôler la nécessité de la prescription de repos, évite soigneusement de mettre celle-ci en cause (et *a fortiori* la responsabilité du médecin traitant)⁶³⁷. 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 professionnels⁶³⁸.

En métropole, jusqu'en 2005, co-existaient deux systèmes différents de codage⁶³⁹, la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP) pour les médecins libéraux et le catalogue des actes médicaux (CDAM) pour le programme de médicalisation des systèmes d'Information dans les établissements de santé (publics ou privés). À ces deux systèmes spécifiques à la médecine générale s'ajoutait la nomenclature des actes de biologie médicale. Celle-ci n'a pas été affectée, mais un nouveau système de codage des actes médicaux, couvrant 7200 actes, a vu le jour le 11 mars 2005 : la classification commune des actes médicaux

633. CSP, art. R. 4127- 8, al. 2 : « 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 ».

634. CSS, art. L. 162-2-1 (Ord. n° 96-345 du 24 avril 1996) : « Les médecins sont tenus, dans tous leurs actes et prescriptions, d'observer, dans le cadre de la législation et de la réglementation en vigueur, la plus stricte économie compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins ».

635. C. Béraud, *Petite encyclopédie critique du médicament*, Les Éditions de l'Atelier, Les Éditions Ouvrières, Mutualité française, Paris, 2002, p. 42-43.

636. Cass. soc., 14 mars 2002, JCP 2002, IV, n° 1741, p. 850 (concernant un chirurgien orthopédiste, qui avait employé pour la pose de prothèses de hanche des tiges non cimentées qu'il avait cimentées, dont le coût était supérieur à celui des tiges cimentées modulaires).

637. Ce qui aurait entraîné un risque de censure du juge constitutionnel (77-92 DC 18 janvier 1978).

638. CSS, art. L. 133-4.

639. Chaque cotation correspond à un montant déterminé. Dans la NGAP conçu en 1972, par exemple, KC est un acte de chirurgie dont la valeur unitaire est de 2,09 euros. Un acte coté KC 50 a donc une valeur de 104,50 euros. Ce système accélère le traitement des données médicales et garantit la confidentialité des actes. Ainsi, un acte KC 50 peut correspondre aussi bien à une appendicectomie qu'à l'extraction d'une dent de sagesse, KC 60 à une gastrostomie percutanée endoscopique... ou à un implant mammaire.

(CCAM). À ce jour, elle en est déjà à sa vingt-neuvième modification (au 14 décembre 2012).

En Polynésie française, la nomenclature générale des actes professionnels a été mise en œuvre pour la première fois en 1955 puis par l'arrêté n° 200 AA/S du 29 janvier 1969. Son article 1^{er} disposait que « tout acte est désigné par un indicatif suivi d'une lettre-clé et d'un coefficient. L'indicatif désigne un groupe de lettres qui exprime la catégorie ou la spécialité dont relève l'acte envisagé. La lettre-clé est un signe dont la valeur en chiffres est établie par un arrêté local ». Par exemple, les circoncisions rituelles font l'objet d'une prise en charge ou d'un remboursement sur la base d'un tarif forfaitaire égal à K10⁶⁴⁰.

Depuis cette date, l'arrêté n° 200 AA/S a été abrogé par l'arrêté n° 3347 AA/S du 18 octobre 1972⁶⁴¹. Celui-ci a rendu applicable la nomenclature des actes professionnels établie par l'UNCSS en Polynésie française. Quatre ans plus tard, l'arrêté n° 5949 S du 13 octobre 1976 a rendu applicable la nomenclature des actes de biologie médicale en Polynésie française. En l'état actuel du droit local, c'est la délibération n° 95-109 AT du 3 août 1995 relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé⁶⁴² et la CPS qui a repris à son compte le principe de la mise en place d'un codage des actes effectués, des prestations servies aux assurés sociaux ou à leurs ayants-droit et des pathologies diagnostiquées, tel qu'il aura été institué en France métropolitaine et après qu'il aura été rendu applicable sur ce territoire, la communication à l'organisme de gestion du numéro de Code de ces actes, prestations et pathologies, pour un traitement informatisé, après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Cette réaffirmation était parfaitement inutile, car les anciens arrêtés précités (de 1972 et de 1976) avaient pris soin de préciser que « toute modification apportée à cette nomenclature sera automatiquement applicable en Polynésie française ». Néanmoins les conditions de cette automaticité n'ont jamais été précisées. La situation s'est encore obscurcie lorsque les arrêtés de 1972 et 1976 ont été abrogés par la délibération n° 2003-125 APF du 28 août 2003 (article 7). D'autant que ce dernier texte croyait devoir ajouter (en son article 6), que « dans l'attente d'une codification déterminée localement, la NGAP en vigueur en métropole à la date de la publication de la présente délibération s'applique en Polynésie française ». Compte-tenu du fait qu'aucune codification n'est intervenue localement, c'est donc la NGAP qui est très largement mise en œuvre alors même que l'Hexagone l'a abandonné en 2005. Ainsi en ce qui concerne la cotation des actes effectués par les médecins libéraux exerçant dans une unité d'hospitalisation (Paofai et Cardella), la NGAP prévaut pour tous les actes réalisés en hospitalisation. Cependant, la CPS impose la cotation parallèle en CCAM pour tous les actes techniques réalisés durant l'hospitalisation même si cette dernière cotation n'a pour le moment aucune incidence sur la dotation

640. Délibération n° 95-262 AT du 20 décembre 1995 instituant et modifiant les conditions du risque maladie des ressortissants du régime de solidarité territorial, art. 9-3.

641. Arrêté n° 3347 AA/S du 18 octobre 1972 établissant une nouvelle nomenclature générale des actes professionnels des médecins, chirurgiens, spécialistes sages-femmes et auxiliaires médicaux (JOPF, 31 octobre).

642. JOPF 1995, n° 33, p. 1664.

globale de fonctionnement de chacun des établissements. En ce qui concerne l'hôpital tous les actes sont cotés en CCAM alors même que celle-ci n'a aucune influence sur la DGF. À l'heure où ces lignes sont écrites, une codification propre au Pays a été adoptée (la CPAM) ; elle est destinée à être mise en place au 1^{er} janvier 2013⁶⁴³.

Les conventions nationales prévoient des références médicales opposables (RMO)⁶⁴⁴ fort mal nommées, comme on va le voir (car elles ne sont pas juridiquement opposables). Ce sont des critères d'examen, comme on les appelle aux États-Unis, dans le monde assurantiel où est née l'idée⁶⁴⁵. En France, la notion renvoie à une liste de pratiques médicales présentées comme inutiles ou dangereuses (!), introduites par la convention nationale des médecins et approuvée le 25 novembre 1993, puis consacrées ensuite par l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996⁶⁴⁶. Ces références, strictement négatives, sont établies à partir des bases scientifiques élaborées par l'ANAES (ou, pour les médicaments par l'AFSSAPS), aujourd'hui la HAS, concrétisées par des fiches techniques d'une dizaine de pages, pour donner naissance à des formules brèves, lapidaires, sans nuances⁶⁴⁷, qui sont rédigées dans les services de l'assurance maladie⁶⁴⁸.

Celles-ci se sont beaucoup développées. En métropole, 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'examens⁶⁴⁹. Elles ne concernent que la pratique privée. Mais elles ont vocation à une couverture plus ample.

On envisage d'étendre les RMO à la pratique hospitalière publique. En outre elles ne sont pas spécifiques à la pratique médicale. Des références professionnelles sont également prévues pour les chirurgiens-dentistes, les sages-femmes et les auxiliaires médicaux⁶⁵⁰. D'ailleurs, la loi n° 2002-322 du 6 mars 2002 portant rénovation des rapports conventionnels entre les professions libérales de santé et les organismes d'assurance maladie a introduit la dénomination de « références professionnelles opposables ».

Ces RMO sont très précises et directives. En effet, elles sont destinées à permettre un contrôle par un non-médecin⁶⁵¹. Par exemple, un médecin n'a

643. Arrêté n° 45/CM du 18 janvier 2012 modifié relatif à la codification des médecins de la Polynésie française et fixant les tarifs d'autorité des actes professionnels des médecins non-conventionnés, art. 16.

644. L'actuelle convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes du 12 janvier 2005 (A. 3 février 2005, *JO* 11 février) parle de « référentiels médicaux scientifiquement validés ».

645. *Review criteria*. Cf. P. Loiseau, *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux États-Unis et en France*, PUAM, Aix, 2005, p. 49.

646. CSS, art. L. 162-5-6.

647. P. Loiseau, *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux États-Unis et en France*, *op. cit.*, p. 176, qui démontre que la rédaction des RMO est dangereusement simplificatrice.

648. *Ibid.*, p. 252.

649. *La santé en France 2002*, La Documentation française, Paris, 2002, p. 274.

650. CSS, art. L. 162-9. Il existe aujourd'hui des références médico-kinésithérapeutiques opposables...

651. P. Loiseau, *op. cit.*, p. 169 pour une démonstration convaincante : « il suffit [...] de se représenter

pas à prescrire à une femme enceinte de pratiquer un test chromosomique ou une amniocentèse lorsque la personne n'est pas une « patiente à risques » du fait de son âge ou de ses antécédents⁶⁵². Ou, « il n'y a pas lieu de pratiquer un bilan allergologique initial systématique dans l'asthme, sauf chez l'enfant »⁶⁵³.

Ces « références » ont une justification incontestable au niveau de la santé publique, où, si l'on préfère, au niveau macro-sanitaire. Ainsi, en ce qui concerne le dépistage des anomalies chromosomiques pendant la grossesse, on sait qu'elles sont très rares chez la femme jeune sans antécédents notables et que la réalisation d'un prélèvement de liquide amniotique fait tout de même encourir un risque de fausse couche de 0,5 %⁶⁵⁴. Mais la médecine s'exerce sur des malades dont les complexions ne se résument pas à une formule globale. Dès lors, il ne fait aucun doute que le développement des RMO va nécessairement aboutir à créer un conflit avec les impératifs déontologiques, qui commandent aux médecins d'exercer leur « mission dans le respect de la vie et de la personne humaine »⁶⁵⁵ et de ne pas « faire courir au malade un risque injustifié »⁶⁵⁶. La preuve en est que déjà certaines RMO, très controversées, ont dû être retirées : tel est le cas du point 2 de la RMO relative à l'asthme, jusqu'à son abrogation en 1997. Elle disposait « il n'y a pas lieu de pratiquer un bilan allergologique initial systématique dans l'asthme, sauf chez l'enfant »⁶⁵⁷. Il s'agissait seulement de faire l'économie d'un tel bilan, ce qui interdisait au médecin d'opérer une recherche des causes, qui pouvait aboutir à découvrir, par exemple, que le patient était allergique aux poils de son chat. En l'absence de bilan, l'asthmatique conservait son animal de compagnie, au risque de faire un jour une crise aiguë et grave, potentiellement mortelle. De même, toujours en 1998, la RMO relative aux frottis vaginaux a été supprimée. Le libellé initial limitait ce contrôle à un examen triennal⁶⁵⁸. Il s'agissait de réaliser des économies, même s'il est toujours possible de présenter la chose autrement, par exemple en faisant valoir que si les frottis sont moins fréquents, on diminue certainement les risques de surinfection liés à de possibles défauts d'asepsie. Il n'en demeure pas moins que le dépistage du cancer de

les millions de feuilles de soins qui circulent en France chaque année pour comprendre qu'il n'est pas pensable de demander aux médecins-conseils de les "éplucher" toutes ; seule l'informatique peut y parvenir, mais il faut pour cela que l'acte médical soit codé et que la « limitation de vitesse » sanitaire le soit aussi. C'est précisément le but des RMO que de définir ces « limitations de vitesse » dans un langage binaire, c'est-à-dire intelligible pour un ordinateur appelé à remplacer le médecin-conseil. Voir aussi p. 172.

652. Cass. Ass. Plén., 28 novembre 2001, n° de pourvoi : 00-11197 (affaire Yvan).

653. Arrêté approuvant la Convention (JO, 29 mars 1997).

654. A. Louis-Pécha, « Possibilités de repérages anténatals de l'état de santé. État du droit positif en matière de diagnostics », *RGDM*, n° 17, 2005, p. 31.

655. CSP, art. R. 4127-2.

656. CSP, art. R. 4127-18.

657. Arrêté approuvant la Convention (JO, 29 mars 1997).

658. www.chez.com/mach02/refs/rmoliste.htm

Le texte, abrogé par l'arrêté du 10 juillet 1998 indiquait : « Il n'a pas lieu, chez une femme asymptomatique, sans antécédent d'affection gynécologique, sans facteurs de risque, sans anomalie constatée à l'examen clinique et dont le frottis s'est révélé normal, de répéter ce frottis plus d'une fois tous les trois ans ; l'examen gynécologique annuel permettant de vérifier si ces conditions sont toujours réunies ».

l'utérus n'est pas satisfaisant en France, où il causerait 2000 décès l'an⁶⁵⁹. Certes un frottis tous les trois ans est généralement suffisant pour dépister à temps la plupart de ces pathologies. Et passer à un frottis annuel conduirait à multiplier le coût global par trois pour faire monter le taux de sécurité de 93 % à 93,5 % à peine. Or «un demi-point de sécurité en plus justifie-t-il une multiplication par trois de la dépense totale? Telle est la vraie question»⁶⁶⁰.

En Polynésie française, le principe de l'introduction des RMO a été prévu par la délibération n° 95-109 AT du 3 août 1995 relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé⁶⁶¹. Celle-ci dispose que l'application des références médicales opposables déterminées localement s'opérera à partir de la liste des références médicales nationales. Elle fait de même pour les références kinésithérapeutiques et orthophoniques déterminées localement à partir de la liste des références nationales. Trois ans plus tard la délibération n° 98-163 APF du 15 octobre 1998 relative à la maîtrise de l'évolution des dépenses des établissements de santé a imposé aux praticiens des établissements de santé du secteur public d'appliquer eux-mêmes les références médicales opposables déterminées localement.

De quelle latitude jouit le professionnel de santé vis-à-vis de ces références?

Certes, en théorie, le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit⁶⁶² et chaque malade étant un être unique, un praticien devrait toujours pouvoir se départir en principe des RMO s'il estime que l'état de son malade l'exige⁶⁶³.

D'autant que ces RMO ne constituent, pour le juge civil ou administratif⁶⁶⁴, rien de plus que des éléments, parmi les autres, des données de la science et qu'elles n'ont aucune autorité de plein droit⁶⁶⁵.

Il faut en effet se souvenir que l'arsenal juridique qui entourait le système à ses débuts n'a pas vu le jour.

En métropole, la méconnaissance des RMO devait initialement exposer le médecin à des poursuites devant les comités médicaux paritaires locaux/CMPL⁶⁶⁶

659. http://www.medcost.fr/html/economie_sante_eco/eco_011097.htm: «plus de trois millions de tests sont pratiqués chaque année, mais seulement 20 % des femmes de 50 ans s'y soumettent alors que c'est à partir de cet âge qu'elles sont le plus touchées. En conséquence, 2 000 décès annuels sont enregistrés alors que les spécialistes affirment que ce cancer devrait aujourd'hui avoir disparu en France».

660. J.-F. Girard, *Quand la santé devient publique*, Hachette-Littérature, Paris, 1998, p. 230.

661. JOPF 1995, n° 33, p. 1664.

662. CSP, art. R. 4127- 5.

663. G. Rebecq, *La prescription médicale*, op. cit., n° 168 et 177.

664. CE, 12 janvier 2005, Juris-data n° 2005-067867, AJDA, 16 mai 2005, note J.-P. Markus.

665. 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», p. 116-117.

666. Institution présente depuis 1971, les CMPL 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 RMO 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,

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/TASS⁶⁶⁷. Mais le Conseil d'État a jugé que le contentieux des litiges nés de l'intervention « comités médicaux » ne pouvait pas relever du TASS⁶⁶⁸, puis, il a annulé, pour des raisons techniques liées au régime de sanction, les articles de l'arrêté du 13 novembre 1998 sur les conséquences du non-respect des RMO⁶⁶⁹. Finalement, les comités médicaux ont été supprimés en 2002⁶⁷⁰.

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 conventionnés⁶⁷¹. La procédure conventionnelle a été sanctionnée⁶⁷². 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 rationnels⁶⁷³.

À l'heure actuelle, existent néanmoins trois possibilités.

La première est la faculté pour la Caisse de demander de recouvrer le paiement d'un acte indu dans un certain nombre de cas limitatifs⁶⁷⁴. Le médecin

exécutoire dès sa notification et contestable devant le TASS

667. CSS, art. L. 162-5 et L. 162-12/15.

668. CE, 12 juin 1998, TPS 1998, comm. 297, obs. X. Prétot, RJS 1998, n° 1048.

669. CE, 28 janvier 1999, Syndicat des médecins libéraux et autres, Req. n° 202606, où la haute instance a jugé « que le montant total de la sanction (lié au non respect des RMO) peut atteindre pour une période de deux mois une somme supérieure au triple de cette assiette (la participation mensuelle des caisses au financement de la protection sociale du praticien concerné) ; qu'en retenant une échelle variable selon les revenus des médecins, indépendante de la nature de l'infraction constatée et de son coût pour l'assurance maladie, les auteurs de l'arrêté attaqué ont institué un régime de sanctions qui pourrait être, dans nombre de cas, manifestement disproportionné ».

670. Ils n'avaient jamais été acceptés par les médecins (*Le Quotidien du Médecin*, n° 7162, 18 juillet 2002, p. 2). Désormais ces litiges relèvent de la SAS du CROM, compétente pour les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession, relevés à l'encontre des médecins (CSS, art. L145-1, modifié par la L. n° 2002-303 du 4 mars 2002).

671. CE, 27 avril 1998, Confédération des syndicats médicaux français, *RFDA* 1998, p. 973.

672. CE, 3 juillet 1998, Syndicat des médecins de l'Ain, *RFDA* 1998, p. 942, concl. Maugüé.

673. Déc. n° 98-404 DC du 18 décembre 1998.

674. CSS, art. L. 133-4 (L. n° 2005-1579 du 19 décembre 2005) : « En cas d'inobservation des règles de tarification ou de facturation : 1° Des actes, prestations et produits figurant sur les listes mentionnées aux articles L. 162-1-7, L. 162-17, L. 165-1, L. 162-22-7 ou relevant des dispositions des articles L. 162-22-1 et L. 162-22-6 ; 2° Des frais de transports mentionnés à l'article L. 321-1, l'organisme de prise en charge recouvre l'indu correspondant auprès du professionnel ou de l'établissement à l'origine du non-respect de ces règles. Il en est de même en cas de facturation en vue du remboursement, par les organismes d'assurance maladie, d'un acte non effectué ou de prestations et produits non délivrés. L'action en recouvrement, qui se prescrit par trois ans à compter de la date de paiement de la somme induue, s'ouvre par l'envoi au professionnel ou à l'établissement d'une notification de payer le montant réclamé ou de produire, le cas échéant, leurs observations. En cas de rejet total ou partiel des observations de l'intéressé, le directeur de l'organisme d'assurance maladie adresse, par lettre recommandée, une mise en demeure à l'intéressé de payer dans le délai d'un mois. La mise en demeure ne peut concerner que des sommes portées sur la notification. Elle comporte une majoration de 10 % du montant des sommes réclamées non réglées à la date de son envoi ; ces majorations peuvent faire l'objet d'une remise. Lorsque la mise en demeure reste sans

doit alors verser, non pas le montant de la consultation qu'il a reçu, mais celui de la prescription litigieuse dont a bénéficié son patient. Parfois cela englobe des soins donnés par un tiers. Ainsi, quand un médecin prescrit des séances de kinésithérapie que l'organisme de prise en charge juge non-conforme, il s'expose à devoir rembourser le montant global des séances de massage dont le patient a bénéficié et pour lesquelles l'auxiliaire médical a été rémunéré⁶⁷⁵. Ce système, propre à la médecine de ville conventionnée, ne concerne pas l'hôpital public.

La seconde possibilité d'astreindre le médecin au respect des RMO consiste à le déférer devant le comité médical paritaire local. Celui-ci entend le médecin mis en cause. Puis, sur la base des faits litigieux retenus, par le dit comité, le service du contrôle médical propose à la caisse la sanction financière prévue par les conventions ou le règlement mentionnés au premier alinéa⁶⁷⁶. Ce 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)⁶⁷⁷.

La troisième voie suppose d'insérer les références dans les conventions médicales. La loi du 6 mars 2002 portant rénovation des rapports conventionnels entre les professions libérales de santé et les organismes d'assurance maladie indique que « la ou les conventions [...] précisent [...] les actions d'information et de promotion des RMO »⁶⁷⁸. Et la loi portant réforme de l'assurance maladie du 13 août 2004 dispose que les conventions prévoient la possibilité de mettre à la charge du médecin dont la pratique ne respecte pas les références médicales une contribution⁶⁷⁹, sans plus de précision.

À la lumière de la loi du 13 août 2004, on pourrait être tenté de mentionner une dernière possibilité, très généralement ouverte en cas d'inobservation des règles du Code de la Sécurité sociale, ayant abouti à prise en charge ou à un remboursement indus. C'est la possibilité pour le directeur de l'organisme local d'assurance maladie de prononcer une pénalité, après avis d'une commission paritaire. En ce cas, le montant de la pénalité est fixé en fonction de la gravité des faits, dans la limite de deux fois le plafond mensuel de la Sécurité sociale. Ce montant est doublé en cas de récidive. L'organisme d'assurance maladie notifie le montant envisagé de la pénalité et les faits reprochés à la personne ou

effet, le directeur de l'organisme peut délivrer une contrainte qui, à défaut d'opposition du débiteur devant le tribunal des affaires de Sécurité sociale, comporte tous les effets d'un jugement et confère notamment le bénéfice de l'hypothèque judiciaire».

Il importe de bien noter qu'il s'agit de différents cas de recouvrement « automatiques » de l'indu. À ce titre ils se distinguaient des cas « éventuels » régis par l'ancien article L. 315-3, supprimé par la loi du 20 décembre 2002.

675. P. Loiseau, *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux États-Unis et en France*, op. cit., p. 93.

676. CSS, art. L. 162-12-16 (L. n° 2004-810 du 13 août 2004), qui précise que la décision prise par la caisse est exécutoire dès sa notification, mais qu'elle peut être contestée devant le tribunal administratif.

677. La question est pendante car le CSS art. L. 162-12-16 évoque l'éventualité d'une sanction sans en préciser la nature.

678. CSS, art. L. 162-14-1 (L. n° 02-322 du 6 mars 2002). Cette disposition a été maintenue dans la rédaction actuelle de cet article, qui résulte de la L. n° 2005-1579 du 19 décembre 2005.

679. CSS, art. L. 162-5-2 (L. 13 août 2004).

l'établissement en cause, afin qu'il puisse présenter leurs observations écrites ou orales dans un délai d'un mois. À l'issue de ce délai, l'organisme prononce, le cas échéant, la pénalité et la notifie à l'intéressé ou à l'établissement en lui indiquant le délai dans lequel il doit s'en acquitter. La mesure prononcée est motivée et peut être contestée devant le tribunal administratif. Or, la portée de ce dispositif pour les RMO est nulle. Accessoirement, il faut noter que l'organisme de Sécurité sociale ne peut pas concurremment recourir à ce dispositif de pénalité et aux procédures conventionnelles visant à sanctionner la même inobservation des règles du présent Code par un professionnel de santé⁶⁸⁰. En outre et fondamentalement, il faut observer qu'au vu du décret d'application très restrictif⁶⁸¹ du 23 août 2005, cette voie n'est pas utilisable pour les RMO⁶⁸².

Malgré cette restriction, l'arsenal détenu par les Caisses n'est pas négligeable. On ajoutera que, confronté à l'antinomie possible entre le corps de déontologie et le corpus des RMO, le médecin français n'est pas dans la situation confortable de son homologue américain à l'égard de la contradiction susceptible de s'élever entre l'*ethics* et les *review criteria*. En effet aux États-Unis la première n'a aucune valeur contraignante⁶⁸³.

Il en résulte que si le médecin américain peut suivre les *review criteria*, son homologue français a intérêt à ne pas les faire prévaloir sur les références déontologiques.

D'autant que le droit français consacre l'incrimination de la non-assistance à personne en danger qu'ignore le droit américain, où la faute pénale reste en retrait dans ce domaine.

De plus le médecin américain qui suit les *review criteria* voit le groupe d'assurance qui contrôle le *managed care* assumer la charge d'une condamnation éventuelle à des dommages et intérêts consécutive à l'application de *criteria* dommageables⁶⁸⁴, alors que le praticien français qui suit les «références» élaborées par l'assurance maladie n'engage pas la responsabilité de celle-ci, mais sa responsabilité personnelle. S'il fait prévaloir les RMO sur la déontologie, il s'expose au risque d'une sanction disciplinaire, s'il écarte les RMO au nom de la déontologie et que son choix entraîne un préjudice pour son patient, celui-ci pourra vraisemblablement arguer de l'inobservance des RMO pour prouver la faute du praticien⁶⁸⁵.

680. CSS, art. L. 162-1-14 (L. du 13 août 2004 modifiée par la L. du 19 décembre 2005).

681. D. n° 2005-1016 du 23 août 2005 pris pour l'application de l'article L. 162-1-14 CSS, JORF 25 août, dont les termes ont été codifiés sous les art. R. 147-1 à R. 147-8 CSS, qui dressent une énumération limitative des faits justiciables (art. R. 147-6), qui ampute l'œuvre du législateur d'une part de sa portée. D'autant que seuls les faits commis à compter du 26 août 2005 sont susceptibles d'être concernés par ces pénalités (I. Péjout, «Réflexions pragmatiques sur les nouvelles pénalités financières des organismes d'assurance-maladie», RDSS 2006-1, pp. 80 ss.).

682. CSS, art. R. 147-6.

683. P. Loiseau, *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux États-Unis et en France*, op. cit., p. 198.

684. *Ibid.*, p. 192.

685. Le cas ne s'est jamais présenté. Mais on pourrait faire valoir dans ce sens CE, 12 janvier 2005, AJDA 2005, dans lequel un gynécologue a été condamné pour avoir méconnu une RBP ainsi que les dispositions des articles 8 et 32 du CDM

En Polynésie française, la délibération n°95-109 AT du 3 août 1995⁶⁸⁶ prévoyait pour le médecin dont la pratique ne respecte pas les références médicales opposables, «des sanctions financières dont le montant sera prévu conventionnellement». Mais celles-ci n'ont pas vu le jour. La convention médicale de 2008 se borne à indiquer que la commission conventionnelle paritaire (qui assure le bon fonctionnement de la convention par une collaboration permanente de la Caisse et du ou des syndicats signataires) «propose et assure le suivi des recommandations et références médicales opposables». Elle est plus prolixe sur les références de bonnes pratiques⁶⁸⁷...

L'ordonnance n°96-345 du 24 avril 1996 a ajouté aux RMO des normes positives, les recommandations de bonne pratique⁶⁸⁸, également établies par l'ANAES (ou l'AFSSAPS), aujourd'hui la HAS, et homologuées par arrêtés ministériels. 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 peuvent être contestées par voie de recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'arrêté d'homologation⁶⁸⁹. 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. 162-12-18 du Code de la Sécurité sociale⁶⁹⁰.

En Polynésie française, la convention médicale signée en 2009 pose le principe de l'application des références de bonnes pratiques visées à l'article 30 de ladite convention et listées en annexe.

Quatre protocoles de soins concernant la prise en charge médicale y figurent pour le diabète, le RAA, l'hypertension artérielle (HTA) et l'asthme.

«Les médecins se doivent de connaître les références de bonne pratique adoptées par les parties signataires et s'engagent à les appliquer. Lorsque l'état de santé d'un patient ne permet pas d'appliquer ces références, le médecin doit pouvoir le justifier auprès du contrôle médical en cas de demande expresse»⁶⁹¹.

Depuis 1994⁶⁹², il existe des «médicaments à prescription restreinte» qui ne peuvent être prescrits que par quelques catégories de médecins (hospitaliers, spécialistes ou qualifiés).

La liberté de prescription est également limitée par l'exercice du droit de substitution reconnu en métropole aux pharmaciens, depuis la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1999⁶⁹³. Dès 2003 fut introduit en Polynésie française le principe de substitution des princeps par des médicaments génériques⁶⁹⁴. Le

686. *JOPF* 1995, n°33, p. 1664.

687. <http://www.cps.pf/files/conventioncollectmedecins-optimised.pdf>

688. CSS, art. L. 162-12-15.

689. CE, 26 septembre 2005, D. Cristol, «Le possible contrôle, par le juge de l'excès de pouvoir, des RBP», *RDSS*, 2006-1, p. 53-67, qui observe que le juge a assimilé les RBP à des circulaires.

690. L. n°2000-322 du 6 mars 2002 (*JO* 7 mars).

691. <http://www.cps.pf/files/conventioncollectmedecins-optimised.pdf>

692. CSP, art. R. 5143-5-1 à R. 5143-5-6 (décret n°94-1030 du 2 décembre 1994).

693. L. n°98-1194 23 décembre 1998 (complétée par D. 11 juin 1999, *JO* 12 juin).

694. Toute spécialité qui a la même composition qualitative et quantitative en principes actifs, la même forme pharmaceutique et dont la bioéquivalence avec la spécialité de référence est démontrée par des études de biodisponibilité appropriés.

mécanisme est simple. Certes 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 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. En effet, le prescripteur peut exclure la possibilité pour le pharmacien de délivrer le médicament générique par substitution à la spécialité princeps prescrite en inscrivant la mention «non substituable» ou «NS» portée en regard de la spécialité concernée. Cette mention ne doit être que le fait d'exceptions⁶⁹⁵. En 2003 le patient polynésien pouvait refuser la substitution sans encourir de pénalité. En 2010 a été introduit le principe du remboursement sur la base du prix du générique, à l'instar de ce qui existe dans l'Hexagone.

En métropole, les médecins peuvent être dans l'obligation de prescrire un certain nombre de médicaments génériques. C'est notamment le cas des médecins référents⁶⁹⁶. Cette incitation a été généralisée en juin 2002 lorsque la revalorisation de la consultation médicale des médecins généralistes a été portée à 20 euros moyennant l'engagement des médecins à prescrire à 25 % en «dénomination commune» et à 12,5 % dans le Répertoire officiel des génériques⁶⁹⁷.

Dernièrement, inspirés peut être par une expérience britannique⁶⁹⁸, les pouvoirs publics se sont efforcés de faire évoluer le comportement prescrit des médecins avec les CAPI (Contrats d'amélioration des pratiques individuelles) mis en place en France en 2009. Le système a retenu seize indicateurs (imposés par les Caisses sans négociation avec les médecins) permettant au médecin d'obtenir 7 euros par patient. Malgré l'hostilité de l'Ordre⁶⁹⁹, 15 000 médecins (1/3 des généralistes libéraux en exercice) sont rentrés dans le dispositif. Ils ont obtenu 3 100 euros de rémunération supplémentaire l'an en moyenne.

Ceci n'a pas été transposé en Polynésie française.

§ 4 – Le droit du praticien d'être rémunéré à l'acte et le paiement direct par la personne soignée

Le droit du praticien d'être rémunéré à l'acte et le paiement direct par la personne soignée, qu'on a lié en France, depuis des décennies, sont en réalité deux principes distincts. L'entente directe «avec le malade sur les honoraires avait traditionnellement pour conséquence la fixation inter-individuelle des tarifs

695. <http://www.cps.pf/espace-professionnel-de-sante/pharmacien/vous-former-et-vous-informer/information-de-la-cps/la-politique-du-medicament>

696. Avenant n° 6 à la convention conclu le 15 octobre 2001 (JO, 15 mars 2002).

697. La consultation est passée depuis à 21 euros (le 1^{er} août 2006).

698. Au Royaume-Uni, le QOF (*Quality and Outcomes Framework*) mis en place en 2004 après deux ans de négociations consiste à verser une dotation globale aux cabinets satisfaisant à un certain nombre de critères : 95 indicateurs existent (dont 17 sur le diabète par exemple). Trois indicateurs concernent l'accueil du patient (le temps passé à obtenir un rendez-vous, la longueur des consultations). Les effets sur la qualité des soins restent apparemment modestes.

699. Comme le CAPI intègre des indicateurs d'efficience a tort ou à raison la profession l'a mal perçu. La revue *Prescrire* elle-même a critiqué certains indicateurs jugés peu conformes à la qualité des soins.

pratiqués et le paiement direct au médecin. Ce n'était ni aux Caisses ni à l'État de déterminer les honoraires médicaux, mais aux médecins eux-mêmes avec équité, tact et mesure. D'après le président Louis Portes, fidèle écho des conceptions de son temps, l'entente directe entre malade et médecin en matière d'honoraires est la possibilité pour le médecin d'assurer aussi bien des soins gratuits à l'indigent, que modérément rétribués à l'économiquement faible ou que largement honorés par le malade fortuné⁷⁰⁰. Assurément ce principe a toujours été mal nommé car d'entente à proprement parler il n'a jamais été question dans la mesure où les honoraires ont toujours été établis par le seul médecin⁷⁰¹. Néanmoins ce schéma a parfaitement fonctionné aussi longtemps qu'on est resté dans un cadre libéral, caractérisé par l'abstention des pouvoirs publics. Mais il a commencé à attirer les critiques au lendemain de la mise en place de la Sécurité sociale. Le projet Gazier, du nom d'Albert Gazier, Ministre des affaires sociales du gouvernement socialiste de Guy Mollet en 1956, envisagea pour la première fois de le supprimer. La mise en place du système conventionnel a abrogé le système qui survit cependant chaque fois que la prestation médicale n'est pas socialement prise en charge.

L'intervention des pouvoirs publics a fait progresser le socialisme, soit-dit sans intention partisane, tant il est vrai que celui-ci a surtout progressé sous les ministères «de droite»⁷⁰². Ce courant a très inégalement affecté les deux principes libéraux que sont le droit du praticien d'être rémunéré à l'acte et le paiement direct par la personne soignée.

Le premier principe a à peu près entièrement disparu aujourd'hui. Dès 1945, l'ordonnance imposant un blocage des prix a été valablement appliquée aux tarifs médicaux⁷⁰³.

Le second principe, auquel les médecins sont attachés, figure toujours formellement dans le Code de la Sécurité sociale⁷⁰⁴.

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 libéraux⁷⁰⁵, pour fixer les tarifs des

700. L. Portes, *À la recherche d'une éthique médicale*, éd. Masson, Paris, 1954, p. 94.

701. J. Sarano, *Médecine et médecins*, Seuil, Paris, 1959 : «L'entente directe est une expression pudique pour signifier que le praticien décide lui-même du montant de ses honoraires d'après l'importance qu'il attribue au service rendu et au jugé de la situation de fortune de son client. Il n'est donc nullement question d'une entente directe» : M. Harichaux, *La rémunération du médecin*, op. cit., p. 40.

702. Il suffit pour cela d'observer que des réformes «socialistes» comme les assurances sociales obligatoires pour les salariés au-dessous d'un certain niveau de revenus (1928-30), l'établissement de la Sécurité sociale sous le ministère de Gaulle (1945-46), la mise en place du système conventionnel par les décrets de 1960-1966, le *numerus clausus* pour les médecins (1971), la réparation publique des graves infections nosocomiales (décembre 2002), le dossier médical personnel et le médecin traitant (août 2004) ont été adoptées par des gouvernements «de droite» ou du moins des cabinets dominés par un président du conseil classé de la sorte. Ceci n'est pas propre à la santé ; on pourrait en donner pour exemples des mesures comme la création de l'impôt sur le revenu (1917), le 1^{er} mai jour férié (1941), les comités d'entreprises, les nationalisations de la Libération (1945-46), le SMIC (1970), ou le collège unique (1976).

703. CE, 23 février 1949, Faveret, Rec., p. 88.

704. CSS, art. L. 162-2.

705. 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

honoraires, « diminuer la part [...] à la charge des assurés sociaux » et permettre l'application effective du principe de protection de la santé⁷⁰⁶. Ces conventions existent en métropole depuis 1971, en Polynésie française, depuis 1995⁷⁰⁷.

Localement, les actes professionnels exécutés par les docteurs en médecine agréés (mais aussi les chirurgiens-dentistes, les sages-femmes et les auxiliaires médicaux) sont cotés conformément à une codification arrêté par le conseil des ministres et remboursés suivant leur valeur fixée par convention entre les praticiens et la Caisse de prévoyance sociale (tarif conventionnel) ou éventuellement par arrêté du conseil des ministres (tarif d'autorité)⁷⁰⁸.

Enfin le vieux principe du paiement direct 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 métropolitain 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. Ainsi en Polynésie française, dans les formations sanitaires privées et auprès des praticiens du secteur privé, les soins externes sont pris en charge partiellement ou intégralement en tiers payant suivant les conditions définies par conventions spécifiques⁷⁰⁹.

Section 2. Les différentes modalités d'exercice privé

par Antoine Leca

Les médecins ne sont pas obligés de choisir un type unique d'exercice. D'ailleurs, la vieille pratique du polyexercice est restée vivace. Récemment, a été admise la possibilité pour un professionnel de cumuler un exercice au sein d'un cabinet et au sein d'une SEL⁷¹⁰. On va laisser cette situation dans l'ombre dans la mesure où, par souci de clarté, il importe de voir ici, de façon distincte, les différents types d'exercice.

Il existe certes des règles communes à celles-ci, l'exercice direct -générateur d'une responsabilité personnelle⁷¹¹ – sous son nom – l'usage d'un pseudonyme étant interdit⁷¹².

Mais, pour l'essentiel, il faut distinguer l'exercice libéral, l'exercice salarié, la médecine de contrôle.

conventions relatives au secteur privé sont signées par les établissements de santé.

706. Déc. Const. déc. 89-269 DC.

707. La convention de 1995 a fixé un tarif conventionnel et introduit un remboursement au taux de 80 % du dit tarif ainsi que le tiers payant avec prise en charge longue maladie-grossesse à 100 %, permettant aux patients de consulter directement dans le secteur privé sans avance de frais.

708. Délibération n° 2003-125 APF du 28 août 2003.

709. Délibération n° 95-262 AT du 20 décembre 1995 instituant et modifiant les conditions du risque maladie des ressortissants du régime de solidarité territorial, art. 9-1.

710. CE, 3 septembre 2007, n° 291887, M. Philippe A. c/. CNOM

711. CSP, art. R. 4127- 69.

712. CSP, anc. art. L. 363 ; CSP, art. R. 4127- 75.

§ 1 – L'exercice en clientèle⁷¹³ privé

Cet exercice peut s'opérer en cabinet (1) ou en établissement de santé privé (2), seul ou en groupement (3). On dira enfin quelques mots sur les autres formes d'exercice libéral, notamment à l'hôpital (4).

Sous-paragraphe 1 – L'exercice en cabinet

L'exercice libéral s'opère en cabinet et c'est en cabinet que l'exercice libéral concentre tous ses traits distinctifs. On en donnera pour exemple la cessation d'activité : alors que les contrats d'exercice conclus entre les cliniques et les praticiens ne peuvent pas dépasser l'âge de la retraite, rien n'impose à un médecin libéral installé en cabinet de cesser son activité professionnelle à un moment déterminé, dès lors qu'il est exempt d'infirmité ou d'un état pathologique rendant dangereux l'exercice de sa profession.

Le droit n'en impose pas moins certaines contraintes.

En principe un médecin (ou une société d'exercice) ne peut en avoir qu'un seul cabinet⁷¹⁴. C'est là une réaction contre les abus qui ont existé dans les années 1930⁷¹⁵.

Toutefois deux assouplissements sont possibles.

En premier lieu, il convient d'indiquer que la création d'un second cabinet, dit « secondaire », est traditionnellement possible. Il y a cabinet secondaire lorsqu'un médecin reçoit en consultation de façon régulière ou habituelle des patients dans un lieu différent du cabinet principal⁷¹⁶. Toutefois le praticien libéral qui exerce également en « clinique ouverte », à l'hôpital, n'y est pas réputé y avoir un cabinet secondaire⁷¹⁷. *A fortiori*, le professionnel qui effectue des visites médicales d'urgence au domicile des patients ayant pris contact avec un centre téléphonique qui ne comporte aucun local permettant de recevoir les malades en consultation et n'est en rien assimilable à un cabinet secondaire⁷¹⁸. L'ouverture d'un cabinet secondaire est subordonnée à 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 assurée⁷¹⁹. L'autorisation est d'ailleurs retirée,

713. 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).

714. CSP, art. R. 4127- 85, al. 1 ; CDMPF, art. 85, al. 1.

715. Voir par ex. Camerman Matei, *La responsabilité civile du médecin*, Thèse Droit, Paris, 1932, p. 7.

716. CSP, art. R. 4127- 85, al. 2 ; CDMPF, art. 85, al. 2.

717. CE, 12 mars 1999, req. n° 1888619.

718. CE, 4^e et 5^e SSR., 27 juillet 2005, *Gaz. Pal. Rec.*, 2005-1, p. 535.

719. Ces conditions exigeantes n'étaient pas vraiment réunies... à Saint-Tropez où un médecin niçois entendait installer un cabinet secondaire (CE, 4^e sous-section, 11 juin 2007, Rostane, n° 295293, *Gaz. Pal. Rec.*, 2007-6, p. 4192). Elles ont été retenues dans la commune d'Agde, où n'existait qu'un seul chirurgien orthopédiste, ce qui contraignait une partie de la clientèle, à mobilité réduite, à se rendre à Béziers, distante de 25 kms (CE, 9 juin 2008, M. Bringer, n° 299843).

lorsque l'installation permanente 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 secondaire⁷²⁰. Le manquement à cette règle entraîne des conséquences disciplinaires⁷²¹ et même civiles : ainsi, en métropole, en 2004, un praticien aixois, qui exerçait illégalement en cabinet secondaire, a été condamné à rembourser les sommes qu'il avait perçues au titre de la procédure de tiers-payant⁷²².

En second lieu, depuis le décret n° 2005-481 du 17 mai 2005 modifiant le Code de déontologie médicale (non transposé en Polynésie française) est autorisé l'exercice en cabinets « multiples » destiné à maintenir un maillage médical dans les zones rurales faiblement médicalisées. Désormais un médecin peut exercer son activité professionnelle sur un ou plusieurs sites distincts de sa résidence professionnelle habituelle « lorsqu'il existe dans le secteur géographique considéré une carence ou une insuffisance de l'offre de soins préjudiciable aux besoins des patients ou à la continuité des soins ; ou lorsque les investigations et les soins qu'il entreprend nécessitent un environnement adapté, l'utilisation d'équipements particuliers, la mise en œuvre de techniques spécifiques ou la coordination de différents intervenants »⁷²³. En ce cas, la demande d'ouverture d'un lieu d'exercice distinct est adressée au COMPf (au conseil départemental en métropole). Elle doit être accompagnée de toutes informations utiles sur les conditions d'exercice. Si celles-ci sont insuffisantes, l'Ordre doit demander des précisions complémentaires. Le silence gardé par lui vaut autorisation implicite à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de réception de la demande ou de la réponse au supplément d'information demandé. L'autorisation est personnelle et incessible. 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 national des médecins⁷²⁴. Il peut y être mis fin si les conditions fixées aux alinéas précédents ne sont plus réunies.

Lorsqu'un médecin reçoit en consultation de façon régulière ou habituelle des patients dans son cabinet et dans un établissement de santé, celui-ci est assimilable à un cabinet secondaire qui doit faire l'objet d'une autorisation préalable de la section locale du Conseil de l'Ordre⁷²⁵. Cette réserve mise à part,

720. CE, 4^e et 6^e SSR, 15 juin 2001, Kagan, pourvoi n° 217786. Sur cette question cf. L. Calandra, *Le cabinet médical secondaire*, Mémoire DEA de droit de la santé, Aix, 2002.

721. Voir par ex. CE, 4^e et 6^e SSR, 9 juillet 2003, Juris-data n° 204608 (un mois d'interdiction d'exercice).

722. CA Aix-en-Provence, chambre XIV, 1^{er} juillet 2004, Juris-data n° 04-252837.

723. CSP, art. R. 4127-85.

724. CSP, art. R. 4127-85, al. 5 ; CDMPF, art. 85, al. 5.

725. En pratique, il est clair qu'une opération chirurgicale ou une exploration poussée n'est pas une consultation. Mais on ne peut que suivre notre collègue G. Mémeteau qui précise fort opportunément : « la seule utilisation d'un plateau technique pour y réaliser des interventions ou des investigations pour des raisons de sécurité, en raison de l'environnement médical adapté ou la nécessité d'intervenir au sein d'une telle structure pour pouvoir y utiliser un équipement matériel lourd soumis à autorisation, ne sont pas considérées comme constitutives d'activités en cabinet secondaire soumis au régime juridique posé par l'article 85. Mais il convient de retenir que dès lors qu'un local de consultation est mis à la disposition du praticien au sein de la clinique, il sera, au sens strict de l'article 85, difficile d'éviter la qualification de cabinet secondaire ! » (*RGDM*, n° 16 ; chr., p. 248-249).

un médecin libéral peut toujours exercer en clinique privée.

L'exercice en cabinet est un exercice en clientèle privé indépendant. Traditionnellement, l'assistantat salarié n'existe pas en droit médical⁷²⁶. D'ailleurs le Code de déontologie médicale de la Polynésie française prend soin de préciser qu'il est interdit à un médecin d'employer pour son compte, dans l'exercice de sa profession, un autre médecin ou un étudiant en médecine⁷²⁷. Cependant, en métropole, cette rigueur initiale s'est assouplie. En premier lieu, depuis la loi 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME⁷²⁸, un médecin peut exercer en cabinet au titre de collaborateur libéral d'un autre professionnel (personne physique ou morale). À mi-chemin entre le remplaçant et l'associé, le collaborateur libéral est bien un médecin libéral, il exerce en son nom propre, c'est un travailleur indépendant au regard du droit fiscal et social, mais il soigne sur ses feuilles de soins personnelles la clientèle du cabinet et ne prend pas part à la gestion de celui-ci. Puis le décret du 13 décembre 2006⁷²⁹, portant modification du Code de déontologie médicale, a autorisé simultanément la collaboration libérale et salariée. Ces innovations n'existent pas encore en Polynésie française.

L'exercice en cabinet n'est cependant pas inéluctable. En effet de nombreuses spécialités (chirurgien, anesthésiste, obstétricien...) ne peuvent être pratiquées qu'en établissement de santé.

Sous-paragraphe 2 – L'exercice en clinique ou établissement de santé privé

Les établissements de santé privé sont, comme on l'a vu plus haut, un acteur très spécifique du système de dispensation des soins. La situation des médecins y est régie par des contrats de type original : ce sont les conventions d'exercice médecins libéraux/cliniques. Après avoir défini et présenté formellement ces accords (A), on examinera les obligations qu'ils créent à la charge des co-contractants (B).

A/ Définition des conventions d'exercice, forme et variété de leur contenu

Le contrat entre le médecin libéral et la clinique, dit contrat ou convention d'exercice (libéral)⁷³⁰, prévoit les droits et obligations des parties, pour une durée

726. Cette interdiction figurait dans l'ancien article R. 4127-87 alinéa 1 du CSP qui disposait dans sa rédaction antérieure à la publication du décret du 13 novembre 2006 qu'«il est interdit à un médecin d'employer pour son compte, dans l'exercice de sa profession, un autre médecin». La prohibition a été levée par la L. n°2005-882 du 2 août 2005, art. 18 (*JORF* 3 août) qui a introduit la notion de médecin salarié d'un autre médecin, ainsi que de collaborateur libéral (à mi-chemin de celle de salarié et d'associé), ce qui a conduit à une modification de l'article 87 du CDM métropolitain (CSP, nouvel art. R. 4127-87). D'après la jurisprudence, un médecin (ou une SEL) ne peut employer qu'un seul collaborateur (CE, 11 octobre 2010, n°330296)

727. CDMPF, art. 87, al. 1.

728. *JO*, 3 août 2005.

729. *D.* n°2006-1585 du 13 décembre 2006 (*JO* 14 décembre).

730. I. Lucas-Baloup, B. Worms, *Médecins-cliniques. Le contrat d'exercice*, éd. Scrof, 2001. En métropole, des conventions d'exercice existent aussi au sein des établissements publics pour les PH à temps plein désireux d'y exercer une activité libérale. Elles obéissent toutefois à un régime juridique

déterminée ou non, tacitement reconductible. C'est un contrat qui a donné et donne toujours lieu à un vif contentieux entre professionnels. Il est donc utile et opportun d'en cerner les contours. La convention d'exercice est un contrat synallagmatique, ce qui signifie qu'il entraîne une réciprocité de droits et d'obligations pour les parties qui s'expriment dans une obligation mutuelle de coopération, sans doute plus pesante pour le médecin que pour la clinique⁷³¹, au point que certaines conventions très inégalitaires ont pu être requalifiées en contrat de travail par le juge⁷³². C'est un contrat conclu *intuitu personae* c'est-à-

différent, notamment pour les redevances (D. n°2006-274 du 7 mars 2006 et n°2008-464 du 15 mai 2008). Rien de semblable n'existe en Polynésie où le CHPF n'a pas de secteur libéral.

731. En effet, le médecin s'expose à ce qu'un auteur a judicieusement dénommé une « obligation de coopération renforcée » (A. Leandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, Thèse Droit, Aix-en-Provence, 2006, p. 152 et suivantes). Certes, celle-ci ne figure dans aucun article du Code, encore que certains contrats d'exercice contiennent sans les désigner ainsi des clauses qui en précisent le contenu (V.-I. Lucas-Baloup, B. Worms, *Médecins/Cliniques. Le contrat d'exercice*, op. cit., p. 247 ; A. Leandri, op. cit., p. 156 n° 594). Inévitablement, le médecin doit en effet s'impliquer dans la procédure d'autorisation au motif que celle-ci fixe les objectifs quantifiés des activités de soins ou des équipements lourds autorisés (CSP, art. L. 6122-8). Le non-respect par les professionnels de santé des règles concernant les gardes ou le remplacement peut conduire à une suspension du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens liant la clinique à l'ARH ou à son non-renouvellement (V.-I. Lucas-Baloup, B. Worms, *Médecins/Cliniques. Le contrat d'exercice*, op. cit., p. 292). Les praticiens doivent également s'engager positivement dans la procédure d'accréditation de l'établissement de santé dans lequel ils exercent, dans la mesure où celle-ci est subordonnée à un certain nombre de conditions qui supposent leur implication en termes de qualité de la prise en charge et de respect des droits des malades (CSP, art. L. 1110-7 et 1112-2). Ils doivent se plier aux règles d'organisation des salles d'opération dont le planning est géré par l'établissement (CA Grenoble, 1^{re} ch. civ., 29 janvier 1985, *Gaz. Pal.* 1985, II, somm. 14). Sauf clause contraire, leur service et les lits mis à leur disposition peuvent changer d'étage, d'aile du bâtiment, voire de localisation géographique en cas de déménagement de la clinique, lequel ne requiert pas leur assentiment. Si un établissement a obtenu l'autorisation d'accueil et de traitement des urgences (pour laquelle il n'a pas à demander l'avis des médecins y exerçant) cela va entraîner pour ceux-ci un alourdissement des obligations de garde et d'astreintes.

732. Une possible requalification est d'autant plus concevable que les critères retenus pour définir le salariat se fondent sur une subordination juridique qu'on retrouve dans le monde médical (Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13187, concernant une banque ; Bull. civ. V, n° 386 : « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; que le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail »). C'est encore plus vrai de la possibilité de transposer des solutions du droit du travail (Cass. soc., 4 décembre 2001, Bull. civ. V, n° 373 concernant l'application du droit du travail à des travailleurs indépendants titulaires de contrats de franchise), fondées sur la dépendance économique. Tout ceci est finalement très flou (A. Leandri, op. cit., p. 322 à 343). Les conséquences sont nombreuses et variées : elles imposent de réintégrer les cotisations dues aux URSSAF, permettent aux médecins de demander la restitution des redevances ainsi que le paiement des heures supplémentaires ou des congés payés, mais lui imposent aussi de restituer les honoraires perçus au-dessus du salaire auquel il aurait pu prétendre. Enfin la résiliation du contrat initiée par la clinique doit se conformer au droit des licenciements (supposant une cause réelle et sérieuse et le respect d'une certaine procédure légale). De tels bouleversements expliquent la prudence du juge (voir par ex. Cass. civ. 2^e, 2 mars 2004, Bull. civ. II, n° 78 refusant la requalification dans une espèce où, pourtant, les juges du fond avaient relevé que « les praticiens concernés n'ont pas travaillé pour leur propre compte mais pour celui de la SCP, sont intervenus selon les horaires fixés par celle-ci, sur ses patients, avec son infrastructure et son secrétariat et ont été rémunérés par elle selon un forfait »).

dire qu'il tient compte de la personne singulière de chacun des co-contractants⁷³³. Contrairement à ce qui se dit parfois, il n'existe pas de contrat-type d'exercice en clinique privée, mais seulement un modèle de contrat ordinal proposé à ceux qui souhaitent l'utiliser⁷³⁴. Facultatifs également s'avèrent les « recommandations » de décembre 1974⁷³⁵ révisées le 24 février 1994⁷³⁶ puis le 17 décembre 2003 par le Comité de liaison et d'action de l'hospitalisation privée⁷³⁷, qui n'en ont pas moins été pompeusement qualifiées de « Code de bonne conduite ».

Quant à sa forme, cette convention devrait faire l'objet d'un écrit, car la loi précise qu'elle doit être portée à la connaissance de l'Ordre⁷³⁸. Malheureusement pour eux, les médecins sont souvent réticents à signer de tels contrats. C'est beaucoup moins le cas des cliniques qui ont une plus grande habitude des règles juridiques et collaborent régulièrement avec des professionnels du droit pour

733. CA, Toulouse, 27 janvier 2000, 2^o ch., 2^o section, Juris-data, n° 109513 et CA Riom, 27 janvier 2002, Juris-data, n° 209354. En cas de cession de la clinique, le médecin peut choisir de se retirer – même pour une simple cession d'actifs (Cass. com., 30 mai 2003, inédit, n° 99-21257). Si on accepte de transposer une solution retenue pour un contrat d'agence commerciale, le nouveau propriétaire de la clinique pourrait également se séparer d'un médecin libéral sous convention d'exercice (Cass. com., 29 octobre 2002, Bull. Joly 2003, p. 192, note D. Krajewski).

734. I. Lucas-Baloup, B. Worms, *Médecins/ Cliniques. Le contrat d'exercice, op. cit.*, p. 607 ss.

735. J.-P. Alméras, « Le protocole d'accord entre la profession médicale et l'hospitalisation privée », *Conc. méd.*, 4 janvier 1975, p. 97 ; « Recommandations communes... », *Conc. méd.*, 8 février 1975, p. 972.

736. *Conc. méd.*, 25 juin 1994, p. 2069 ; G. Mémeteau, *RDSS*, 1995, p. III.

737. Recommandations relatives aux relations établissements-praticiens et aux remboursements des prestations en exercice libéral (www.synmad.com/userfiles/docs/00/0028.pdf).

738. CSP, art. L. 4113-9 exigeant que « les médecins, les chirurgiens-dentistes en exercice, ainsi que les personnes qui demandent leur inscription au tableau de l'Ordre des médecins ou des chirurgiens-dentistes, doivent communiquer au conseil départemental de l'Ordre dont ils relèvent, les contrats et avenants ayant pour objet l'exercice de leur profession ainsi que, s'ils ne sont pas propriétaires de leur matériel et du local dans lequel ils exercent ou exerceront leur profession, les contrats ou avenants leur assurant l'usage de ce matériel et de ce local. Les mêmes obligations s'appliquent aux contrats et avenants ayant pour objet de transmettre sous condition résolutoire la propriété du matériel et du local. La communication prévue ci-dessus doit être faite dans le mois suivant la conclusion du contrat ou de l'avenant, afin de permettre l'application des articles L. 4121-2 et L. 4127-1. Tous les contrats et avenants dont la communication est exigée doivent être passés par écrit. Les contrats et avenants dont la communication est prévue ci-dessus doivent être tenus à la disposition du ministre chargé de la santé par le conseil départemental de l'Ordre des médecins ou par le conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes. Toute personne physique ou morale passant un contrat avec un médecin ou un chirurgien-dentiste doit le faire par écrit ». CSP, art. R. 4127- 83 : « Conformément à l'article L. 462 du Code de la santé publique (devenu depuis L. 4113-9), 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 au conseil départemental 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 au conseil départemental intéressé, 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 au conseil départemental 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 ».

améliorer et sécuriser leur fonctionnement.

Cette exigence scripturale (d'un écrit) est requise *ad probationem* (pour faciliter la preuve de son contenu) et pas *ad validitatem* (pour fonder sa validité)⁷³⁹. Ainsi, si le contrat est resté verbal et que survient un litige devant le juge civil, celui-ci admet sa validité⁷⁴⁰, dès lors que le demandeur parvient à démontrer son existence, mais alors il s'estime libre d'en interpréter le contenu⁷⁴¹. C'est là une situation dangereuse : il sera impossible de prouver, par exemple, qu'un certain nombre de lits a été affecté au praticien⁷⁴². L'intérêt du professionnel est certainement de recourir à un écrit et de rédiger celui-ci avec rigueur et précision. Toujours est-il que s'il s'agit d'un accord verbal, quelques règles s'appliquent, par exemple le contrat oral est réputé conclu à durée indéterminée. Et il ne permet pas un exercice privilégié ou même le droit de présenter un successeur. En ce qui concerne la clinique, l'absence d'écrit peut entraîner une sanction pénale⁷⁴³. Et si son directeur est un médecin, celui-ci s'expose de surcroît à une sanction disciplinaire⁷⁴⁴.

Quant à la durée, il n'y a pas d'autre interdiction que la prohibition générale des engagements perpétuels⁷⁴⁵ : d'ailleurs une durée de vingt-cinq ans tacitement reconductible par période annuelle n'a pas été jugée assimilable à un engagement perpétuel, c'est-à-dire à un contrat illicite⁷⁴⁶. Concrètement, la variété est de règle, puisqu'on retrouve des contrats à durée déterminée, des conventions à durée indéterminée⁷⁴⁷ (auxquelles sont assimilés les contrats verbaux), des engagements de courte durée (deux à cinq ans, renouvelables par tacite reconduction), comme des contrats dits « de carrière ». Les uns et les autres n'offrent pas les mêmes possibilités au professionnel.

Les contrats à durée déterminée sans clause de tacite reconduction prennent fin au terme fixé, à moins que les parties ne prennent le soin de conclure expressément un nouveau pacte. Les contrats qui se renouvellent par tacite reconduction n'impliquent pas l'intervention des contractants, mais, comme l'ignorent volontiers les praticiens, ils n'entraînent aucune prorogation du contrat primitif et donnent naissance, à chaque renouvellement, à un nouveau

739. CA Paris, 3 novembre 1994, *RDSS* 1995, p. 537, M. Harichaux.

740. Cette attitude peut même conduire à une situation qu'on peut juger absurde : une cour d'appel a pu ainsi rejeter la demande d'un médecin demandant à son établissement un contrat écrit au motif que le contrat verbal en vigueur n'avait pas été préalablement dénoncé et qu'il n'y avait donc pas lieu de le remplacer (CA Bordeaux, 13 septembre 2004, inédit). La cour suprême a opéré une cassation partielle sans pour autant exiger un contrat écrit *ad validitatem* (Cass. civ. 2^e, 3 mai 2006, SA polyclinique Francheville c./ Castagne, *RGDM*, n° 20, chr. G. Mémeteau, p. 357-358).

741. T. Poitiers, 28 avril 1982, *JCP* 1983, II, n° 20068.

742. Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, n° 036013, *RGDM*, n° 22, p. 249.

743. CSP, art. L. 4163-10.

744. CNOP, 24 septembre 1980, Bull. Ordre, avril 1981, p. 8.

745. C. civ., art. 1780. Voir par ex. Cass. civ. 19 mars 2002, *RGDM* n° 8, p. 194 ; Cass. civ., 20 mai 2003, Bull. civ., I, 124.

746. Cass. civ., 1^{re}, 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 ; *LPA* n° 244, 8 décembre 2003, p. 9 ; *D.* 2003, IR, p. 1547, *Gaz. Pal.*, Rec. sept.-oct. 2003, p. 3225.

747. À défaut de clause relative à la durée ou de disposition légale obligatoire sur la tacite reconduction applicable en l'espèce, la convention est réputée avoir été conclue pour une durée indéterminée (Cass. comm., 18 février 1992, *Gaz. Pal.*, 1992, 2, pan. 170).

contrat⁷⁴⁸ dont cependant les termes n'ont pas été renégociés. Les conséquences de cette subtilité juridique sont importantes, car le nouveau contrat ne spécifiant pas sa durée, il en résulte que le contrat primitif renouvelable à temps par tacite reconduction devient un contrat à durée indéterminée. À l'inverse, s'il y a volonté de renégociation de l'une des parties, la tacite reconduction ne peut pas s'opérer. En ce cas, les parties ont le choix entre la conclusion d'un nouveau contrat... ou la cessation pure et simple de leurs relations contractuelles, qui ne donne pas le droit à l'une d'entre elles de demander une réparation, hormis le cas d'un refus à caractère abusif⁷⁴⁹. On l'aura compris, il y a là l'origine de fréquents litiges. Il est également une autre source fréquente de contentieux : les contrats à durée déterminée ne sont pas obligatoirement des contrats à terme certain. En effet chaque partie peut choisir d'y mettre fin avant terme, sans avoir à saisir le juge, dès lors qu'elle considère que le comportement de son partenaire présente une suffisante gravité. Évidemment elle agit alors à ses risques et périls⁷⁵⁰.

Les conventions à courte durée peuvent comporter un apport financier du médecin et des garanties pour lui, comme un « droit en lits ».

En toutes hypothèses, en cas de cession de la clinique, à la différence de la solution retenue en droit du travail pour les salariés⁷⁵¹, le cessionnaire ne peut pas se voir imposer, sans y consentir, la personne du médecin cédé⁷⁵².

Les contrats dits « de carrière » (devenus de plus en plus rares) ne prévoient généralement que le droit du praticien d'exercer dans la clinique. Éventuellement celui de présenter un successeur. Il ne s'agit pas ici du droit de faire bénéficier un tiers du contrat, mais de la faculté pour le médecin de présenter un successeur potentiel à la clinique co-contractante, qui n'est jamais tenue de l'accepter⁷⁵³.

Ceci nous amène à aborder le contenu des obligations des uns et des autres.

B/ Les obligations des parties à une convention d'exercice : les droits et devoirs respectifs des médecins et des cliniques

Le contenu des obligations des parties dépend évidemment du contenu du contrat et, en ce domaine, la variété est de règle. L'exemple le plus minimaliste est la convention dite de rapprochement, qui permet seulement d'exercer une

748. Cass. com, 13 mars 1990, Bull. IV, n° 77, p. 52.

749. Cass. com, 22 octobre 1996, *RTDC*, 2001, p. 137, obd. J. Mestre, B. Fages.

750. Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, *Tocqueville c./ clinique des Ormeaux, Défrénois* 1999, art. 36953, p. 374, obs. D. Mazeaud, *JCP G*, 1998, II, 10133, note N. Rzepecki, *D.* 1999, somm. P. 115, obs. P. Delebecque, somm. P. 197, note Ch. Jamin, *RTDC*, 1999, p. 394, obs. J. Mestre et p. 506, obs. J. Raynard. En effet, s'il s'avère que le contrat a été résolu à tort, le juge pourra condamner à des dommages et intérêts – voire le ramener à la vie (voir dans ce sens : J. Mestre et B. Fages, *RTDC* 2001, p. 363 ; D. Mazeaud, *D.* 2001, p. 3239).

751. C. trav., art. L. 122-12, al. 2.

752. CA Paris, 4 février 1993, *RDSS* 1994, p. 261, obs. G. Mémeteau ; CA Toulouse, 27 janvier 2000, *RDSS* 2001, p. 524, obs. M. Harichaux.

753. La convention d'exercice peut d'ailleurs prévoir les modalités de dédommagement du médecin ne pouvant pas introduire son successeur et stipuler des indemnités compensatrices (Cass. civ. 1^{re}, 29 janvier, *D.* 2002, *RGDM*, n° 8, 2002, p. 193, obs. C. Daver ; 25 mars 2003, *RGDM*, n° 13, 2004, p. 366).

activité libérale dans les murs d'une clinique (ou d'une maison de retraite)⁷⁵⁴. L'exemple le plus maximaliste est celui du contrat de carrière, destiné à régir la situation du médecin pendant toute son existence professionnelle.

La séparation croissante entre la gestion de l'établissement de santé et la pratique médicale a fait peu à peu disparaître les clauses auparavant très usitées, notamment dans les contrats de carrière, telle que la prise de participation dans la société exploitant la clinique⁷⁵⁵ ou l'apport de capitaux nécessaire à l'acquisition de nouveaux équipements⁷⁵⁶.

Évidemment, rien en théorie n'interdit à un médecin d'exercer dans deux cliniques.

Les obligations des médecins ne doivent pas méconnaître leur souveraineté thérapeutique, ni lier leur rémunération à des objectifs de productivité ou de rendement horaire⁷⁵⁷. Les « clauses de remplissage » sont rigoureusement interdites, ce qui est irritant pour les cliniques, car les pouvoirs publics peuvent leur imposer en retour un taux d'occupation ou d'utilisation minimum⁷⁵⁸. Cependant un contrat qui manquerait ou violerait les règles de la déontologie médicale sur l'indépendance des praticiens ne serait pas nul de plein droit⁷⁵⁹. Étant précisé que leur irrespect peut naturellement donner lieu à une requalification du contrat d'exercice libéral en contrat de travail⁷⁶⁰ ou, tout simplement, à une résiliation en justice. Ceci étant, la Cour de cassation a admis la validité d'un contrat d'exercice imposant à un médecin en secteur II (dit à honoraires « libres ») de ne pas dépasser une limite fixée à 10 % des tarifs conventionnels⁷⁶¹.

L'établissement s'oblige à faire bénéficier le médecin d'un ensemble de services et prestations nécessaires à son travail. Cela concerne aussi bien la surveillance nocturne de ses patients⁷⁶² que l'existence d'un plateau technique

754. Voir par ex. CA Aix, ch. 1, section A, 3 avril 2007, Juris-data n°2007-333734, *RGDM*, n°24, p.253.

755. Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 8 janvier 2002, n°99-11840, concernant une convention d'exercice signée en 1982 et stipulant que la remonciation à un certain nombre de parts sociales impliquerait pour le médecin la résiliation dudit contrat.

756. Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 1995, Bull. I, n°322, relatif à un anesthésiste contractuellement tenu à acquérir du matériel d'une valeur de 350 000 F.

757. CSP, art. R. 4127-92, 95 et 97.

758. L'exemple le plus connu est celui des cliniques d'accouchements dont l'autorisation ne peut être renouvelée, sauf exception tenant à un éloignement des établissements pratiquant l'obstétrique qui imposerait des temps de trajet excessifs à une partie significative de la population, que si elles justifient d'une activité minimale annuelle constatée de 300 accouchements (CSP, art. R. 6123-50).

759. Cass. civ. 1^{re}, 18 avril 1961, *JCP*, 61, II, 12184. Il a même été jugé que l'exercice auquel il aurait pu donner lieu ne constituait pas automatiquement une faute disciplinaire (CE, 3 juillet 1970, Rec. Lebon, p. 460).

760. Cass. soc., 7 décembre 1983, Bull. civ. V, n°592 ; Cass. soc., 30 juin 1988, pourvoi n°85-43661, Clinique Saint-Joseph ; Cass. soc., 29 mars 1994, Bull. civ. V, n°108 (A. Leandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, op. cit., p.24).

761. Cass. civ. 1^{re}, 2 février 1999, Bull. I, n°38.

762. Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 2009 n°08-11204 et Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2010, n°09-68021 : « La surveillance médicale nocturne des patients et son coût incombent à la clinique et non au médecin ». Ils ne peuvent donc pas être prélevés sur la rémunération des médecins (*RGDM*, n°37, décembre 2010, p.430). Dans les deux cas, il s'agissait de patients psychiatriques et les structures d'hébergement avaient l'obligation spéciale d'assurer en permanence la présence d'un médecin ou d'un interne sur place.

parfois coûteux et sophistiqué. Chacun de ces services et prestations doit être facturée s'il doit être supporté par le médecin⁷⁶³. Ceci étant, rien n'empêche que celui-ci puisse s'équiper seul d'un matériel spécifique, dès lors qu'il obtient les autorisations personnelles et assume la maintenance ainsi que l'assurance du dit matériel⁷⁶⁴. Cependant, en pratique, c'est le plus souvent l'établissement qui prend ceci à sa charge. À ce titre, le contrat prévoit souvent un certain nombre de lits, voire «les lits de la clinique»⁷⁶⁵.

En retour, le médecin doit à l'établissement une contrepartie financière, la redevance d'honoraires. En droit privé – hors du champ hospitalier⁷⁶⁶ donc – aucune loi, aucun règlement ne fixe, en matière de convention d'exercice, de règle gouvernant cette redevance. Mais on se gardera de parler de vide juridique : à considérer les chroniques de jurisprudence, notamment celle de la *Revue générale de droit médical*, ce serait plutôt le «trop-plein»...

Tout d'abord, quoique cette redevance s'analyse comme un partage d'honoraires, elle n'est pas *a priori* illicite⁷⁶⁷. Ou, si l'on préfère, on dira qu'il ne s'agit pas nécessairement d'un partage illicite d'honoraires prohibé⁷⁶⁸. En effet, par dérogation à cette règle, dont le but est la protection du médecin contre l'atteinte à la rémunération de son activité, cette redevance est parfaitement admise dès lors qu'elle «correspond exclusivement, par sa nature et son coût, à un service rendu au praticien»⁷⁶⁹.

A contrario, si la redevance excède le coût réel des dépenses effectivement engagées, elle devient illicite et elle redevient un partage d'honoraires prohibé, à hauteur de l'excès⁷⁷⁰.

Par commodité pratique, la redevance peut parfaitement s'exprimer dans un pourcentage pré-déterminé, mais sa validité reste subordonnée à

763. Cass. civ., 2 novembre 1996, *D.* 1997, somm. J. Penneau; Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, n°2006-036013, *RGDM* n°22).

764 En ce cas, la clinique ne peut pas s'opposer à une telle installation (CA Papeete, ch. civ., 29 avril 1999, Clinique Paofai, *Juris-data* n°044906).

765. G. Mémeteau, «Les moyens de la clinique privée mis à la disposition des médecins exerçant à titre libéral», *RGDM*, n°15, p. 277 ss.

766. À l'hôpital, la redevance est fixée en pourcentage des honoraires perçus par les PH au titre de leur activité libérale (CSP, art. D. 6154-10-1 et 10-3).

767. Cass., Ass. plén., 28 mai 1976, Clinique du Lac Léman, *Bull. civ. Ass. Plén.*, p. 11, *JCP* 1977, II, 18535, note R. Savatier, 19 mai 1998, *RDSS* 1999, p. 128, obs. G. Mémeteau; A. Leandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, *op. cit.*, p. 142-143. Juridiquement, il ne faut pas parler ici de rétrocession d'honoraires (Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1981, *D.* 1982, IR 272, note J. Penneau)... même si, en pratique, il est inévitable que la redevance soit calculée par rapport aux honoraires ! En effet, le refus anciennement exprimé par l'Ordre de toute redevance non-forfaitaire a été battu en brèche par le Conseil d'État (CE 31 janvier 1968, sieur Lamoure, 68652).

768. CSP, art. L. 4113-5 : «Il est interdit à toute personne ne remplissant pas les conditions requises pour l'exercice de la profession de recevoir, en vertu d'une convention, la totalité ou une quote-part des honoraires ou des bénéfices provenant de l'activité professionnelle d'un membre de l'une des professions régies par le présent livre».

769. Cass. civ. 1^{re}, 8 février 1977, *Gaz. Pal.* 1977, somm. 1, p. 151, *RGDM*, 2003, n°11, p. 283; Cass., civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, *Bull. civ.*, I, n°376, *RDSS* 1997, p. 338, obs. G. Mémeteau; *D.* 1997, somm. P. 316, obs. J. Penneau; A. Leandri, *op. cit.*, p. 143; Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n°04-20.711 condamnant une SCI d'infirmières pour rétrocession illicite d'honoraires au motif qu'il n'a pas été établi que la redevance rémunérait des services rendus.

770. Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 2009, Paofai, n°08-15.612, 08-16.150.

l'accord mutuel des parties⁷⁷¹, mais également à l'effectivité et à l'équivalence des services rendus. D'ailleurs, en cas de litige, les magistrats doivent, sinon obligatoirement s'immiscer dans la gestion de l'établissement⁷⁷², du moins rechercher a posteriori si les sommes prélevées ont bien été l'exacte contrepartie des services rendus⁷⁷³, facturés à leur coût réel⁷⁷⁴, de façon exempte de fraude⁷⁷⁵. Évidemment cette recherche est tout à fait propice à la chicane⁷⁷⁶. La constance des mêmes chiffres sur une longue période (neuf ans, par exemple⁷⁷⁷) est, non point inacceptable, mais suspecte, en ce qu'elle donne à penser que n'est intervenu aucun calcul comptable. En d'autres termes, il est pour le moins judicieux de prévoir un mécanisme périodique de rattrapage des comptes afin d'éviter que le pourcentage fixe aboutisse à faire verser au médecin des sommes supérieures ou inférieures à celles que l'établissement a effectivement supporté. En effet si la

771. Les établissements doivent facturer « au plus proche » du coût réel (Cass. civ., 8 février 1977, *Gaz. Pal.*, 1977, p. 141). Voir par ex. : Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 06-10.229, *RGDM*, 2007, n° 23, p. 191 ; *Médecine & Droit*, n° 88, p. 1 (concernant une clinique – jugée coupable de manquement – qui, par une lettre-circulaire adressée à tous les médecins liés à elle par une convention d'exercice, avait cherché à leur imposer une modification unilatérale du montant de leur redevance fixée à un même taux).

772. Cette immixtion n'est pas obligatoire dès lors que les juges du fond ont vérifié a posteriori si les redevances avaient bien été fixées en conformité avec l'article L. 4113-5 (Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 2009, n° 08-15.162, 08-16.150, Société Clinique Paofai, dans lequel la CA de Papeete s'était appuyé sur un rapport d'expertise démontrant que le ratio réel entre les frais et les honoraires était de 40,28 % alors que la clinique ponctionnait 75 % du montant des honoraires – pourcentage ultérieurement réduit à 50 % pour les actes cotés K échographie).

773. Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004 (*RGDM*, n° 14, p. 447 et n° 22, p. 253), où la Cour censure une juridiction qui n'avait pas recherché si les redevances (15 % pour les actes cotés CS, 40 % pour ceux cotés K, 50 % pour ceux cotés ostéo, 66 % pour ceux cotés Z) correspondaient au coût réel du service rendu. Voir aussi : Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, n° 05-12.652, *Gaz. Pal.*, Rec. 2007-5, sept.-octobre 2007, p. 3408 : ne donne pas de base légale à sa décision une CA qui déboute un médecin libéral de sa demande en restitution de redevances prélevées sur ses honoraires par une clinique avec laquelle ce praticien était lié par un contrat d'exercice professionnel, sans rechercher si les sommes ainsi prélevées étaient l'exacte contrepartie des services rendus, alors qu'en tout état de cause, la surveillance nocturne des patients par des médecins salariés et son coût incombent à l'établissement.

774. Voir par ex. Cass. civ. 2^e, 8 juin 2004, *RGDM*, n° 15, obs. C. Daver. Ces actes ne doivent pas être déjà financés par les Caisses ! (cf. Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, *D.* 1997, obs. J. Penneau). Deux arrêts récents du Conseil d'État ont opéré un revirement jurisprudentiel important en validant une redevance versée à un établissement public de santé excédant le coût réel de la prestation fournie : CE, 16 juillet 2007, n° 293229, 293254, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique, *RDSS*, nov. déc. 2007, p. 1050, note D. Cristol et *RGDM*, n° 26, 2008, p. 227. Ceci n'est pas admis par la Cour de cassation : le principe devant les juridictions civiles reste la facturation au coût réel.

775. Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2007, n° 05-20043 et Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 2009, n° 08-15.162, 08-16.150. Dans ces arrêts concernant la célèbre Clinique Paofai de Papeete, le matériel de radiologie mis à la disposition des médecins moyennant une redevance exorbitante (50 à 75 % des honoraires) était loué par la clinique à une société animée par les dirigeants de ladite clinique et facturé à celle-ci à 36 % de sa valeur d'achat chaque année. Cette facturation a été regardée comme frauduleuse, l'expertise ayant démontré que le coût d'un tel matériel aurait été beaucoup plus bas s'il avait été acheté directement par la clinique pour être mis à la disposition des médecins.

776. On ne parvient jamais à des certitudes comptables lorsqu'il s'agit de chiffrer les dépenses de secrétariat, d'électricité, de téléphone, de courrier, mise à disposition de personnel, maintenance du matériel, entretien et nettoyage. Même l'évaluation précise du remboursement des organismes de Sécurité sociale et des mutuelles complémentaires pose des problèmes ardu.

777. Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 2009, Paofai, n° 08-15.612, 08-16.150.

clinique ne réclame pas son dû, il faut savoir que, dans la mesure où il s'agit de la nécessaire facturation par l'établissement d'un service effectivement assuré, l'administration fiscale est fondée à le qualifier « d'acte anormal de gestion » et à opérer un redressement fiscal⁷⁷⁸. Et le médecin s'expose lui-même à des conséquences fiscales analogues, au motif qu'il a alors bénéficié d'un avantage en nature, devant être réintégré dans ses avoirs imposables. Il convient donc pour l'établissement de disposer d'un outil d'identification des prestations servies à chaque médecin cocontractant⁷⁷⁹. Certes, la Cour de cassation admet la validité d'une redevance située en-deçà de la valeur réelle des services rendus aux praticiens⁷⁸⁰. Mais pas trop au-delà : on entend interdire par cette dernière exigence une redevance excessive, qui pourrait dissimuler un apport de clientèle de la clinique au médecin. En ce cas, la clinique prend le risque d'être condamnée au reversement de l'indu⁷⁸¹. Si la redevance n'est que la contrepartie de la mise à disposition d'un local, indépendamment de tout service, elle est assimilable à un loyer⁷⁸². On ajoutera enfin que la prise en location par la clinique du matériel médical auprès de sociétés animées par les dirigeants de ladite clinique est une fraude, même sur un petit territoire comme la Polynésie où toutes les conditions habituelles de la mise en concurrence ne peuvent pas être réunies⁷⁸³.

Il est difficile de cerner précisément une matière où subsiste encore un certain « flou artistique »⁷⁸⁴ malgré les méthodes comptables les plus performantes et la règle du « franc près »⁷⁸⁵. D'autant que le taux de redevance varie nécessairement d'une spécialité à l'autre et même d'un spécialiste à l'autre. Il ne sera pas au même niveau pour la chirurgie que pour la radiologie qui requiert un plateau technique plus sophistiqué et plus coûteux⁷⁸⁶ et pour deux radiologues suivant que l'un est propriétaire du matériel d'imagerie qu'il utilise et l'autre

778. CA Limoges, 15 novembre 1993, Juris-data, n° 048718.

779. C. Daver, « Existe-t-il un modèle de contrat ou comment faire pour atteindre l'équilibre? », *RGDM*, n° 21, 2006, p. 17.

780. Cass. civ. 1^{re}, 20 mai 2003, Société Clinique du Grand Large c./ Le Grignou, pourvoi n° 00.21.069 B, *JCP* éd. entr. 2003, II, 10187 ; *Gaz. Pal.*, Rec., sept.-oct. 2003, p. 3227 : « attendu que si, le partage de ses honoraires avec une personne ne remplissant pas les conditions requises pour l'exercice de sa profession est permis, dans la seule mesure où la redevance ainsi réclamée correspond exclusivement, par sa nature et son coût, à un service rendu au praticien, la volonté des parties leur permet néanmoins de convenir d'un prix inférieur ».

781. Cass. civ. 1^{re}, 20 mai 2003, *RGDM*, n° 11, p. 284 et 30 juin 2004, *RGDM*, n° 14, p. 447 ; A. Leandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, op. cit., p. 140. Dans cette affaire, la redevance avait été surestimée : 15 % des honoraires, alors que, vérification faite, les dépenses supportées par la clinique Paofai n'excédaient pas 3 %. Sachant qu'on applique ici la prescription de droit commun (30 ans), l'établissement polynésien a dû verser... 38 134 935 Francs-Pacifique.

782. CA Angers, 7 juin 1982, cité par G. Mémeteau, in obs. sur CA Toulouse, 14 octobre 1996, *RDSS*, 1997, p. 832.

783. Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 2009, Paofai, n° 08-15.612, 08-16.150.

784. G. Mémeteau, « Questions sur la redevance, source intarissable de contentieux », dans *RGDM*, n° 21, 2006, p. 62.

785. CA Papeete, 2 mai 2002, *RDSS* 2003, p. 272 ; *RGDM*, 11, 2003, p. 275, obs. C. Daver. Pratiquement, il n'est pas possible d'évaluer un service à un euro près : la preuve en est que les expertises sont toujours en désaccord !

786. D'ailleurs le taux applicable oscille souvent entre 10 et 15 % alors que celui applicable à un radiologue atteint fréquemment 70 % (A. Leandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, op. cit., p. 140, n° 538).

simple utilisateur d'un équipement technique appartenant à l'établissement de santé. Les conditions financières d'acquisition du matériel par la clinique, plus ou moins avantageuses, la durée de l'amortissement, lui-même variable⁷⁸⁷, influent nécessairement sur la redevance – d'où la tentation de certains gestionnaires indéliçables de jouer sur ces paramètres pour augmenter la redevance versée par les médecins. Toutefois, pour autant qu'une approximation générale ait quelque intérêt, on peut dire qu'une redevance forfaitaire 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 normalité⁷⁸⁸. À l'inverse est disproportionnée une redevance égale à 50 % des honoraires perçus par le praticien « pour la mise à disposition de bassins deux heures par jour, même si les installations sont vastes et de grande qualité et même si le praticien profitait également des services d'une secrétaire »⁷⁸⁹. Est excessive également une redevance de 15 % fondée en partie sur des prestations qui n'auraient pas dû être facturées aux médecins⁷⁹⁰. Entre ces deux types d'hypothèses, on peut imaginer une myriade de solutions intermédiaires. Elles seront validées par le juge si le pourcentage fixé s'articule sur une facturation au coût réel et correspond à des prestations effectivement délivrées⁷⁹¹.

En pratique les honoraires du médecin sont acquittés auprès des services de la clinique. Anciennement les établissements les versaient sur un compte dont ils étaient titulaires. Mais, en raison des conséquences redoutables qu'une telle situation pouvait engendrer pour les médecins en cas de redressement judiciaire, cette pratique a été abandonnée. Désormais les sommes sont acheminées sur des comptes ouverts au nom des praticiens, très souvent des comptes collectifs

787. Huit ans en général. Trois ans ont paru suspects : « en l'espèce, les matériels médicaux mis à la disposition des médecins radiologues étaient les mêmes que ceux de la clinique, moyennant un loyer annuel fixé à 36 % de sa valeur d'achat sans limitation de durée, permettant ainsi un amortissement sur 3 ans et non sur 8 ainsi qu'usuellement pratiqué ; après la dissolution en décembre 2001 de la SNC CCAS (société dont les dirigeants étaient les mêmes que ceux de la clinique) laquelle avait acheté les matériels et louait ceux-ci à l'établissement de santé, lesdits matériels ont été apportés à la clinique sans contrepartie, étant dépourvus de toute valeur ; l'expertise judiciaire révèle la facturation excessive de ce matériel médical eu égard à sa valeur et sa durée d'amortissement, en raison de la collusion entre les sociétés Paofai et CCAS, animées par les époux Z... ; que cette fraude leur permettait de réclamer aux médecins radiologues des sommes manifestement supérieures au coût de la mise à disposition du matériel s'il avait été acheté directement par la clinique dans les conditions usuelles de durée d'utilisation et de taux d'emprunt » (Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 2011, Paofai, n° 10-16.738).

788. Cass. civ. 1^{re}, 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 » (Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 2011, n° 10-16.738).

789. CA Paris, 25^e ch. B, 22 novembre 2002, *Juris-data*, n° 2007-80.

790. Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, n° 2006-036013, *RGDM*, n° 22, chr. C. Daver, p. 252. Étant précisé que la Cour a censuré, non point le pourcentage en lui-même, mais le fait la redevance litigieuse était partiellement fondée sur des prestations qui n'auraient pas dû être facturées aux médecins, c'est-à-dire son assiette. En effet, les dites prestations intégraient également sa participation au paiement des salaires dus aux médecins salariés par la clinique et chargés d'effectuer les gardes de nuit dans la structure.

791. Cass. civ. 1^{re}, 8 février 1977, *Gaz. Pal.* 1977, somm. 1, p. 151, *RGDM*, 2003, n° 11, p. 283.

(«compte honoraires praticiens») placés sous la responsabilité de deux médecins gestionnaires.

Ledit contrat doit préserver l'indépendance professionnelle du praticien. Comme on l'a vu, les clauses dites de rendement imposées aux médecins sont interdites⁷⁹². 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 chirurgien⁷⁹³. Si l'établissement modifie unilatéralement et substantiellement les conditions de travail d'un praticien exerçant en son sein en libéral, par exemple en ouvrant un nouveau service, il a été jugé que cela pouvait être assimilé à une résiliation à l'initiative de la clinique⁷⁹⁴. D'ailleurs si, en raison du régime des autorisations auxquelles est soumis un établissement de santé, celui-ci est contraint d'abandonner une activité, une clinique ne peut, en aucun cas, estimer, à l'instar des contrats de salariat et du régime juridique de l'article L. 122-12, al. 2, du Code du travail, que le médecin exerçant en libéral doive suivre le sort des autorisations et accepter toute modification unilatérale de son activité sans pouvoir relever une résiliation de sa convention⁷⁹⁵. *A fortiori* une clinique qui est obligée de fermer ses portes après avoir été vainement mis en demeure par l'autorité administrative compétente de remédier à certains dysfonctionnements est réputée avoir résilié les contrats d'exercice la liant à des libéraux⁷⁹⁶.

La position protégée dont bénéficie le médecin ne signifie pas que l'établissement soit condamné à accepter n'importe quel professionnel recommandé par le praticien lié à elle. C'est ainsi que le droit du médecin de présenter un successeur n'emporte pas pour la clinique l'obligation d'agréer celui-ci. La «cession de clientèle» ne concerne que les praticiens, elle ne lie pas l'établissement de santé. Responsable de la sécurité des soins, une clinique peut parfaitement juger que le plateau technique offert à un médecin ne l'autorise pas à tenter des interventions très délicates, par exemple la pose d'anneaux gastriques⁷⁹⁷.

Les parties à un contrat synallagmatique à durée indéterminée peuvent

792 CA Papeete, 27 janvier 2000, Juris-data n° 2000-113739 (sur le fondement des articles R. 4127-5 et 4127-10 du CSP).

793. Cass. civ. 1^{re}, 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, *RDS*, janvier 2005, n° 3, p. 19, 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.

794. Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *RDSS*, 98, I, p. 108.

795. C. Daver, G. Mémeteau, «La douloureuse question de la cession du contrat d'exercice libéral», *RGDM*, n° 15, 2005, p. 274. Il y a là un équilibre subtil à trouver au cas par cas : en effet la clinique ne peut pas prescrire n'importe quoi au médecin, dont elle doit respecter la déontologie (et notamment l'interdiction dans laquelle il se trouve d'«aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit»)... mais le médecin libéral ne peut pas non plus ignorer les dispositions qui s'imposent à la clinique avec laquelle il a contracté (*RGDM*, n° 22, chr. C. Daver, p. 261).

796. CA Paris, 3^o ch. A, 14 septembre 2004, n° 03.20399, *RGDM*, n° 15, 2005, p. 290.

797. Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2004, n° 01-11867, *RGDM*, n° 15, 2005, pp 288-290 (jugant que la clinique était fondée à résilier la convention avec le médecin regardé pour fautif, car il avait estimé pouvoir procéder à cette intervention malgré l'opposition de l'établissement).

toujours y mettre fin librement, de manière unilatérale et sans motif⁷⁹⁸. C'est assurément le cas pour la convention d'exercice⁷⁹⁹. Cependant le principe civil subsiste selon lequel les contrats doivent être exécutés de bonne foi⁸⁰⁰. Il en résulte que le droit encadre la liberté de rompre : c'est ainsi qu'il interdit de mettre brutalement fin à un contrat sans motif légitime et impose un délai de préavis, permettant au praticien de « réorganiser son travail »⁸⁰¹.

En pratique, il est bien connu que, dans la majorité des cas, ce sont les cliniques qui sont à l'origine des stipulations de la convention d'exercice soumise au(x) médecin(s)⁸⁰² et qu'elles sont également, le plus souvent, à l'origine de la cessation des relations contractuelles les liant aux médecins⁸⁰³. D'ailleurs le contrat d'exercice peut licitement contenir un certain nombre de clauses qui facilitent la liberté de rompre. Tel est le cas de la possibilité d'abrèger le préavis, par exemple un raccourcissement de moitié moyennant le versement d'une indemnité. Il peut également être stipulé qu'à l'issue du contrat, la clinique devra racheter les parts ou actions que le médecin a souscrites lors de son entrée dans l'établissement. La convention peut aussi prévoir une clause de résiliation unilatérale, mise en œuvre discrétionnairement à l'initiative d'une des parties⁸⁰⁴. La clinique peut parfaitement inclure dans le contrat une clause dite potestative⁸⁰⁵, 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 »⁸⁰⁶.

Mais, en l'absence d'une telle clause, il ne faudrait pas imaginer que le contrat ne puisse pas être résolu. En effet, la condition résolutoire est toujours

798. La règle est de droit commun (CC, art. 1780). Voir par ex. Cass. comm., 15 décembre 1969, Bull. civ., IV, n° 384 censurant un arrêt qui avait cru pouvoir ordonner une expertise pour rechercher si la résiliation du contrat était justifiée par un motif légitime. À l'heure actuelle, une clinique qui souhaiterait mettre un terme à une CEL aurait intérêt à s'abstenir d'en préciser le motif...

799. Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2001, Bull. civ. I, n° 98, *JCP G*, 2001, I, 354, note J. Rochfeld, *D.* 2001, p. 3087, note J. Penneau, *RTDC* 2001, 584, obs. J. Mestre et B. Fages.

800. La règle est également de droit commun (CC, art. 1134, al. 3).

801. CA Paris, 1^{re} ch. B, 16 septembre 2005, *Juris-data* n° 279953.

802. Ceci expliquant cela, il est rare que la convention d'exercice prévoit au bénéfice du médecin une indemnité compensant la cessation des relations contractuelles (A. Leandri, « La rupture du contrat d'exercice libéral par la clinique », *RGDM* n° 24 (2007), p. 174 en fournit un exemple jurisprudentiel ancien : Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992, Bull. I, n° 87). C'est une clause compensatrice, applicable indépendamment de toute faute qui est mise en vigueur du fait de la simple cessation des relations contractuelles, à la différence de la clause à finalité sanctionnatrice, consistant à prévoir contractuellement le montant qui sera dû en cas d'inexécution contractuelle.

803. M. Harichaux, « La rupture des contrats médecins-cliniques », *RDSS* 1996, pp. 55 ss. ; A. Leandri, *La rupture du contrat d'exercice libéral par la clinique*, op. cit., p. 167 ss. Qui observe fort justement qu'il existe « une disproportion patente entre l'offre de contrat émanant des praticiens et la demande de contrat émanant des établissements. Cette différence mathématique induit de manière relativement logique le fait qu'en général la décision de rompre est moins risquée pour la clinique que pour le praticien » (*ibid.*, p. 177).

804. Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2001 (99.18.442), Rép. Defrénois 2001, note E. Savaux, p. 1048.

805. *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 (NDLA).

806. Cass. civ. 1^{re}, 16 octobre 2001, n° 00-10-020, Roche et autres c./ Calendrier, *RTDC*, janv. mars 2002, chr. J. Mestre, B. Fages, p. 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.

sous-entendue dans les contrats synallagmatiques⁸⁰⁷. En d'autres termes, en cas de manquement d'un des contractants, l'autre peut toujours forcer la partie défaillante à s'exécuter⁸⁰⁸, si du moins cela est possible⁸⁰⁹ ou demander la résolution judiciaire avec dommages et intérêts. La procédure sera toutefois plus longue, car elle sous-tend le recours au juge.

Par ailleurs, en l'absence d'une clause de résiliation unilatérale, mise en œuvre discrétionnairement à l'initiative d'une des parties, la clinique ne peut pas évincer un médecin à son gré : la rupture unilatérale à laquelle elle est susceptible de se livrer peut être considérée comme un abus⁸¹⁰. C'est notamment le cas si elle cherche à imputer à tort une faute au praticien⁸¹¹ ou si le motif invoqué est discriminatoire⁸¹², par exemple l'âge du médecin (et a fortiori son sexe ou son origine ethnique). Si cela survient, le médecin peut prétendre à une indemnité, à titre personnel⁸¹³. On est ici dans l'hypothèse d'une rupture injustifiée, qui par définition cause au médecin un certain nombre de préjudices (jusque et y compris la perte du droit de présenter un successeur). Il y a incontestablement rupture abusive s'il est mis fin à la convention en l'absence de fautes prouvées⁸¹⁴. Il en est de même si l'établissement de santé décide de diminuer de façon brutale le nombre de vacations effectuées par le médecin⁸¹⁵. Enfin, la durée de préavis fixée par la convention, ou, à défaut, par les usages professionnels⁸¹⁶ doit être respectée⁸¹⁷.

Suivant le contexte, le montant des indemnités pourra être plus ou moins élevé... et prêter à litige si la convention étant silencieuse sur le chiffrage des

807. C. civ., art. 1184.

808 Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 2005, *RTDC*, 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages.

809 Voir par ex. CA Douai, ch. 1, sec. 2, 14 mai 2006, *Juris-data* n° 2006-324802.

810. Sanctionné sur la base de l'art. 1134 al. 3 C. Civ. Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 300, p. 207.

811. Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2000, n° 98-12828 (invocation de motifs fallacieux).

812. J.-P. Desideri, « Les discriminations dans le choix de son cocontractant », *Droit et Patrimoine*, mai 1998, p. 52-66 ; A. Leandri, *La rupture du contrat d'exercice libéral par la clinique*, *op. cit.*, p. 172.

813. À titre personnel. Si le praticien est associé d'une SEL, celle-ci ne peut pas obtenir d'indemnité dès lors que l'accord liait seulement le praticien et la clinique (CA Lyon, 1^{re} ch. civ., 8 janvier 2004, *RDS-1-37*).

814. CA Bordeaux, 13 septembre 2004, c/ Polyclinique Francheville, *Juris-data* 260828 (cf. *RGDM*, n° 18, 2006, p. 353).

815. CA Paris, 16 septembre 2005, 1^{re} chambre, section B, *Juris-data* n° 279953 assimilant cette diminution à une rupture imputable à l'établissement. En moins d'une année, sous prétexte de réorganisation, le praticien avait vu réduire des 3/5 ses plages disponibles (cf. *RGDM*, n° 17, 2005, p. 441).

816. Les usages professionnels n'ont qu'une valeur supplétive (Cass. comm., 19 février 2002, *CCC* 2002, n° 91, note Leveneur).

817. Il se situe entre deux mois pour un exercice de moins d'un semestre dans l'établissement à deux ans, après quinze années de présence dans la clinique (A. Leandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, *op. cit.*, p. 240-241 ; A. Leandri, *La rupture du contrat d'exercice libéral par la clinique*, *op. cit.*, p. 170 : trois mois de préavis entre six mois et un an d'ancienneté, six mois d'un à quatre ans de présence, un an de cinq à dix ans, dix-huit mois de onze à quinze ans). Il n'est pas sûr que ces règles soient bien respectées (*ibid.*, p. 266 qui cite une étude réalisée par l'URML d'Ile-de-France en 2002). Bien évidemment la faute du médecin prive le praticien du bénéfice d'un tel préavis et la convention d'exercice peut naturellement prévoir un délai plus bref, moyennant une compensation financière pour le médecin.

sommes dues l'une des deux parties s'estime lésée⁸¹⁸.

L'action en indemnisation ouverte par le praticien évincé ne fait pas obstacle à ce que celui-ci tente une procédure de référé pour obtenir une réintégration rapide⁸¹⁹, notamment s'il est un spécialiste traitant dans l'établissement concerné des malades nécessitant un suivi régulier et prolongé⁸²⁰.

Il peut arriver que ce soit le médecin qui prenne l'initiative de la rupture. Toute demande de résiliation conforme à la convention d'exercice et aux usages professionnels est recevable, sans qu'il importe d'en préciser les raisons. Néanmoins si le médecin prétend avoir été acculé à un tel choix « en raison des manquements de la clinique à ses obligations », il doit prouver ceux-ci⁸²¹. Si en particulier la clinique a volontairement organisé la diminution de l'activité de son co-contractant dans le seul but de le contraindre au départ, celui-ci devra en fournir la preuve ou du moins s'appuyer sur « des présomptions graves, précises et concordantes » au sens de l'article 1353 du Code civil⁸²².

Mais bien sûr toute rupture unilatérale n'est pas nécessairement abusive : la perte de confiance, la gravité du comportement d'une partie peut licitement justifier que l'autre y mette fin, que le contrat soit à durée déterminée ou non⁸²³. La faute déontologique -ou même parfois un comportement douteux⁸²⁴ qui n'a pas

818. C. Daver, « L'indemnité de préavis doit-elle être chiffrée dans la convention pour produire ses effets ? » (sur Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, n° 07-11021, Juris-data n° 2008-045029) ; *RGDM*, n° 29, p. 257 et suivantes.

819. Le but de celle-ci n'est pas d'imposer à la clinique une réintégration définitive qui est exclue : dans un litige impliquant une société d'informatique, la Cour de cassation a imposé au juge de fixer un terme certain à la mesure de réintégration provisoire (Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, Bull. I, n° 286).

820. A. Leandri, *La rupture du contrat d'exercice libéral par la clinique*, op. cit., p. 175 mentionne à ce titre : Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1987, Bull. I, n° 342 & 4 mai 1999, n° 97-13379.

821. CA Papeete, 21 septembre 2006, R. c./ SARL d'exploitation de la clinique Paofai, Juris-data n° 316950, *RGDM*, n° 23, 2007, p. 209.

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

823. Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, n° 96-21485, affaire Tocqueville c./ Clinique des Ormeaux ; *D.* 1999, jur. p. 197, note C. Jamin ; *RTDC* 1999, p. 394, obs. J. Mestre concernant la décision d'un établissement de mettre fin après un préavis de six mois à ses relations contractuelles avec un médecin anesthésiste-réanimateur qui n'avait pas respecté la clause d'exclusivité et commis plusieurs fautes ayant entraîné un blâme de la juridiction puisqu'à différentes reprises, des chirurgiens se sont plaints par lettres du comportement de l'intéressé qui a refusé d'accomplir des actes liés à sa qualité d'anesthésiste, notamment en manquant de disponibilité lorsqu'il était de garde, qu'un chirurgien a souligné qu'en 1993, 1994 et 1995, sont survenus des incidents caractérisés, soit par un manque de disponibilité pouvant avoir des répercussions graves sur la santé des personnes opérées, soit même des états d'énervement et de brutalité à l'égard de certains malades qui s'en sont plaints, qu'une pétition a été signée le 22 décembre 1994 par trente praticiens critiquant le comportement de l'anesthésiste. Voir dans un sens analogue : Cass. civ. 1^{re}, 2 et 20 février 1999, « Le Concours Médical », *La Lettre du Sou Médical*, N. Loubry, n° 21, 29 mai 1999 ; 20 février 2001, *RTDC* 2001, p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages ; 3 avril 2001, *JCP* 2001, 1354, n° 19, obs. J. Rochfeld ; 28 octobre 2003, *JCP* 2004, 10108, note Lachière. La Cour de cassation a adopté un contrôle minimal de la motivation de la décision (Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2001, *JCP* 2001, 1354, n° 19, obs. J. Rochfeld).

824. Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2006, n° 03.16.253, *RGDM*, n° 20, chr. G. Mémeteau, p. 358 & *RGDM*, n° 22, p. 255-256 ; *Gaz. Pal.*, n° 342-343, 8-9 décembre 2006, p. 45, concernant une injection de potassium à une victime âgée et souffrante en fin de vie, qui aurait pu être analysée comme une

été regardé comme une faute à proprement parler- peut justifier une résiliation par l'établissement de santé. Même le refus de tout préavis par la clinique est possible en cas de risque immédiat sur elle ou sur les patients⁸²⁵. Mais alors il semble incomber à l'établissement de prouver la faute du médecin le dispensant de l'obligation de respecter un préavis⁸²⁶. Hormis cette hypothèse, l'établissement doit respecter le dit préavis. C'est une condition nécessaire quoique non suffisante⁸²⁷. La durée de celui-ci dépend des usages, du contrat et de la durée d'exercice.

La rupture entre la clinique et le médecin peut prendre la forme plus sournoise d'une diminution d'activités décidée par la première. En effet, il ne fait aucun doute que l'établissement n'est pas tenu vis-à-vis de ses médecins de leur assurer un niveau minimum d'activités⁸²⁸. Une baisse est toujours possible. Mais un établissement ne peut pas pour autant réduire de 80 % l'activité d'un anesthésiste... et en recruter un autre dans le même temps⁸²⁹ ! Ceci étant, si la clinique est victime d'une restructuration imposée au titre de la planification hospitalière, l'établissement peut opposer la force majeure, voire le « fait du prince »⁸³⁰ au médecin qui s'en trouverait lésé, ce qui lui permet de s'exonérer de toute responsabilité⁸³¹. Si la clinique fait l'objet d'un retrait d'autorisation non définitif pour telle ou telle activité, la convention d'exercice est réputée suspendue, ce qui n'est pas une solution confortable pour le médecin qui ne peut plus exercer sans pouvoir pour autant se réinstaller, à moins d'obtenir la résiliation de sa convention d'exercice⁸³².

Le contrat peut ou non comporter une exclusivité. C'est la clause dite anciennement d'exercice exclusif⁸³³. 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 et assurera la permanence des services. En ce qui concerne ledit praticien, celui-ci va puiser dans cette exclusivité une garantie de non-concurrence, car la clinique, en contractant avec lui sous cette forme, a perdu la possibilité d'autoriser un autre praticien exerçant la même spécialité à venir exercer

volonté de donner la mort. Même si la juridiction disciplinaire a relaxé le professionnel, la clinique était fondée à mettre un terme au contrat d'exercice.

825 Cass. civ., 25 mars 2003, n° 05115 (constatant l'absence d'un tel risque, en l'espèce), *RGDM*, n° 14, 2004, p. 454.

826 CA Paris, 8 novembre 1996, *RDSS* 1997, 4, p. 836.

827 Cass. civ. 1^{re}, 21 février 2006, n° 02.21.240; *Gaz. Pal.*, Rec. nov.-déc. 2006, p. 4118). (établissement condamné pour résiliation d'un contrat à durée indéterminée opérée dans le respect du préavis contractuel mais dépourvue de motif légitime).

828 Cass. civ. 1^{re}, 19 juillet 1988, *RDSS* 1989, p. 243, obs. G. Mémeteau.

829 Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, Bull. I, n° 292, *RDSS* 1996, p. 91, obs. G. Mémeteau.

830 Cf. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 1965, *D.* 1966, p. 101.

831. Sur ce thème, voir la vue d'ensemble (et les nuances) de M. Cormier, «Quels impacts de la planification et des autorisations sanitaires sur les contrats d'exercice?», *RGDM*, n° 21, 2006, p. 21-38.

832. A. Leandri, *op. cit.*, 263 et p. 265 n° 1002 qui cite CA Bourges, 20 mars 2000, clinique de Vierzon, *Juris-data*, n° 118646, dans lequel un radiologue exerçant dans l'établissement frappé par le non-renouvellement d'une autorisation avait obtenu la résiliation de sa convention d'exercice, mais a été condamné pour avoir violé la clause de non-réinstallation figurant dans le dit contrat lui interdisant d'exercer son art dans un rayon de 50 kms et pendant les cinq années suivant son départ de la clinique, quel qu'en soit le motif.

833. Cass. civ. 1^{re}, 23 novembre 1976, n° 76-11.762; Bull. civ. I, n° 359, p. 283; Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2004, n° 01-11867, *RGDM*, n° 15, 2005, p. 288-290.

dans l'établissement⁸³⁴. Elle a également perdu 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 elle⁸³⁵. Ce cadre contraignant explique que de telles clauses soient de plus en plus rares aujourd'hui⁸³⁶. D'autant que, de nos jours, 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 demande⁸³⁷. Les clauses d'exclusivité consenties par un établissement hospitalier aux médecins exerçant en son sein doivent donc se concilier avec le droit du malade au libre choix de son praticien⁸³⁸. D'où une métamorphose 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 faire appel à d'autres praticiens. Mais ce choix lui impose 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 patients⁸³⁹. S'il est débordé et qu'il n'a pas réagi, la clinique peut lui reprocher une faute.

Comme le contrat d'exercice est un contrat conclu *intuitu personae*⁸⁴⁰, il ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une cession. Et d'ailleurs une clinique peut toujours refuser l'intégration d'un praticien dont elle ne voudrait pas, dans l'intérêt du service⁸⁴¹. Mais il n'y a pas de difficulté pour admettre le maintien du contrat

834. M. Harichaux, sous CA Amiens, 5 novembre 1979, *D.* 1980, 348, «Sur l'exclusivité des médecins exerçant dans les établissements d'hospitalisation privée», *JCP*, 1979, 2950.

835. Cass. civ. 1^{re}, 27 avril 2004 (2 arrêts), *RDS* 1.38. Dans cette fusion, le médecin 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.

836. C. Daver, «Les clauses d'exclusivité ont-elles encore un avenir dans l'environnement contractuel des contrats d'exercice libéral?», *RGDM*, n° 12 (2004), p. 269-270.

837. Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2003, Société Polyclinique Le Languedoc c./ Ponrouch et Rique, pourvoi n°01.03.259 P, Bull. civ. I, n° 109; *Gaz. Pal.*, Rec. sept.-oct. 2003, p. 3276; *JCP* 2003, II, 10115. Il faut noter que dans ce cas d'espèce, le refus de la clinique d'admettre le pédiatre demandé par la patiente aurait pu avoir de graves conséquences médicales. Une clinique ne peut pas non plus interdire son accès à un médecin qui y a exercé et dont le contrat a été résilié, dès lors qu'un patient demande à faire appel à lui. (Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 1989, n°88-15.352, Clinique du Croisé Laroche; *RDSS* 1990, p. 351, note G. Mémeteau). Un arrêt récent vient de clarifier un point délicat : le sort de la demande de restitution de la somme convenue entre une clinique et un médecin pour l'exercice privilégié par celui-ci de sa spécialité dans les locaux de celle-là, si ladite clinique permet à des praticiens extérieurs d'exercer en son sein à la demande des patients hospitalisés qui en auraient manifesté le souhait. Il a été jugé que, si les patients de l'établissement demeuraient libres d'appeler en son sein le praticien de leur choix, l'avantage concédé aux médecins liés à la clinique par une convention trouvait à s'appliquer chaque fois qu'un malade ne faisait aucun choix en ce sens, de sorte qu'il existait une contrepartie contractuelle (Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 2005, nos 03-12.064 et 03-12.148, *RGDM*, n° 18, 2006, p. 348).

838. Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n°05-20.564 (rejet du pourvoi interjeté contre CA Montpellier, 20 septembre 2005).

839. Cass. crim., 10 mai 1984, *JCP* 1984, 202023, note Dorsner-Dolivet.

840. *Supra* note n° 364.

841. CA, Toulouse, 27 janvier 2000, précité.

lorsque c'est la clinique qui change de mains, d'autant qu'il est devenu fréquent que cela soit contractuellement précisé⁸⁴².

Le patient qui entre en clinique souscrit ce qu'on appelle un contrat d'hospitalisation dit aussi contrat hospitalier ou contrat d'hospitalisation et de soins (paramédicaux), à caractère civil ou commercial (suivant la nature civile ou commerciale de l'établissement). Ledit contrat comporte diverses obligations, à l'exclusion des soins médicaux incombant aux médecins. D'ailleurs, s'il en allait autrement, la clinique serait passible des sanctions relatives à l'exercice illégal de la médecine.

S'agissant des soins médicaux, ces soins et le mécanisme de responsabilité y afférent ne dénotent aucune originalité par rapport aux soins en cabinet. Comme eux, 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 salarié⁸⁴³. 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, réputé conclu entre elle et le patient, ce sont en principe des obligations de moyens⁸⁴⁴, mais une obligation de sécurité de résultat accompagne l'activité purement hôtelière de l'établissement⁸⁴⁵ et une obligation de sécurité de résultat pèse également sur lui en cas d'infection nosocomiale⁸⁴⁶. De toute évidence, au vu de la jurisprudence récente, les obligations le concernant sont de plus en plus souvent des obligations de résultat, notamment pour tout ce qui est accessoire à l'hospitalisation⁸⁴⁷, comme les actes de soins simples, la fourniture de tous les produits⁸⁴⁸ – réserve faite des produits sanguins⁸⁴⁹ – et celle des appareils nécessaires,

842 Cette clause, conclue entre le cédant et le médecin n'est pas opposable en elle-même au cessionnaire (voir dans ce sens C. Daver, G. Mémeteau, « La douloureuse question de la cession du contrat d'exercice libéral », *RGDM*, n° 15, 2005, p. 271-273).

843. Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999, Soc. Clinique Victor Pauchet de Butler, Bull. civ. I, n° 175 ; D. 1999, p. 719, note E. Savatier, *JCP* 1999.II.10112, rapport P. Sargos, *RTDC* 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.

844. Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1945, Clinique Sainte-Croix, Dalloz, 1945, p. 217.

845. La clinique ne peut s'en dégager que par la preuve d'une cause étrangère (CA Aix, 22 décembre 1962, *Gaz. Pal.*, 1963.I.3389).

846. Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1999, 3 arrêts dits « des staphylocoques dorés », D. 1999, p. 559, note D. Thouvenin, *JCP*, 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 aseptie parfaite à la présomption de responsabilité », *Médecine & 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). Voir dernièrement : Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2009, n° 08-15.979.

847. CA Paris 1^o, 15 janvier 1999 Bull. civ., 9 avril 1999, n° 75, p. 8122.

848. Cass. civ., 7 novembre 2000, *RDSS* 2001, p. 526.

849. Cass. civ., 12 avril 1995, *RDSS* 1995, p. 767, note Leroy et 13 novembre 1996, *RDSS* 1997, p. 342. L'article 15 de l'ordonnance n° 2005-1087 relative aux établissements publics nationaux à caractère sanitaire et aux contentieux en matière de transfusion sanguine, du 1^{er} septembre 2005, prise en application des articles 73 et 84 de la loi n° 2004-1343 de simplification du droit, du 9 décembre 2004, donne compétence aux juridictions administratives pour connaître des demandes tendant à l'indemnisation des dommages résultant de la fourniture de produits sanguins labiles ou de

qui doivent être exempts de vices, sans que ceci soit encore devenu une règle d'or. Ainsi l'obligation de surveillance des malades est-elle toujours une obligation de moyens⁸⁵⁰. Toutefois l'établissement commet une faute s'il ne fournit pas aux patients une équipe médicale efficace et complète⁸⁵¹ pouvant intervenir dans les délais imposés par l'état des patients⁸⁵². Il a d'ailleurs l'obligation de s'assurer des compétences des médecins exerçant dans ses murs⁸⁵³. L'établissement commet également une faute s'il ne met pas à la disposition du personnel médical le matériel adéquat⁸⁵⁴, en bon état⁸⁵⁵ ou ne veille pas à son entretien régulier⁸⁵⁶. En matière hospitalière, le Conseil d'État a retenu la faute d'un établissement qui n'avait pas pu offrir à une parturiente les services d'un médecin alors que le nouveau-né avait été victime d'une dystocie⁸⁵⁷.

Mais il ne faudrait pas en déduire que la clinique est toujours responsable, notamment en cas de défaut de surveillance à l'origine d'un dommage.

Certes, en matière psychiatrique, l'obligation de surveillance semble se rapprocher parfois de l'obligation de résultat, notamment en droit hospitalier⁸⁵⁸. Mais, même dans ce domaine, c'est au médecin qui disposait des moyens et de l'environnement nécessaire, de signaler qu'un patient exigeait une surveillance particulière⁸⁵⁹, notamment un malade maniaco-dépressif, dont le psychiatre aurait dû voir qu'il risquait de se suicider et faire inscrire des précautions particulières sur le cahier infirmier⁸⁶⁰.

médicaments dérivés du sang élaborés par les personnes morales de droit public agréées, ou par des organismes dont les droits et obligations ont été transférés à l'Etablissement français du sang en vertu d'une convention, quelle que soit la date à laquelle est intervenu le fait générateur des dommages dont il est demandé réparation.

850. Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1999, Bull. n° 274 (concernant un établissement psychiatrique).

851. CA Paris, 1^{re} ch. B, 21 avril 1982, *D.* 1983, IR p. 497, obs. J. Penneau (condamnation d'une clinique ayant laissé une aide-soignante effectuer des actes pour lesquels elle n'avait pas la qualification nécessaire); Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1989, n° 87-11.875, Bull. n° 19, p. 12 (condamnation d'une clinique pour un accouchement dystocique pratiqué par une sage-femme parce que le médecin était de service dans une autre clinique); Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 1995, n° 93-20.544, n° 1612 P (condamnation d'une clinique de gynécologie-obstétrique pour non-respect des dispositions du décret du 21 février 1972 imposant un nombre minimum de sages-femmes).

852. Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1999, *Semaine juridique* 2000, 10384 (condamnation d'une clinique n'ayant pas pu mettre à la disposition de la parturiente une équipe d'anesthésistes-réanimateurs); CA Paris, 1^{re} ch. B, 20 mars 2003, *Juris-data*, n° 226393.

853. Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2009, n° 08-19642.

854. Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 1993, n° 91-15.607 (condamnation d'une clinique pour défaut de mise en place d'un cardiocytographe dans une salle d'accouchement).

855. CA Paris, 17 janvier 1997, *SA Clinique de la Muette, RDSS*, janv. -mars 1998, p. 112; CA Paris, 29 juin 2000, *Médecine & Droit* 2002, n° 53, p. 23.

856. CA Paris, 30 novembre 1989, *Juris-data*, n° 02.

857. CE, 27 juin 2005, n° 250483, Guechchati (*RGDM*, n° 17, 2005, p. 475).

858. CE, 23 juin 1986, *CHS de Maison-Blanche*, n° 62339 et, plus récemment: CAA Paris, 21 novembre 2000, *CHS d'Argenteuil*, n° 97PA01631; CAA Nantes, 4 octobre 2001, *Axa Assurances IARD*, n° 98NT00858; CAA Bordeaux, 5 février 2002, *Vallée*, n° 98BX01735, CAA, Douai, 17 mai 2005, *Etablissement public de santé mentale Lille-métropole*, n° 04DA00820).

859. Cass. civ. 1^{re}, 20 janvier 1982, *Malkasse*, n° 80-17229, Bull. civ., 1982, I, n° 34; 10 juin 1997, n° 95-14848, X, Bull. civ., 1997, I, n° 198.

860. Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 2005, n° 03-18.779, *Juris-data* n° 029037; *RGDM*, n° 17, 2005, p. 474; *Médecine & Droit* (2005), p. 151; *Gaz. Pal. Rec.* mars-avril 2006, p. 1367 (condamnant le médecin et jugeant que l'établissement n'avait pas commis de faute). Encore faut-il qu'on puisse reprocher au médecin psychiatre de ne pas avoir diagnostiqué le syndrome de son patient (Cass., civ. 1^{re}, 1^{er} mars

Hors du cercle de la psychiatrie, l'observation est encore plus nette. Ainsi, dans une affaire où un médecin est intervenu sans s'assurer que la personne à opérer ne suivait pas de traitement anticoagulant contre-indiquant l'intervention et alors que ledit praticien mettait en cause la clinique qui aurait manqué à son obligation de surveillance en permettant à la personne hospitalisée de continuer à prendre son traitement anticoagulant, la Cour de cassation a estimé qu'en dépit des obligations pesant normalement sur le personnel infirmier de la clinique⁸⁶¹, en l'absence d'information donnée par le médecin à l'établissement de santé quant aux contre-indications d'un traitement anti-coagulant et d'élément permettant de considérer que cet établissement avait connaissance du fait que la patiente prenait un tel traitement durant son séjour, «le moyen tiré d'un manquement de la clinique à son obligation d'assurer la surveillance de ses patients et de leur donner des soins conformes aux prescriptions médicales, est inopérant»⁸⁶².

En dernier lieu, les médecins peuvent se regrouper entre eux pour exercer.

Sous-paragraphe 3 – L'exercice en groupement

Il existe un vaste panel de possibilités. Tantôt le groupement n'a pas la possibilité juridique, ce qui signifie qu'il n'a pas de droits et d'obligations spécifiques (distinctes de ceux qui s'attachent à ses membres), tantôt il la détient.

1 – L'exercice en groupement sans personnalité juridique

Les groupements ne comportant pas la personnalité juridique sont au nombre de trois : l'indivision, la société en participation et le simple groupement d'exercice en commun. Dans ces trois hypothèses, chaque médecin agit en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des patients.

A/ L'indivision

Des praticiens libéraux peuvent toujours choisir de mettre en commun un certain nombre de moyens en optant pour l'indivision⁸⁶³. En ce cas, les indivisaires sont placés sur un pied d'égalité et l'unanimité est requise pour toutes les décisions. Cette solution a des limites : ainsi, comme il n'existe pas d'acquêts d'indivision, les

2005, n° 03-18.481 : ne donne pas de base légale à sa décision, la cour d'appel (CA Aix-en-Provence, 8 janvier 2003) qui déclare un médecin psychiatre, exerçant à titre libéral au sein d'un établissement de santé, responsable du dommage subi par un patient ayant, le lendemain de son admission avec son accord, tenté de mettre fin à ses jours, sans constater l'existence d'éléments devant permettre de déceler une intention suicidaire justifiant des mesures de surveillance particulières.

861. Conformément au décret du 15 mars 1993, le personnel infirmier est tenu de vérifier la prise des médicaments prescrits lors du séjour dans la clinique et la surveillance de leurs effets. Mais, dans l'arrêt de 2005, la Cour a jugé qu'il ne pouvait pas lui être fait grief de n'avoir ni recherché si la patiente disposait de médicaments à son insu, ni suspecté qu'elle prenait des médicaments qui n'avaient pas été prescrits par le médecin.

862. Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 2005, n° 03-18.669, *RGDM*, n° 18, p. 328-329 ; *Gaz. Pal. Rec.* mars-avril 2006, p. 1368.

863. C. civ., art. 1873-1 et suivants sur l'indivision conventionnelle. En l'absence d'un tel contrat, c'est le régime légal de l'indivision qui régit les copropriétaires (C. civ., art. 815 et suivants).

bien acquis par les co-indivisaires chacun de leur côté ne seront pas des biens indivis. Ce choix est devenu très rare de nos jours avec l'essor des contrats d'exercice en commun.

B/ Le groupement d'exercice en commun

Le contrat d'exercice en commun⁸⁶⁴, dénommé initialement contrat d'association par le Conseil de l'Ordre, est un contrat *sui generis*, qui n'a d'effet qu'entre les parties et ne donne pas lieu à création d'une personne morale et à la reconnaissance d'un patrimoine commun. Ce contrat est conclu *intuitu personae*, ce qui a pour conséquence qu'un des médecins ne peut pas céder sa clientèle à un tiers sans le consentement du ou des confrères restant⁸⁶⁵. Le contrat peut prévoir la simple mise en commun des dépenses effectuées pour le cabinet (matériel, fournitures, salaires...). Il peut aussi prévoir la mise en commun des honoraires perçus individuellement par chaque partie, si du moins les cocontractants sont tous des médecins généralistes ou tous des spécialistes de la même spécialité. Ces contrats contiennent parfois une indemnité d'intégration acquittée par le dernier arrivant, qui va se trouver dispensé des contraintes matérielles de l'installation et de la difficulté de se constituer une clientèle⁸⁶⁶.

Dans une autre optique, les professionnels libéraux peuvent conclure (au moins en métropole) un contrat dit de collaboration par lequel un praticien met à la disposition d'un confrère les locaux et le matériel nécessaire 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.

Dans les deux cas, chaque cocontractant n'est responsable que de ses propres actes et de ses propres dettes, comme c'est la règle lorsque le groupement est privé de personnalité juridique.

Ces deux contrats, notamment le premier, peuvent être requalifiés par le juge de société de fait, s'il y a, derrière la mise en commun des moyens et la collaboration, une véritable entreprise commune, attestée par l'existence d'apports (en argent, en matériel ou en clientèle), une vocation au partage des bénéfices ou à la réalisation d'économies et, le cas échéant, celle de contribuer aux dettes, ainsi que par la volonté de se comporter en associé. Les critères pratiques ne sont pas toujours clairs. Il faut regretter cette incertitude car les conséquences fiscales ne sont pas négligeables⁸⁶⁷.

864. M. Harichaux, A. Monroche, *Droit de la santé. Dictionnaire commenté, op. cit.*, v. « Contrats d'exercice en commun », p. 19.

865. CA Papeete, 21 décembre 2006, Lara C. c./ D.-D. (Juris-data n° 332148 ; *RGDM*, n° 25, p. 243).

866. Cass. civ. 1^{re}, 27 novembre 1984 et 8 janvier 1985 (*D.* 1986, p. 448, note J. Penneau) a admis la validité de ce « droit d'entrée ». Encore faut-il que l'obligation de payer ait une cause précise (cf. Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 2006 ; *JCP*, 2006, IV, n° 3483 ; *RGDM* n° 23, chr. G. Mémeteau, p. 211). En cas de rupture de la convention, en principe, l'indemnité d'intégration n'a pas à être restituée, car elle a eu une contrepartie, indépendamment de la durée de la convention (CA Paris, 25^e ch. A, 20 février 2004, Komorek c./ Feuchtbaum (Juris-data n° 2004-247237) concernant une collaboration de dix ans, dont six ans sans problème).

867 F. Deboissy, G. Wicker, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », *RTDC*, 2000, p. 225.

C/ La société en participation, dite société de fait

La société en participation, dite parfois société de fait⁸⁶⁸, est une société qui n'est pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés. Comme on a eu l'occasion de le préciser à deux reprises chaque médecin agit alors en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des patients⁸⁶⁹. Mais cette règle peut être écartée si un médecin est réputé avoir agi en qualité d'associé au vu et au su de tiers⁸⁷⁰, ce qui signifie qu'il va alors engager tous les associés, qui seront coresponsables de ses actes et de ses dettes. Cette rigueur est confirmée par une règle du droit des sociétés⁸⁷¹.

Enfin, les professionnels peuvent opter pour une intégration plus poussée, le groupement doté de la personnalité juridique.

2 – L'exercice en groupement revêtu de la personnalité juridique

Celui-ci peut prendre différentes formes : soit une association sans but lucratif, soit, ce qui est plus répandu, une société, qui a la faculté de partager ses bénéfices entre ses membres.

On ne s'attardera pas sur la formule de l'association suivant la loi du 1^{er} juillet 1901, peu adaptée aux médecins⁸⁷², et on privilégiera le recours à la société.

Les différents types possibles de formes sociétales résultent de textes généraux et spéciaux multiples⁸⁷³.

En effet, les médecins peuvent se grouper soit en société de moyens, soit en sociétés d'exercice. Les premières ont pour objet d'organiser en commun un exercice médical qui va rester individuel et privatif et s'exercer en un lieu unique, alors que les secondes ont pour but l'exercice même de la médecine en un ou plusieurs lieux. Souligner cela c'est rappeler que les sociétés de moyens ne

868 Certes elles sont soumises au même régime de droit commun (C. civ., art. 1871). Mais elles méritent d'être distinguées : la société en participation est licite et résulte d'un choix positif, la société de fait peut présenter ces caractéristiques... ou désigner une société irrégulièrement constituée qui doit être dissoute.

869. En raison d'un principe de droit commun posé par l'art. 1872-1 C. civ.

870. Par application d'un principe de droit civil figurant à l'art. 1872-1 al. 2 C. civ.

871. L. n°90-1258 du 31 décembre 1990, art. 23 (transposé par l'A. n°219/DRCL du 26 février 1991, *JOPF* 21 mars) : «les associés sont tenus solidairement et indéfiniment à l'égard des tiers des engagements pris par chacun d'eux en qualité d'associé».

872. A. Leandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, Thèse Droit, Aix, 2006, pp. 197-199 (qui examine ensuite les possibilités offertes par le GIE).

873. L. n°66-879 du 29 novembre 1966 sur les SCM (transposée à l'exception de ses articles 31 à 35 par l'arrêté de promulgation n°1172 AA du 15 mars 1983 avant d'être modifiée par la L. n°72-1151 du 23 décembre 1972 elle-même transposée par l'arrêté de promulgation n°60 AA du 8 janvier 1973); *D.* n°77-636 du 14 juin 1977 (à notre connaissance non transposé) relatif aux SCI de médecins, pris en application de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 précitée; *D.* n°94-680 du 3 août 1994 relatif à l'exercice en commun de la profession de médecin sous forme de SEL (Arrêté de promulgation n°963 DRCL du 21 septembre 1994, *JOPF* 29 septembre) pris en application de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 (transposée par l'A. n°219/DRCL du 26 février 1991, *JOPF* 21 mars) modifiée par la L. n°99-515 du 23 juin 1999 (Arrêté de promulgation n°337/DRCL du 7 juillet 1999, *JOPF* 15 juillet).

sont pas inscrites au tableau de l'Ordre alors que les sociétés d'exercice le sont obligatoirement. Seules ces dernières peuvent, par exemple, signer un contrat avec une clinique⁸⁷⁴. De même, il ne peut pas y avoir de contrat médical entre un patient et une SCM et celle-ci ne peut pas prétendre être propriétaire d'une clientèle propre, tout ceci étant réservé aux sociétés d'exercice. A contrario, les SCM ne peuvent pas faire l'objet de sanctions disciplinaires qui peuvent être prononcées contre les sociétés d'exercice.

A/ Les sociétés civiles de moyens

Les sociétés civiles de moyens (SCM) sont des sociétés ouvertes aux professions libérales (en Polynésie française : aux notaires et aux huissiers⁸⁷⁵) afin de faciliter à chacun de leurs membres l'exercice de son activité. Elles peuvent interdire à un associé d'exercer en dehors de la société, en fait en dehors du cabinet dépendant de la société⁸⁷⁶. Ces sociétés ne peuvent comporter de partage d'honoraires que si elles réunissent seulement des médecins. Leurs membres non fondateurs doivent être agréées pour entrer dans la structure, étant précisé que leur refus est illégitime s'il dissimule la volonté de récupérer la clientèle de l'associé cessionnaire⁸⁷⁷. La faculté fiscale d'opter pour l'impôt sur les sociétés plutôt que sur l'imposition individuelle de ses membres n'est pas offerte aux SCM⁸⁷⁸. C'est un trait qui les distingue des sociétés d'exercice.

B/ Les sociétés d'exercice

Toutes les sociétés d'exercice présentent des points communs : comme leur nom l'indique, elles sont réputées exercer la profession (elles ne peuvent donc pas être interprofessionnelles⁸⁷⁹) et un médecin ne peut exercer que dans une seule société⁸⁸⁰. Mais, sans vouloir abuser des distinctions et sous-distinctions qu'autorisent le détail des règles juridiques, il faut souligner que les sociétés d'exercice peuvent être soit des sociétés civiles professionnelles, soit des sociétés d'exercice libéral. Certes les unes et les autres étant réputées exercer par elle-même la profession, elles vont être inscrites au tableau de

874. Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, Bull. civ. I, n° 300 ; D. 1999, n° 14, p. 197, note C. Jamin, *JCP G* 1999, n° 29, p. 1413, note R. Rzepzcki.

875. À notre connaissance le D. n° 77-636 du 14 juin 1977 portant application à la profession de médecin de la loi n° 66-679 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles n'a pas été transposé et les seules délibérations locales portant application à des professions réglementées de la loi n° 66-679 du 29 novembre 1966 relative aux SCM en Polynésie française sont les notaires (1989) et les huissiers (1992).

876. Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 1995, Bull. I, n° 12.

877. CA Paris 5^e ch. B, 23 avril 1998, Bull. Joly 1998, p. 959, obs. J.-J. Daigre (concernant des masseurs-kinésithérapeutes).

878. CGI, art. 239 quater A.

879. CSP art. R. 4113-13 et letter CNOM, 19 novembre 2008. Elles peuvent regrouper des généralistes et des spécialistes... mais pas un (médecin) stomatologue et un dentiste.

880. CSP, art. R. 4113-3. Il ne peut exercer que dans une seule. L'exercice peut être libéral ou salarié (CE, 3 septembre 2007, n° 295344, Juris-data n° 07-2416). Mais le praticien peut être associé à plusieurs sociétés, en qualité de membre (D. n° 94-680 du 3 août 1994, art. 11 : il peut être membre de deux SEL).

l'Ordre, le contrat médical est regardé comme conclu entre le patient et la société et d'ailleurs c'est sur celle-ci que pèse l'obligation d'assurance, ce qui ne signifie pas que les médecins membres doivent s'en désintéresser⁸⁸¹. Mais les SCP, de conception plus ancienne⁸⁸², et les SEL, de facture plus moderne⁸⁸³, qui intègrent prudemment certaines caractéristiques empruntées aux sociétés commerciales⁸⁸⁴ et reflètent l'intégration croissante de l'univers médical dans le monde des affaires⁸⁸⁵, sont assez différentes les unes des autres.

Les SCP sont des sociétés de personnes, dites à risque illimité⁸⁸⁶, ce qui explique que les professionnels n'y recourent plus aussi volontiers qu'avant. Ces personnes doivent être des personnes physiques réunissant toutes les conditions légales et réglementaires pour l'exercice de la profession de médecin. Leur nombre doit se situer entre deux et huit⁸⁸⁷. Leurs parts sont en principe cessibles, mais si le professionnel pressenti par le retrayant (candidat à la sortie) est extérieur à la société, il devra préalablement être agréé par les trois quart au moins des associés restant⁸⁸⁸. En ce qui concerne le capital social (qui correspond à la valeur des apports des différents associés), le législateur n'exige pas de capital minimum. En revanche, le décret d'application exige que chaque associé dispose d'un nombre de voix égal quel que soit le nombre de parts qu'il possède. Un médecin peut même entrer dans la structure sans capital, mais avec, par exemple, un apport en industrie : il sera associé à part entière⁸⁸⁹, recevra des parts sociales

881 CSP, art. L. 1142-25 : « Le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est puni de 45 000 euros. d'amende. Les personnes physiques coupables de l'infraction mentionnée au présent article encourent également la peine complémentaire d'interdiction, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du Code pénal, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise... ».

882. L. n° 66-879, 29 novembre 1966 (transposée à l'exception de ses articles 31 à 35 par l'arrêté de promulgation n° 1172 AA du 15 mars 1983) modifiée par la L. n° 72-1151 du 23 décembre 1972 (Arrêté de promulgation n° 60 AA du 8 janvier 1973); D. n° 77-636 du 14 juin 1977. A notre connaissance ce décret n'a pas été transposé et les seules délibérations locales portant application à des professions réglementées de la loi n° 66-679 du 29 novembre 1966 relative aux SCM en PF sont les notaires (1989) et les huissiers (1992).

883. L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990 (Arrêté de promulgation n° 219 DRCL du 26 février 1991); D. n° 94-680 du 3 août 1994 (Arrêté de promulgation n° 963 DRCL du 21 septembre 1994, *JOPF* 21 septembre)

884. La doctrine juridique les présente volontiers comme des sociétés commerciales par leur forme dont l'objet est civil (voir dernièrement A. Leandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, op. cit., p. 209). D'un point de vue juridique, elles n'en restent pas moins des sociétés civiles (et relèvent donc en principe des tribunaux civils).

885. F. Maury, *L'exercice sous la forme d'une société d'une profession libérale réglementée*, PUAM, Aix, 2001.

886. Car la responsabilité de chaque associé est illimitée. Par ailleurs « les associés répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales à l'égard des tiers... » (L. n° 66-879 du 29 novembre 1966, art. 15). Or, par dettes sociales, on entend les dettes de la société contractées par le gérant dans le cadre de ses fonctions... mais également toutes celles qui résulteraient des fautes professionnelles commises par les associés.

887. D. n° 77-636 du 14 juin 1977, art. 2.

888. Et si la SEL est liée à une clinique par une convention d'exercice, celle-ci est susceptible d'imposer l'agrément de l'établissement de santé pour toute cession de parts à un candidat extérieur à l'achat.

889. Sa situation n'en sera pas autant enviable, car il recevra peu de parts sociales (au demeurant pas faciles à négocier) et qu'au terme de cette expérience il ne tirera aucun profit en terme de capital, il ne pourra pas présenter de clientèle à son successeur et sera susceptible de se heurter à une éventuelle

et aura vocation aux bénéfices et/ou aux pertes. Dans un autre ordre d'idées, on notera que la loi impose à la société civile des formalités de publicité, notamment l'inscription au tableau de l'Ordre professionnel et, chose plus étonnante, l'immatriculation au registre du commerce qui lui confère la personnalité morale. Cette dernière option n'est pas très logique sur le plan théorique, mais elle est très utile en pratique. Bien évidemment, elle n'a pas pour effet de conférer un quelconque caractère commercial à la société civile. Les associés ont la faculté d'opter pour l'imposition individuelle ou l'IS⁸⁹⁰. S'agissant des SEL, elles sont par nature soumises à l'IS. L'activité d'une SCP ne peut s'exercer que dans un lieu unique, ce qui n'est pas inéluctable pour les SEL.

Les SEL (sociétés d'exercice libéral) introduites en Polynésie française dès 1991⁸⁹¹ sont des sociétés de capitaux à risque limité. Leurs particularités sont nombreuses. Tout d'abord, tous les associés peuvent ne pas être des médecins⁸⁹², ce qui permet de recourir à des capitaux extérieurs, avec toutes les opportunités et les risques qui s'y attachent, en termes d'indépendance. La société peut exercer dans différents lieux (cinq au maximum) lorsque deux conditions sont remplies : elle doit utiliser des équipements implantés dans des lieux différents ou mettre en œuvre des techniques spécifiques, que l'intérêt des patients doit justifier⁸⁹³. Comme ces sociétés ce sont des sociétés d'exercice, en principe un médecin associé ne peut exercer qu'au sein d'une seule de ces sociétés⁸⁹⁴. Indépendamment de cet inconvénient, les SEL ont l'avantage de permettre de limiter la responsabilité des associés du fait des dettes sociales et d'offrir aux médecins associés une rémunération lissée tout au long de l'année, y compris pendant les congés, voire en cas de maladie⁸⁹⁵. La loi du 31 décembre 1990, qui les régit, ne s'attarde guère sur la répartition des parts sociales entre

clause de non-réinstallation figurant dans les statuts (A. Leandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, op. cit., p. 212).

890. CGI, art. 206-3 h.

891. L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990 (Arrêté de promulgation n° 219 DRCL du 26 février 1991) ; D. n° 94-680 du 3 août 1994 (Arrêté de promulgation n° 963 DRCL du 21 septembre 1994, *JOPF* 21 septembre).

892 La loi du 4 août 2008 a modifié celle de 1990 en prévoyant la détention de plus de la moitié du capital par des personnes physiques ou morales ou bien par des sociétés de participations financières de professions libérales, sauf si cette dérogation est susceptible de porter atteinte à l'indépendance et à la déontologie des membres de la SEL. Les règles sont complexes. Ainsi dans une SELCA, les non-médecins peuvent détenir jusqu'à la moitié du capital social moins une action (D. 3 août 1994, art. 12). Sinon, ils sont plafonnés à ¼.

893. CSP, art. R. 4113-23 : « la société peut exercer dans cinq lieux au maximum lorsque, d'une part, elle utilise des équipements implantés en des lieux différents ou met en œuvre des techniques spécifiques et que, d'autre part, l'intérêt des malades le justifie. Ces lieux d'exercice doivent être situés soit dans une zone géographique constituée de trois départements limitrophes entre eux, soit exclusivement dans la région d'Ile-de-France ».

894. CSP, art. R. 4113-3 : « Un associé ne peut exercer la profession de médecin qu'au sein d'une seule société d'exercice libéral de médecins et ne peut cumuler cette forme d'exercice avec l'exercice à titre individuel ou au sein d'une société civile professionnelle, excepté dans le cas où l'exercice de sa profession est lié à des techniques médicales nécessitant un regroupement ou un travail en équipe ou à l'acquisition d'équipements ou de matériels soumis à autorisation en vertu de l'article L. 6122-1 ou qui justifient des utilisations multiples » (ex. d'application de l'exception relativement à un néphrologue : CE, 3 septembre 2007, n° 291887, *Juris-data* n° 072342, *RGDM*, n° 25, p. 281).

895 A. Leandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, op. cit., p. 207.

les associés⁸⁹⁶, dès lors que ceux-ci exercent dans le cadre de la structure ainsi créée⁸⁹⁷. Mais elle prend soin de préciser que, bien que la société soit inscrite au tableau de l'Ordre⁸⁹⁸, elle ne peut accomplir d'actes médicaux que par l'intermédiaire d'un de ses membres ayant qualité pour exercer la médecine⁸⁹⁹. Dans le domaine commercial, en règle générale, les associés répondent des dettes sociales de la société seulement à hauteur de leurs apports. Mais la loi de 1990 qui a institué les SEL ne reprend pas cette règle. En revanche, elle indique explicitement qu'ils restent indéfiniment responsables sur leurs biens propres des actes professionnels qu'ils accomplissent personnellement⁹⁰⁰. Le législateur exige ordinairement un capital minimum, mais ne s'intéresse guère au nombre des associés⁹⁰¹ qui peuvent être des médecins exerçant ou non au sein de la société... ou d'autres SEL de médecins. Un couple de médecins peut ainsi créer une SELARL dont ils vont détenir la totalité des parts et dont ils seront les gérants, la société leur versant une rémunération fixe. Ces entités ne sont pas des structures spécifiques aux professions de santé, puisque le texte qui les a fait naître concerne toutes les « professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ». Bien qu'ayant un objet civil, ce sont des sociétés commerciales par leur forme⁹⁰². À y regarder de près elles juxtaposent des traits commerciaux et civils. Tout d'abord, elles sont soumises aux mêmes droits et obligations que les commerçants personnes physiques. À ce titre, elles doivent tenir une comptabilité, peuvent être mises en redressement judiciaire et sont soumises aux règles de publicité au registre du commerce et des sociétés. Toutefois les actes faits par la société d'exercice libéral ne sont pas des actes de commerce. Ils relèvent de l'exercice d'une profession libérale et sont donc civils par nature. De même, le fonds de la SEL n'est pas un fonds de commerce, ce qui interdit à la SEL de bénéficier des dispositions avantageuses relatives aux baux commerciaux (droit au renouvellement ou, à défaut, obtention

896 « Par dérogation à l'article 73 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, le nombre minimum d'associés requis pour la constitution d'une société d'exercice libéral à forme anonyme est de trois » (L. n° 90-1258, 31 décembre 1990, art. 4).

897 Certaines dispositions concernent la répartition des parts entre professionnels associés exerçant ou n'exerçant pas à l'intérieur de la structure (*ibid.*, art. 5, al. 1°).

898. *Ibid.*, art. 3.

899. *Ibid.*, art. 1°.

900. *Ibid.*, art. 16 : « Chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit. La société est solidairement responsable avec lui ». Et, s'agissant des SELAS, chaque associé est indéfiniment responsable sur le plan professionnel, quel que soit le niveau financier de sa participation, et la société est solidairement responsable avec lui. Ceci étant, dans le cadre des SEL, les professionnels associés peuvent exercer ou ne pas exercer au sein de la société (art. 5-6) : dans le premier cas leur responsabilité pèse sur l'ensemble de leur patrimoine (*ibid.*, art. 16) dans le second cas leur responsabilité est limitée à leurs apports.

901. En effet, il n'existe pas de dispositions spéciales imposant un plafond particulier. Il faut donc appliquer le droit commun. Il en résulte que les SELARL 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 entreprises. Cependant les SEL doivent comprendre au moins : – deux associés dans les SELARL (et les SELAS) pluripersonnelles, étant entendu qu'elles peuvent être constituées avec un seul associé (il s'agira alors d'une société unipersonnelle) ; – trois associés dans les SELAFA (il faut rappeler que la loi exige 7 associés pour les SA de droit commun) ; – quatre associés, dont au moins trois commanditaires, dans les SELCA

902. C. com., art. L. 210-1.

d'une indemnité d'éviction). Enfin, les litiges entre la SEL et l'un de ses associés relèvent de la seule compétence des tribunaux civils⁹⁰³. Les sociétés d'exercice libéral peuvent être indifféremment des SELARL (à responsabilité limitée), des SELAFA (à forme anonyme) des SELCA (en commandite par actions) et, en métropole depuis la loi du 15 mai 2001, des SELAS (par actions simplifiées) «ayant pour objectif déclaré de laisser les professionnels libéraux organiser leurs rapports le plus librement possible»⁹⁰⁴. Dans l'intervalle, la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée⁹⁰⁵ a introduit l'EURL, la société à forme unipersonnelle. En d'autres termes, une société d'exercice libéral peut adopter la forme de la société anonyme, de la société en commandite par actions, de la société par actions simplifiée ou de la SELURL⁹⁰⁶. Ceci emporte des différences variées.

Pour ce qui a trait au montant du capital de la société, un capital minimum est exigé par la loi pour les SELAFA, SELAS et SELCA⁹⁰⁷. En revanche, pour les SELARL, il est librement fixé par les statuts, mais il doit être divisé en parts sociales égales⁹⁰⁸.

En ce qui concerne la direction de la société et les cessions des droits sociaux, il faut distinguer entre les différents types de sociétés et les SEL de médecins ne présentent alors aucune spécificité juridique. On renverra donc sur ce point aux règles ordinaires du droit des sociétés, qui sortent de notre épure.

Sous-paragraphe 4 – Les autres formes d'exercice libéral

En métropole, le droit admet l'exercice libéral en établissement de santé public – Les praticiens hospitaliers exerçant à temps plein peuvent exercer librement au sein de l'établissement où ils ont été nommés⁹⁰⁹, si quatre conditions sont réunies :

- l'intérêt général du service public hospitalier ne doit pas y faire obstacle,
- les praticiens concernés doivent exercer dans le secteur hospitalier public une activité médicale de même nature,
- la durée de leur activité libérale ne doit pas excéder 20 % de la durée de leur service hospitalier public,
- le nombre de consultations et d'actes effectués en clientèle privée doit être inférieur au nombre de consultations et d'actes effectués au titre de l'activité

903. C. org. jud., art. L. 411-6.

904. D. Poracchia, «La société d'exercice libéral», dans *Droit et Patrimoine*, n°98, novembre 2001, p. 84-90.

905. Arrêté de promulgation n° 115 DRCL du 3 février 1986.

906. Mais la vente d'un fonds à une SELURL qui s'endette pour réaliser cette acquisition peut être regardé fiscalement comme un abus de bien social. De notre point de vue, cette qualification pourra être donnée chaque fois que l'opération apparaît faite dans l'intérêt du professionnel et aux dépens de la société unipersonnelle.

907. C. com., art. L. 224-2.

908. C. com., art. L. 223-2 (L. n°2003-721 du 1^{er} août 2003).

909. Cette activité a pris le nom de libérale avec la loi n°87-39 du 27 janvier 1987 et son décret d'application n°87-944 du 25 novembre 1987 qui a remplacé le système antérieur du «secteur privé» créé par le décret du 11 décembre 1958, désormais abrogé. Voir également : CSP, art. L. 6154-1 (L. n°2002-73 du 17 janvier 2002).

publique⁹¹⁰.

Leurs honoraires peuvent lui être versés directement ou par l'intermédiaire de l'administration hospitalière⁹¹¹. Cette activité libérale donne lieu à la signature d'une convention entre le PH et son établissement sur la base d'un contrat-type d'activité libérale établi par voie réglementaire et au versement d'une redevance par le praticien, dans des conditions déterminées par décret⁹¹².

Il existe aujourd'hui de nouvelles formes d'exercice libéral émergentes. Des textes récents depuis 1996 envisagent la création de filières de soins et de réseaux de santé⁹¹³ entre médecins libéraux, établissements de santé et institutions médico-sociales. Ces entités n'ont pas la personnalité morale, mais elles sont toujours susceptibles de trouver celle-ci en créant une structure juridique, par exemple une association.

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 médicaux.

Le réseau de santé dépasse l'aspect des soins médicaux pour intégrer des interventions (comme la prévention) qui concerne également l'État et les collectivités locales⁹¹⁴, au-delà des personnels soignants. Les réseaux « procèdent à des actions d'évaluation »⁹¹⁵, ce qui signifie qu'ils sont concernés par la procédure d'accréditation comme les établissements de santé⁹¹⁶. Ils existent souvent sous la forme d'associations régies par la loi de 1901. Mais ce n'est pas obligatoire. D'ailleurs, la loi du 4 mars 2002 a créé des réseaux coopératifs de santé⁹¹⁷ et des sociétés coopératives hospitalières de médecins, qui sont des sociétés d'exercice professionnel ayant pour objet d'exercer en commun la médecine⁹¹⁸, tous régis par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 sur les coopératives. L'ordonnance du 4 septembre 2003 quant à elle dispose que le réseau peut se constituer en GCS⁹¹⁹.

Les réseaux sous-tendent une coopération qui n'implique aucune hiérarchisation. Si la filière de soins, entité médicale, a une organisation plutôt verticale, le réseau, entité pluridisciplinaire, constitue plutôt une organisation horizontale. Naturellement, il peut compter des médecins salariés.

910 CSP, art. L. 6154-1 et 2 (L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002).

911 O. n° 2003-850 du 4 septembre 2003, art. 30 ; L. n° 2004-1370 du 20 décembre 2004, art. 27.

912. Une bonne présentation des règles applicables figure dans le *Droit de la santé*, Lamy, Etude 213-74 (octobre 2005).

913. CSS art. L. 162-31-1 (O. 24 avril 1996), CSS art. L. 227-1 (issu de la convention d'objectif et de gestion signée le 30 avril 1997 par l'État et la CNAMTS), CSP art. L. 6321-1 et 6321-2 / L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 83.

914. E. Mondielli, « La longue marche législative vers les réseaux de santé : l'apport de la loi du 4 mars 2002 », *LPA*, n° 122, 19 juin 2002, p. 49 qui présente « sept éléments caractérisant le réseau de santé ».

915. CSP art. L. 6321-1.

916. O. Ciaudo, *La procédure d'accréditation des établissements de santé*, Thèse Droit, Aix-en-Provence, 12 juillet 2001 ; J.-L. Galizia, *L'accréditation des établissements de santé : bilan et perspectives*, Thèse Droit en cours.

917. CSP art. L. 6321-2.

918. CSP art. L. 6163-1 à 6163-10.

919. CSP art. L. 6321-2.

§ 2 – L'exercice salarié

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 prépondérante⁹²⁰ au point de réduire la seconde à une part négligeable.

À 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 la subordination à un employeur). Mais le réalisme a imposé une réponse négative de la jurisprudence⁹²¹, de la doctrine, 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 indigents⁹²², se développèrent surtout à partir de 1938, pratiquant une médecine sociale qui, à partir de 1945, fut institutionnalisée dans de nombreux secteurs (PMI, santé scolaire, médecine du travail...)⁹²³.

La dernière étape du processus a été, en métropole, la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises qui a introduit la possibilité pour un médecin d'être le salarié d'un autre médecin. Mais ce texte n'a pas été transposé.

En contrepartie de la reconnaissance de la médecine salariée, la déontologie ordinale a réaffirmé que l'indépendance du médecin 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'emploie⁹²⁴. Cela crée une situation ambiguë pour le médecin salarié d'une clinique, qui est à la fois souverain à l'égard de l'établissement en sa qualité de médecin et agent subordonné de la clinique qui l'emploie en qualité de salarié⁹²⁵.

Les médecins salariés du secteur privé représentaient 31 841 praticiens en 1989, pour 96 953 libéraux et 48 675 hospitaliers⁹²⁶.

920. M. Calmon, «Les médecins salariés. La spécificité juridique de la médecine salariée», dans *Droit médical et hospitalier*, t. 2, fas. 96 (9, 1995), p. 2.

921. Cass. civ., 15 mai 1928 (relativement à un médecin gérant une clinique), *D.* 1929, I, p. 53, note Nast, DH, 1928, p. 367, Cass. civ., 26 juillet 1938, DH, 1938, p. 5 (concernant un contrat de travail avec un sanatorium). Après la guerre, la dernière ligne de défense des médecins hostiles au salariat médical a consisté à ne pas s'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.

922. 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 (CE, 29 mars 1901, Casanova, Rec. 333, S. 1901.3.73, note M. Hauriou).

923. M. Calmon, «Les médecins salariés. La spécificité juridique de la médecine salariée», dans *Droit médical et hospitalier*, t. 2, fas. 96 (9, 1995), p. 2.

924. CSP, art. R. 4127-95.

925. Le droit québécois en a déduit l'irrégularité du salariat médical en clinique (CA Québec, 2 avril 2001, note G. Mémeteau dans *Revue du Barreau*, automne 2001, p. 557).

926. M. Calmon, «Les médecins salariés. La spécificité juridique de la médecine salariée», *Droit médical et hospitalier*, t. 2, fas. 96 (9, 1995), p. 4.

Leur nombre a tendance à croître car les mentalités changent et la profession se féminise⁹²⁷.

Ce phénomène a encore peu touché la Polynésie française.

Il existe aujourd'hui différents types de médecins salariés. Au point que la détermination de la notion n'est pas toujours aisée⁹²⁸.

Pour certains le salariat découle de la nature même de leurs fonctions. Tel est le cas des médecins hospitaliers, des médecins scolaires et universitaires, des médecins-conseils de la Sécurité sociale, ainsi que des médecins du travail.

Pour d'autres le salariat est une alternative à l'exercice libéral. Tel est le cas de la médecine en établissement de santé 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 salarié⁹²⁹. Depuis le décret du 13 décembre 2006⁹³⁰, portant modification du Code de déontologie médicale, la collaboration salariée est possible à l'intérieur d'un cabinet médical. En métropole, l'Ordre national a d'ailleurs établi, le 23 octobre 2008, des contrats-types de collaboration salariée à durée indéterminée à temps plein et à temps partiel.

En France, dans la mesure où il est permis aux caisses locales d'assurance maladie de créer, sur leurs fonds propres d'action sanitaire et sociale, des sociétés de moyens constituant la structure de centre de soins, un certain nombre de «centre de santé» ont vu le jour, étant précisé que depuis la mise en place en 1971 du régime conventionnel entre les médecins libéraux et les Caisses, celles-ci se sont engagées à ne plus créer ni développer ces institutions (dites «médecine de caisse»). En Polynésie, la CPS n'a mis en place aucune structure de ce type. Les seuls médecins qu'elle salarie sont les praticiens-conseils de son service du contrôle médical.

§ 3 – La médecine de contrôle

Le statut du contrôle médical exercé par la Caisse de prévoyance sociale en Polynésie repose sur la délibération du 4 juillet 2002⁹³¹.

Il a pour objet le contrôle des ressortissants des régimes de protection sociale et celui de l'activité des professionnels de santé, afin de lutter contre les

927 Interview du Doyen Y. Berland, président de l'ONDPS, *Mon. Pharm.*, n° 2572, 5 mars 2005, p. 27.

928. Le salarié se définit comme étant en principe 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. Mais cette subordination compte davantage que l'(in)existence d'un contrat de travail : elle signifie que le médecin qui reçoit certaines directives et ne supporte pas directement les risques économiques de son exploitation personnelle, peut être regardé comme salarié... ce qui a des incidences sociales et fiscales (E. Terrier, «Retour sur le médecin libéral salarié», *RDS* 1.77).

929. M. Harichaux, A. Monroche, *Droit de la santé. Dictionnaire commenté, op. cit.*, v. «Médecine du sport», p. 149.

930. D. n° 2006-1585 du 13 décembre 2006 (JO 14 décembre).

931. Délibération n° 2002-98 APF du 4 juillet 2002 portant modification de la délibération n° 2000-39 APF du 30 mars 2000 portant adoption du statut du contrôle médical de la Caisse de prévoyance sociale (*JOPF* 18 juillet 2002).

abus, les excès, les fautes et les fraudes éventuels.

Dans ce but, les praticiens-conseils du service du contrôle médical de la CPS ont accès à tous les renseignements utiles auprès des professionnels de santé dans la limite du secret professionnel⁹³². Lorsqu'un professionnel de santé a fait l'objet d'un contrôle – qui peut amener que soient entendus ses patients – le service doit l'informer de ses conclusions en l'invitant à formuler ses propres observations par lettre recommandée AR. Dans un délai d'un mois peuvent être déclenchées les procédures conventionnelles (art. 9). La délibération n° 9 5-109 AT du 3 août 1995 relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé⁹³³ prévoyait pour le médecin dont la pratique ne respecte pas les références médicales opposables, « des sanctions financières dont le montant sera prévu conventionnellement ». Mais celles-ci n'ont pas vu le jour. La véritable arme de la CPS – qui n'est pas négligeable – est donc le déconventionnement.

Chapitre 2. Le statut public

par Christophe Psychogios

En Polynésie française, pas moins de cinq statuts différents régissent les médecins exerçants dans les structures publiques. Il en résulte que certains corps comptent moins de trente membres⁹³⁴.

Construction historique dont l'harmonisation peine à avancer, cette diversité est source de rigidités, empêchant la mobilité des médecins entre structures⁹³⁵ et bloquant l'actualisation des connaissances et des savoir-faire que permettraient les changements de postes.

Lors de la mise en place de la fonction publique polynésienne, fin 1995, nombre de statuts particuliers restaient à établir. Fatigués d'attendre un statut spécifique, les praticiens du Centre hospitalier principal de Tahiti se mirent en grève, ce qui conduisit le gouvernement local, en application d'un protocole de fin de conflit⁹³⁶, à adopter un premier statut réservé à ce personnel par délibération

932. Voir ci-après la section relative à « L'obligation du secret professionnel ».

933. *JOPF* 1995, n° 33, p. 1664.

934. À la dernière élection des commissions paritaires, l'administration comptait (arrêté n° 940/CM du 21/06/2010) 84 praticiens hospitaliers des établissements publics hospitaliers, 9 praticiens hospitaliers des établissements publics dépendant de la direction de la santé, 47 médecins relevant du statut des médecins de la santé publique et 26 fonctionnaires du corps des biologistes, pharmaciens, vétérinaires et chirurgiens dentistes (sans qu'on puisse identifier le nombre de ceux ayant la qualité de médecins). S'y ajoutent les médecins relevant d'un statut de droit privé, en voie d'extinction.

935. Une jurisprudence récente (jugement n° 1100185 du 25/10/2011, tribunal administratif de Papeete) vient de confirmer cet état de fait. Un médecin affecté au centre de consultation en alcoologie et toxicomanie dépendant de la Direction de la santé demandait sa mutation au département de psychiatrie du Centre hospitalier. Accordée, elle prend ses fonctions, jusqu'à ce que le service central du personnel et de la fonction publique s'y oppose au motif qu'elle n'était pas praticien hospitalier mais médecin : deux statuts différents donc, sans passerelle entre les deux, à part le concours externe. Le tribunal administratif donnera raison au service central du personnel et de la fonction publique, tout en regrettant l'imbroglio administratif ayant conduit l'agent dans cette impasse.

936. Protocole d'accord de fin de conflit du 03/05/1996 entre le Territoire et la Coordination syndicale des médecins du centre hospitalier territorial.

n°96-136/APF du 21 novembre 1996. Il venait déroger aux statuts de médecin et à celui de médecin biologiste adoptés fin 1995⁹³⁷, lors de la mise en place de la fonction publique polynésienne, qui avait vocation à remplacer le statut privé des agents non fonctionnaires de l'administration (communément appelé « statut ANFA ») datant de 1968⁹³⁸.

Il faudra encore un an⁹³⁹ pour que les médecins des hôpitaux régionaux obtiennent un statut spécifique se rapprochant de celui adopté en 1996 pour les établissements publics de santé⁹⁴⁰.

Mais la majorité des hôpitaux périphériques⁹⁴¹ continuent de fonctionner avec des médecins rattachés, soit au statut des médecins de la santé, soit au statut de biologistes, vétérinaires, pharmaciens et chirurgiens-dentistes

Section 1. Le praticien hospitalier

par Christophe Psychogios

La délibération n°97-199 APF du 24 octobre 1997 a créé le statut général des praticiens hospitaliers en distinguant deux groupes :

- Celui des praticiens hospitaliers des établissements publics hospitaliers, régi par la délibération antérieure n°96-136/APF du 21 novembre 1996 ;
- Celui des praticiens hospitaliers des structures hospitalières de la direction de la santé, régi par la délibération n°97-198/APF du 24 octobre 1997.

Le regroupement permet aux praticiens des deux statuts de partager la même commission administrative paritaire et a contribué à l'émergence d'un esprit de défense commun de leurs intérêts. Tant mieux, car le pouvoir de négociation des praticiens du premier groupe est bien plus important que celui du deuxième, qui ne compte que 9 membres. Les avancées statutaires évoluent en effet au gré des mouvements sociaux et ils ont été bien plus nombreux pour les praticiens des établissements publics que pour les praticiens de la Direction

937 Délibération n°95-241/AT du 14/12/1995 portant statut particulier du cadre d'emploi des médecins de la fonction publique de la Polynésie française et délibération n°95-242/AT du 14/12/1995 portant statut particulier du cadre d'emploi des biologistes, des vétérinaires, des pharmaciens et des chirurgiens dentistes de la fonction publique de la Polynésie française.

938. Régis par une convention collective, signée le 10/05/1968 et le Code du travail applicables aux territoires d'outre mer et pays gérés sous mandat de l'ONU de 1952 (loi n°52-1322 du 15/12/1952).

939. Délibération n°97-198 APF du 24 octobre 1997 portant statut particulier du cadre d'emplois des praticiens hospitaliers des structures hospitalières publiques de la direction de la santé.

940. Statut se limitant à un hôpital après le rattachement en 2003 de l'hôpital psychiatrique au Centre hospitalier de la Polynésie française.

941. L'administration distingue les notions de « structures hospitalières de la direction de la santé publique » ouvrant droit au statut de praticien hospitalier pour les médecins qui y sont affectés, de celle « d'hôpitaux périphériques » qui ouvrent droit au régime des gardes et astreintes. La deuxième catégorie est plus large que la seconde. « Les hôpitaux périphériques concernés sont ceux de Taravao, Afareaitu, Uturoa et Taiohae » précise l'arrêté n°831 CM du 12 juin 2009. La première ne comprend que l'hôpital d'Uturoa. Mais l'administration pourrait t'elle soutenir valablement qu'un hôpital n'est pas une structure hospitalière en cas de contentieux ? D'autant que les textes permettent à l'administration d'embaucher un agent non titulaire sous le statut de praticien hospitalier à l'hôpital de Taiohae, mais pas de l'y titulariser. Kafka n'est pas loin...

de la Santé. Il reste qu'encore aujourd'hui, il vaut mieux appartenir au premier groupe qu'au second.

1 – Recrutement et nomination

Le recrutement est effectué sur concours sur titre, après déclaration de la vacance des postes correspondant⁹⁴². Un arrêté avec la liste des postes vacants est publié au *Journal officiel*. La mise à concours également. Le concours est distinct pour chaque groupe. Désireux de reprendre la main sur les postes de praticien des établissements publics hospitaliers, une réforme a imposé en 2007⁹⁴³ que le profil de chaque poste soit réalisé par le ministre local de la Santé sur proposition du directeur d'établissement et après avis de la Commission médicale de l'hôpital concerné et du médecin inspecteur de la santé.

La spécificité de la procédure de recrutement⁹⁴⁴ des praticiens du groupe des structures hospitalières de la direction de la santé est qu'elle n'implique aucune des commissions médicales d'établissement ou des directeurs d'hôpitaux concernés.

Dans le groupe des établissements publics hospitaliers, cette consultation est obligatoire⁹⁴⁵.

Dans les deux cas, la liste des candidats autorisés à prendre part au concours est arrêtée par le ministre local de la fonction publique.

La composition du jury est similaire⁹⁴⁶ pour les deux groupes, la différence portant sur la présence du directeur de l'hôpital concerné pour les praticiens des établissements publics d'hospitalisation, lequel est remplacé par le Directeur de la santé pour les praticiens des hôpitaux dépendant de cette direction.

Pour être admis, outre les conditions générales prévues par le statut des

942. Ceci afin de permettre aux praticiens en exercice de demander leur mutation. Le concours est en effet supplétif à la mutation : c'est le défaut de candidat à la mutation sur le poste vacant qui permet sa mise à concours.

943. Arrêté n° 1030/CM du 27/07/2007. Certains observateurs y ont vu une réglementation de circonstance dont l'objet était de favoriser un praticien familial du président en exercice de la collectivité d'outre mer. Le texte visait surtout à contrer l'influence de la commission médicale du Centre hospitalier sur la direction de l'hôpital en liant les mains de celle-ci depuis l'extérieur. Mais il est manifestement d'une légalité fragile et pourrait facilement être remis en cause à l'occasion d'une procédure de nomination ultérieure. Le texte enfreint en effet les règles de compétences de la loi n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée qui réservent au seul président de la collectivité d'outre-mer les mesures d'exécution des arrêtés pris en conseil des ministres.... et non au ministre de la Santé. L'ouverture prochaine d'un nouveau concours de praticiens hospitaliers pourrait remettre en cause cette intrusion du ministre de la Santé dans les compétences du directeur, si un candidat déçu ou la commission médicale du centre hospitalier venait à entamer un contentieux.

944. Arrêté n° 132/CM du 16 février 2006 relatif au concours de recrutement des fonctionnaires du cadre d'emplois des praticiens hospitaliers des structures hospitalières publiques de la direction de la santé.

945. Arrêté n° 1061/CM du 6 octobre 1997 modifié relatif au concours de recrutement des fonctionnaires du cadre d'emplois des praticiens hospitaliers territoriaux.

946. Les jurys des concours pour l'accès aux deux groupes sont composés du chef du service central du personnel et de la fonction publique (dont l'intitulé a changé récemment et est devenu : « directeur général des ressources humaines »), d'un fonctionnaire du cadre d'emploi et d'une personnalité qualifiée nommée par le ministre de la Santé. Pour les références des textes, cf. *supra* notes n° 27 et 28.

fonctionnaires de la Polynésie française⁹⁴⁷, le candidat doit s'astreindre à un certain nombre d'obligations.

La première est d'être apte physiquement et mentalement pour les fonctions envisagées. Cette condition est difficile à mettre en œuvre pour deux raisons. D'une part, l'administration a mis très longtemps à organiser la médecine du travail⁹⁴⁸ et d'autre part le taux de non présentation des médecins aux convocations du médecin du travail est très élevé. S'agissant des praticiens des établissements publics (qui se limitent au seul Centre hospitalier), il a fallu un rappel ferme pour voir le taux de présentation se relever⁹⁴⁹. L'aptitude mentale n'est pas non plus réellement évaluée, alors que cette profession n'est pas épargnée par les pathologies de l'esprit liées ou non à des addictions⁹⁵⁰.

La seconde est de résider à proximité de l'hôpital d'exercice. Le statut des praticiens des établissements publics impose de résider dans un rayon de 15 km contre seulement 5 km pour les praticiens des hôpitaux de la direction de la santé. Pourquoi un tel écart ? Nul ne le sait⁹⁵¹. De toute façon, elle n'est pas contrôlée en pratique et, compte tenu de la taille des îles et des difficultés de circulation sur l'île principale de Tahiti, elle paraît difficilement violable.

La troisième est d'avoir moins de 50 ans pour ceux qui concourent pour un poste relevant du groupe des établissements publics et 55 ans pour ceux qui concourent pour un poste relevant du groupe des praticiens hospitaliers de la direction de la santé. Le rapport de présentation⁹⁵² de la délibération créant le statut de ces praticiens reste silencieux sur le motif de cet écart de limite d'âge.

Les autres conditions d'accès à l'emploi sont similaires pour les deux groupes, certaines étant limitées pour les établissements publics aux seuls postes assortis de fonctions de chef de service, distinction non opérée pour les hôpitaux dépendant de la direction de la santé.

Pas moins de 16 situations professionnelles ou qualifications⁹⁵³ différentes

947 Délibération n° 95-215/AT du 14/12/1995 portant statut général de la fonction publique de la Polynésie française.

948. Il faudra attendre 1999 pour que le texte réglementant les conditions d'aptitude soit adopté par délibération n° 1999-221/APF du 14/12/1999 et 2004 pour que le comité médical prévu par les textes soit réellement fonctionnel (en ce sens, voir le rapport peu flatteur n° 15-2004 du 22/01/2004 présentant à l'adoption la future délibération n° 2004-16/APF du 29/01/2004, téléchargeable à l'adresse : <http://textes.assemblee.pf/textes/document.aspx?id=34074>).

949. La Commission médicale a rappelé les médecins à cette obligation par note n° 21/11/CME/CHPF/wb du 16/08/2011, mais la DRH du Centre hospitalier est allée plus loin leur rappelant (note n° 367/2011/CHPF/DRHAM du 13/09/2011) que : « Le fait de ne pas se présenter à la visite médicale d'aptitude place de fait l'agent dans une situation où il doit être regardé comme inapte. En conséquence, il ne peut être autorisé à continuer de travailler, ce qui entraîne automatiquement une rupture de salaire pour service non fait ».

950. À la différence des personnels naviguant des aéronefs, les personnels soignants, dont les médecins, ne font pas l'objet d'un dépistage systématique de consommation de stupéfiants ou d'alcool lors de leur visite d'aptitude.

951. Les rapports n° 153-96 du 19 novembre 1996 et n° 176-97 du 21 octobre 1997 qui présentent les deux statuts sont totalement silencieux sur les motifs d'introduction de cette obligation de proximité de résidence.

952. Rapport de présentation n° 76-97 du 21 octobre 1997 de M. Haamoetini Lagarde et de Madame Lucie Lucas. Il se borne à en faire le constat sans le justifier. Document téléchargeable sur le site : www.assemblee.pf

953. Le lecteur intéressé par le détail de ces conditions est invité à les consulter en ligne sur le

permettent l'accès à un emploi de praticien hospitalier. Pour les établissements publics, trois conditions cumulatives sont nécessaires pour accéder aux postes de chefs de service. Mais ces conditions sont souvent redondantes. À titre d'exemple, pour être chef de service, la réglementation impose d'avoir un diplôme d'État de médecin⁹⁵⁴ (ou équivalent), d'avoir été reçu au concours de praticien hospitalier de métropole⁹⁵⁵ et à nouveau d'avoir été reçu à un concours de praticien hospitalier⁹⁵⁶. Le filtre des conditions cumulatives n'est donc pas discriminant et son intérêt sujet à caution. Une refonte totale des textes en un texte unique et cohérent serait nécessaire⁹⁵⁷.

On notera cependant que s'il est possible à un chirurgien dentiste de devenir praticien hospitalier des établissements publics⁹⁵⁸, il n'en est pas de même pour le groupe des praticiens de la direction de la santé.

Il en est de même des médecins généralistes diplômés avant la réforme ayant transformé en spécialité la médecine générale. S'ils ont obtenu leur qualification de l'Ordre national des médecins, ils pouvaient intégrer le statut des praticiens hospitaliers des établissements publics avant le 1^{er} octobre 2009.

Quelque soit le groupe auquel ils postulent, les praticiens stagiaires sont nommés par arrêté du président de la collectivité d'outre mer. Lors de celle-ci, ils bénéficient d'une reprise totale d'ancienneté, sans limitation de durée⁹⁵⁹. Les grilles de rémunération sont les mêmes pour les deux groupes, cependant les accessoires de traitement sont plus élevés au Centre hospitalier⁹⁶⁰ que dans les structures hospitalières de la direction de la santé⁹⁶¹.

site : www.fonction-publique.gov.pf qui publie en ligne une compilation des statuts de la filière santé (Tome III).

954. Délibération n°96-136/APF du 21 novembre 1996, article 6.5 sur les conditions générales d'accès à l'emploi de praticien.

955. Délibération n°96-136/APF du 21 novembre 1996, article 8.2 sur les conditions particulières d'accès aux postes de praticiens hospitaliers.

956. Délibération n°96-136/APF du 21 novembre 1996, articles 7.1 et 7.2 sur les conditions d'accès aux postes de praticiens assortis de fonctions de chef de service

957. Sur les capacités des autorités locales à mener une telle refonte, cf. l'analyse du président du tribunal administratif de Papeete, Christian Cau, qui faisait le constat général suivant (*Les nouvelles de Tahiti*, 21/07/2011) : « L'un des gros problèmes de la Polynésie [...], c'est que la Polynésie a des juristes, elle a des politiques, mais elle n'a pas de légistes. Le légiste, c'est celui qui fait la loi. C'est lui qui fait les lois du Pays. Il n'y a pas la compétence intellectuelle. Il y a des juristes, je ne dis pas qu'il n'y a pas des gens qui sont capables de faire du droit, mais un légiste, ce n'est pas la même chose. De deux choses l'une, vous pouvez vous poser la question de savoir est-ce que l'assemblée a la compétence pour faire les lois du Pays ? Elle l'a, tant mieux pour elle, mais si elle ne l'a pas, il faut qu'à côté il y ait une structure qui permette à la Polynésie d'avoir des conseils et des assistants pour permettre cette mise en forme des textes applicables à la Polynésie ».

958. Depuis une réforme du statut de ces praticiens datant de 2007 (délibération n°2007-37/APF du 04 juillet 2007).

959. À l'exception des retraités. Cf. article 25 de la délibération n°96-136/APF (groupe des praticiens des établissements publics) du 21 novembre 1996 et article 14 de la délibération n°97-198/APF du 24 octobre 1997 (groupe des praticiens de la direction de la santé).

960. Quasiment doublé par la délibération n°2006-3 APF du 23 janvier 2006, le montant des gardes et astreintes représentent désormais près de 40 % du revenu annuel (qui dépasse les 14 millions de FCFP, soit environ 120 000 EUR) des praticiens des établissements publics. Il faudra attendre le 3 juillet 2007 pour que le régime des gardes et astreintes des hôpitaux périphériques soit réévalué par délibération n°2007-35/APF.

961. Lorsqu'ils sont payés. Régulièrement des mouvements sociaux ou des revendications affectent

Il convient de souligner que les praticiens hospitaliers sont en Polynésie française des fonctionnaires et à ce titre soumis au principe hiérarchique. À la différence des leurs homologues calédoniens ou résidents des autres collectivités ultramarines, ils ne sont pas indexés. Leurs grilles sont cependant plus élevées que celles de métropole. Mais, compte tenu de la part importante des accessoires dans la rémunération globale des praticiens (plus de 30 % du revenu annuel), une comparaison des grilles a peu de sens⁹⁶².

2 – L'exercice des fonctions

2.1. La journée de travail

En Polynésie française, les fonctionnaires sont astreints à 169 heures de travail par mois. La règle métropolitaine des 35 heures ne s'applique qu'aux fonctionnaires d'État des administrations de l'État⁹⁶³.

Les conditions de travail des praticiens hospitaliers restent globalement enviables, sauf spécialités rares, d'astreinte continue.

Les journées sont de huit heures, de 7 h 30 à 15 h 30⁹⁶⁴. Toutes les heures faites en deçà ou au-delà ouvrent droit à des demi gardes ou des gardes.

En pratique, les médecins fonctionnent par garde de 12 heures ou de 24 heures, suivis de jours de récupération. Cette déconnexion entre le régime juridique de la journée de travail et la réalité du terrain engendre automatiquement la perception d'accessoires de salaire (gardes et demi gardes, en dehors même de

les structures de la direction de la santé pour des défauts de règlements ou des retards supérieurs à 6 mois et se terminent au tribunal. À titre d'exemple, la dépêche se faisait l'écho des défauts de paiement des accessoires de salaires de 16 infirmiers de l'hôpital d'Uturoa en ces termes : « les salaires en retard sont payés régulièrement, mais à ce jour les six mois de retard sont passés à dix. Et ce alors que la convention collective autorise un délai de deux mois aux employeurs pour régulariser de type d'arriérés ». Des problèmes toujours non réglés quatre ans plus tard à la veille du mouvement social qui touchera tous les hôpitaux de la direction de la santé. Le collectif du personnel de l'hôpital de Taiohae pointait le 18/01/2010 dans une lettre ouverte les insuffisances de la direction de la santé pour assurer les recrutements sur les postes vacants, précisant : « Cette situation est aggravée par la non rémunération des indemnités de gardes, d'astreintes et autres depuis plus de six mois pour l'ensemble des personnels » (lettre téléchargeable sur : <http://tahitinui.blog.lemonde.fr/2010/01/18/marquises-appel-au-secours-aupres-des-responsables-politiques-de-la-sante-voir-tahititodaycom/>).

962. Pour avoir une vision globale de l'écart des rémunérations entre salariés de la métropole et les fonctionnaires locaux, cf. « Fonctionnaires territoriaux, "ça eut payé" ! », Psychogios Christophe, *Tahiti-Pacifique*, juin 2006, n° 182, p. 32-33. Cette étude ne ciblait que les cadres administratifs et non les personnels de soins, dont la rémunération globale est substantiellement liée aux accessoires de traitement perçus.

963. Cependant, les services du Pays où les fonctionnaires d'État mis à disposition ou en détachement sont majoritaires obtiennent souvent de leur hiérarchie (qui est souvent, lui-même, un fonctionnaire d'État) un alignement « sauvage » sur les conditions métropolitaines. C'est le cas en particulier dans les services administratifs de l'enseignement. Dans le secteur de la santé, cette pratique est rare (mais emblématique d'une dérive, tel le cas de ces deux directeurs d'hôpitaux expatriés qui, profitant de leur position, se sont accordés à eux-mêmes et d'autorité des jours de récupération au titre de la réduction du temps de travail).

964. Sauf le vendredi, où la fin normal du service est à 14 h 30. Cf. Délibération n° 96-137 APF du 21 novembre 1996 modifiée, relative au régime de garde et d'astreinte des praticiens des établissements publics. La rédaction est similaire pour le groupe des praticiens de la direction de la santé (art. 3 de l'arrêté n° 996/CM du 17 juillet 2007).

toute mobilisation d'agent d'astreinte).

2.2. L'interdiction de cumul d'emploi

Comme tous les fonctionnaires polynésiens, les praticiens hospitaliers n'ont pas le droit d'exercer une activité lucrative en sus de leur service⁹⁶⁵. La pratique métropolitaine du secteur privé à l'hôpital n'existe pas localement : les médecins doivent choisir entre leur statut de fonctionnaire ou l'exercice libéral⁹⁶⁶.

Il existe cependant des exceptions⁹⁶⁷ :

- les missions d'expertise, numériquement importantes dans le cadre des réquisitions du procureur ou des demandes des tribunaux et qui touchent un grand nombre de praticiens, du biologiste au radiologue, en passant par les médecins urgentistes ou spécialistes ;
- l'enseignement, essentiellement auprès des étudiants de l'Ecole de Sages-femmes, l'Université de la Polynésie française et l'Institut de formation aux professions de santé ;
- le cumul d'emploi dans plusieurs hôpitaux, sans que ce cumul n'entraîne une durée globale de service supérieure à 115 % d'un temps complet⁹⁶⁸ ;
- les activités d'intérêt général, après accord du directeur pour les praticiens des établissements publics, ce dernier complément de revenu pouvant être issu d'une activité de soins assurés à l'extérieur de l'établissement.

Enfin, le praticien peut répartir son activité normale sur plusieurs établissements publics et privés participant au service public hospitalier. Une convention règle les modalités de répartition de l'activité et de la rémunération entre établissements.

Très curieusement, ces deux dernières exceptions sont peu exploitées, alors que ce sont celles qui sont les plus riches de potentialités pour les activités où les spécialistes manquent.

3 – Cessation de fonction

Les trois motifs de fin de fonction sont classiquement la démission, le licenciement et la mise à la retraite.

3.1. Le licenciement et l'abandon de poste

965. Art. 11, la délibération n°95-215/ AT du 14 décembre 1995 portant statut général de la fonction publique de la Polynésie française.

966. Cette demande de cumul d'activité constitue une revendication revenant périodiquement dans les négociations avec le syndicat des praticiens hospitalier de la Polynésie française. Une part substantielle des praticiens du public regardent en effet avec envie les honoraires perçus dans le privé par leurs homologues pour des actes techniques moins compliqués, sans avoir la contrainte de la continuité du fonctionnement d'un service à assurer.

967. Outre la production artistique, mentionnée ici par souci d'exhaustivité. Cf. délibération n°95-224 AT du 14 décembre 1995 relative aux cumuls de rémunérations et de fonctions des fonctionnaires de la Polynésie française.

968. Art. 8, délibération n°95-224 AT du 14 décembre 1995 relative aux cumuls de rémunérations et de fonctions des fonctionnaires de la Polynésie française.

En réalité, le licenciement (aussi appelée révocation dans les textes) est rare. Il n'y a eu aucun cas de licenciement chez les praticiens hospitaliers polynésiens. Les procédures disciplinaires sont d'ailleurs très rares dans ces cadres d'emploi. Souvent, le praticien qui veut éviter la marque d'une telle infamie démissionnera ou prendra une disponibilité de droit à laquelle l'administration ne pourra s'opposer, ce afin de suspendre la procédure jusqu'à son retour. Statistiquement, le licenciement est remplacé par le constat d'abandon de poste. Fréquemment, en effet, le praticien qui veut partir dans le secteur privé (pour un motif autre qu'échapper à une procédure disciplinaire) demande une disponibilité pour raison personnelle, que l'administration lui accorde. Cela lui garantit de pouvoir retourner dans le secteur public s'il n'arrive pas à se constituer une clientèle. Après sa première année d'exercice, il demande un renouvellement qui lui est accordé. Mais à l'issue de la deuxième année, l'administration (à l'initiative de la Commission médicale d'établissement) lui refuse tout nouveau renouvellement. L'objectif est d'imposer au praticien de se positionner pour libérer le poste gelé depuis deux ans dans l'attente de son retour. Mis en demeure de rejoindre son poste, le praticien qui ne réintègre pas son administration perd son statut de fonctionnaire (s'il n'a pas démissionné formellement entre-temps).

3.2. La démission

En pratique, la démission fait souvent suite à une période de mise en disponibilité. La réglementation impose qu'elle soit faite par écrit et qu'elle soit acceptée par l'Administration. Elle ne prend effet qu'à la date fixée par elle. Sévère, le texte prévoit que le fonctionnaire qui quitterait son poste avant la date qui lui a été fixée pourra être sanctionné⁹⁶⁹. Las ! On voit mal l'efficacité de cette mesure qui au pire aboutirait... au licenciement⁹⁷⁰. En pratique, l'Administration ne peut donc qu'être conciliante pour déterminer la date effective de départ du démissionnaire.

3.3. La retraite⁹⁷¹

Pour les fonctionnaires polynésiens, l'âge de fin de service est 60 ans révolus. Cependant, à leur demande, l'âge de la retraite peut être reporté de cinq ans pour permettre aux fonctionnaires d'avoir une retraite à taux plein. En pratique, les praticiens polynésiens qui sont entrés tardivement sur le marché du travail et qui se sont installés en Polynésie après une première carrière sous d'autre cieux partent donc à 65 ans.

Certains d'entre eux, possédant une spécialisation rare ou bénéficiant d'entrées au ministère de la fonction publique, peuvent encore reporter leur départ

969. Art. 92 de la délibération n°95-215 AT du 14 décembre 1995 portant statut général de la fonction publique de la Polynésie française : « Le fonctionnaire qui cesse ses fonctions avant la date fixée par l'autorité compétente pour accepter la démission peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire ».

970. Et après une procédure particulièrement lourde ! Pour plus de détails sur celle-ci, cf. chapitre VII de la délibération n°95-215 AT du 14 décembre 1995.

971. Art. 87 de la délibération n°95-215 AT du 14 décembre 1995.

jusqu'à 68 ans (sous réserve d'une visite annuelle d'aptitude) si l'Administration le leur demande.

4 – Les contractuels

Une part importante des praticiens ne sont pas des fonctionnaires. Ou pas encore. Les praticiens restent en effet contractuels de droit public plusieurs années avant de voir un concours s'ouvrir dans leur spécialité.

D'autres ne pourront pas intégrer, car ils n'ont pas la nationalité française. Ils sont condamnés à être dans ce statut précaire qui met un terme définitif à leur carrière en Polynésie au bout de six ans⁹⁷². Leur lieu d'exercice pourra être modifié si nécessaire⁹⁷³ et ils pourront être renvoyés si le titulaire du poste qu'il occupe revient de manière anticipée dans l'Administration⁹⁷⁴. S'ils tombent gravement malades, leurs droits sont réduits par rapport à un fonctionnaire⁹⁷⁵. Ils ne bénéficient pas non plus des garanties procédurales offertes aux fonctionnaires en matière disciplinaire : ils peuvent ainsi être licenciés sans préavis en cas de faute grave.

Les contractuels ont cependant des avantages que n'ont pas les praticiens titulaires.

Recrutés hors de Polynésie française, ils bénéficient de primes auxquels n'ont pas accès les fonctionnaires titulaires. Hors les primes de déménagement, les praticiens contractuels perçoivent une indemnité de logement de 55 000 FCFP par mois et peuvent négocier des salaires hors grille. La délibération n° 2004-15 AT du 22 janvier 2004 qui régit les agents non titulaires contractuels, prévoit en effet que (article 21) : « les agents non titulaires recrutés pour exercer des fonctions nécessitant des connaissances techniques spécialisées peuvent être rémunérés par référence à la grille indiciaire des emplois fonctionnels, après agrément du conseil des ministres ». Le traitement de base peut alors s'envoler au-delà de 2 millions de FCFP par mois, hors accessoires. Ces praticiens ont alors peu d'intérêt à intégrer la fonction publique qui leur ferait perdre ces avantages.

Autre avantage, la durée d'évaluation des compétences. Pour un fonctionnaire, cette période d'essai est de un an et peut être renouvelée. Pour le praticien contractuel, elle ne peut excéder trois mois⁹⁷⁶.

Pour le reste, l'agent non titulaire voit ses droits et obligations alignés sur ceux des fonctionnaires, notamment en matière de congés, et en particulier de congés formation⁹⁷⁷.

972. Art. 9 de la délibération n° 2004-15 APF du 22 janvier 2004.

973. Art. 6 de la délibération n° 2004-15 APF du 22 janvier 2004.

974. Art. 9 de la délibération n° 2004-15 APF du 22 janvier 2004.

975. Il n'a pas accès aux congés de longue maladie qui permet au fonctionnaire de conserver un plein traitement pendant 3 ans. Le contractuel n'aura droit qu'aux indemnités journalières versées par la Caisse de prévoyance sociale, équivalent local des CPAM métropolitaines.

976. Art. 8 de la délibération n° 2004-15 APF du 22 janvier 2004.

977. Particulièrement généreux, ils sont de trois semaines et viennent s'additionner aux congés normaux. Ils donnent droit à un billet d'avion pour la France métropolitaine et à des indemnités journalières.

Section 2. Les autres statuts publics

par Christophe Psychogios

Les deux autres statuts principaux sont celui des médecins de santé publique (47 fonctionnaires) et celui des biologistes (étant confondus avec les pharmaciens et les vétérinaires dans le même statut, leur nombre exact est inconnu), régis respectivement par les délibérations n° 95-241 AT du 14 décembre 1995 et n° 95-242 AT du 14 décembre 1995.

On ne s'étendra pas outre mesure sur ces statuts, dont les différences principales avec ceux des praticiens hospitaliers portent sur les grilles de rémunération, les accessoires et les droits à formation, reflet de la diversité de leurs affectations. La grande majorité des médecins de santé publique n'exercent en effet pas dans des hôpitaux, mais dans des structures de proximité (dispensaires, centre de consultations spécialisées)

On citera également les internes des hôpitaux et les assistants, rattachés au CHU de Bordeaux, mais affectés en Polynésie. Ils exercent en vertu d'une convention signée entre l'État, le Pays, l'Université Victor Segalen de Bordeaux, le CHU de Bordeaux et le Centre hospitalier de Polynésie française⁹⁷⁸. Cela concerne une vingtaine de personnels médicaux en formation de spécialité et qui n'ont pas vocation à rester sur le territoire polynésien⁹⁷⁹.

978. Des interrogations subsistent sur la capacité légale d'étudiants non thésés à pratiquer la médecine en Polynésie française, alors qu'ils ne sont pas inscrits à l'organe local de l'Ordre.

979. Ils changent tous les six mois, sauf exception.

TITRE 2. L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE MÉDECIN

Son examen suppose de clarifier les conditions d'exercice (chap. 1) et les conditions de protection qui renvoient à l'étude de l'infraction d'exercice illégal de la médecine (chap. 2).

Chapitre 1. Les conditions d'exercice de la profession

Section préliminaire. L'affirmation historique et le contenu du monopole – Les difficultés particulières concernant la Polynésie

par Antoine 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 en droit français (§ 2) – ce qui n'est pas sans poser des difficultés en Polynésie française (§ 3).

§ 1 – La formation progressive du monopole médical

Le monopole des soins n'existait pas dans l'Antiquité. D'ailleurs les pouvoirs publics en Grèce ne semblent guère être intervenus concernant l'exercice médical⁹⁸⁰. Même à Rome, où, pour la première fois, les responsables publics se sont efforcés d'encourager la médecine⁹⁸¹, l'accès à la profession est entièrement libre⁹⁸². La médecine était un *ars liberalis* (art libéral) et le droit romain appréhendait avec réticence et embarras les *operae liberales*⁹⁸³ (activités

980. Cependant, dans certaines cités existaient des médecins publics pour les citoyens les plus pauvres. À Athènes, ce service sanitaire gratuit était couvert par un impôt spécial : l'*iatricon*.

981. César accorda la citoyenneté romaine à tous les médecins exerçant à Rome afin de retenir les praticiens en poste et en attirer d'autres (Suétone, *Vie de Jules César*, 42).

982. Il faut mettre à part les médecins qui avaient le statut de fonctionnaires urbains (K.-H. von Below, *Der arzt im römischen Recht*, München, 1953).

983. A.-E. Giffard, *Précis de droit romain*, t. II, « Les obligations », Dalloz, Paris, 2^e éd. 1938. 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*, PU 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^e 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*,

libérales), au point qu'il ne s'est jamais clairement exprimé sur la contre-prestation pécuniaire du travail fourni⁹⁸⁴. Certes des écoles de médecine apparurent dans plusieurs villes de l'Empire (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 archiatres, des médecins payés sur fonds publics, au III^e siècle de notre ère⁹⁸⁵. On mentionne parfois l'Empereur Julien qui, le premier, aurait promulgué une loi imposant l'obligation d'être approuvé par un collège de médecin pour obtenir le droit d'exercer⁹⁸⁶. Mais c'est une erreur : le texte de Julien, qui date de 362⁹⁸⁷, ne vise que l'exigence d'une autorisation pour professer la médecine. Une approbation pour exercer, par un collège d'archiatres, n'était requise que pour ces médecins publics depuis un texte de Valentinien et Valens de 370⁹⁸⁸. Peu de temps auparavant ceux-ci instituèrent une sorte de service médical de l'*Urbs*, avec un archiatre pour chacune de ses quatorze régions : ces médecins touchaient un salaire fixe et devaient soigner les

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 contre-partie 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 sel (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., p. 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 (*Digeste de Justinien*, 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).

984. 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^e éd., 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^e 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 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., p. 173-174), ce qui permettait de ne pas les confondre. Il n'en résulta pas moins un rapprochement constant. D'ailleurs l'édit du Maximus 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).

985. L. Callebat (dir.), *Histoire du médecin*, Flammarion, Paris, 1999, p. 56.

986. B. Halioua, *Histoire de la médecine*, Masson, Paris, 2001, p. 55.

987. Code Théodosien, 13.3.5, C. J., 10.53.7.

988. Code Justinien, 10.53.10.

indigents, tout en conservant la possibilité d'avoir une clientèle privée payante⁹⁸⁹.

Le contrôle de l'accès à la profession et l'organisation du métier remonte au Moyen Âge.

Les premiers à avoir ouvert la voie ont été les Arabes⁹⁹⁰, mais l'institution d'un contrôle des compétences par les Califes n'a pas été systématique⁹⁹¹.

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 domaine⁹⁹². Pendant longtemps, le cadre monastique resta la seule structure visible. Les frères accueillaient les *infirmi* dans des *hospitaliae* qui traduisent parfois une organisation élaborée⁹⁹³.

Au XII^e siècle la *mirgie*⁹⁹⁴ fut interdite aux moines⁹⁹⁵, afin de les cantonner aux choses pieuses et sans doute aussi les détourner du gain⁹⁹⁶.

Il en résulta un processus de laïcisation. La formation des médecins commença à s'opérer dans les universités⁹⁹⁷. Les auteurs ne sont pas tous d'accord pour localiser la plus ancienne. Bologne peut-être⁹⁹⁸. En France, la première

989. J. Leclant (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, PUF, Paris, 2005, v. «Médecin (Grèce et Rome)», par D. Gourévitch, p. 1363.

990. 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#ancr872897> qui date la naissance de l'*idjuza* de 923).

991. A. Vauchez (dir.), *Dictionnaire encyclopédique du Moyen Âge*, éd. du Cerf, Paris, 1997, v. «Médecin», par D. Jacquart, p. 980.

992. «Capitulare missorum in Theodonis villa», éd. A. Boretius, dans *Monumenta Germaniae Historica Legum II*, I, Hanovre, 1883, n° 43 ; L. Callebat (dir.), *Histoire du médecin*, op. cit. p. 61.

993. 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 infirmorum*), 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).

994. «L'art de la médecine». Le mot figure chez Chrétien de Troyes (v. 1175).

995. L'interdiction fut posée par une série de conciles : Clermont 1130, Reims 1131, Latran II 1139, Montpellier 1162, Tours 1163, Latran III 1179, Montpellier 1195, Paris 1212. 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, p. 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 (*ibid.*, p. 36-39).

996. 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), p. 22-44 ; A. Vauchez (dir.), *Dictionnaire encyclopédique du Moyen Âge*, éd. du Cerf, Paris, 1997, v. «Médecin», par D. Jacquart, p. 980 ; A. Lunel, *L'organisation des professions médicales sous l'Ancien Régime...*, Thèse Droit (dactyl.), Paris II, 2004, p. 48-49.

997. *Ibid.* p. 83.

998. J.-C. Sournia, *Histoire de la médecine*, La Découverte, Paris, 2^e éd., 1997, p. 90 fournit la liste suivante : Bologne (1188 ?), Valence d'Espagne (1209), Oxford (1214), Paris (1215 ?), Montpellier

apparaît à Montpellier avant 1220⁹⁹⁹. Les premières communautés de métiers apparaissent aux XIII-XIVe siècles. En Toscane depuis le XIVe 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-barbiers¹⁰⁰⁰. En France, les statuts les plus anciens d'une guilde de chirurgiens sont ceux de Montpellier (1252 et 1292)¹⁰⁰¹.

Toutefois la laïcisation a été plus lente qu'on ne l'imaginerait. Le pape Jean XXI¹⁰⁰², 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 ecclésiastique¹⁰⁰³ : à Paris, par exemple, les médecins attendront 1452 pour être dispensés du célibat¹⁰⁰⁴.

Ils étaient naturellement des hommes, quoique le féminin *miresse* figure dans le *Roman de Tristan* de Béroul à la fin du XIIe siècle. Le terme semble désigner la femme qui s'adonne à la médecine ou du moins à certaines activités médicales, bornées aux « maladies des femmes », depuis la pathologie de la grossesse jusqu'à l'hystérie¹⁰⁰⁵. Une vaste zone d'ombre subsiste avec ce terme polysémique¹⁰⁰⁶.

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 Châtelet¹⁰⁰⁷, qui était une juridiction criminelle.

À cette époque, les modalités de la formation des médecins devaient être variables... et inégales.

Dans l'Occident méditerranéen, dès le XIIIe siècle, furent posées les premières exigences émanées des pouvoirs publics. Tel est le cas dans la péninsule italique¹⁰⁰⁸ et le Midi de la France, notamment à Montpellier dont le roi

(max. 1220), Naples (1224), Padoue (1228), Cambridge, Toulouse (1229), Salamanque (1230), Rome (1245), Pavie (1261), Coimbra (1279), Lisbonne (1290), Lérida (1300).

999. B. Halioua, *Histoire de la médecine*, op. cit., p. 84.

1000. L. Callebat (dir.), *Histoire du médecin*, op. cit., p. 124. À 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, p. 159-160).

1001. *Ibid.*, p. 99.

1002. (1213 ou 1220/ 1277).

1003. J. Chelini, *Histoire religieuse de l'Occident médiéval*, Armand Colin, Paris, 1968, p. 350-351.

1004. J.-C. Sournia, *Histoire de la médecine*, op. cit., p. 88.

1005. L. Callebat (dir.), *Histoire du médecin*, op. cit., p. 10 (à propos de la *medica* à Rome).

1006. Miresse se dit aussi... de l'épouse du médecin (*ibid.*, p. 13).

1007. Ambroise Paré et Zacchias en Italie formaliseront les premières règles de l'expertise médico-légale à partir du XVIe 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*, PUF, Paris, 1997, p. 490).

1008. Dans le royaume de Sicile (alors le mieux administré de toute l'Italie) les « Constitutions de Melfi » édictées par Frédéric II en 1231 réservaient 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; A. Lunel, *L'organisation des professions médicales sous l'Ancien Régime...*, op. cit., p. 31).

d'Aragon était alors le seigneur local¹⁰⁰⁹.

Dans le royaume de France¹⁰¹⁰, 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 licencié¹⁰¹¹. Mais, ailleurs dans le royaume, surtout dans les campagnes, la médecine était la chose des « empiriques ».

Les exigences des pouvoirs publics s'appesantirent aux XVII-XVIII siècles¹⁰¹², 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 1707¹⁰¹³, qui est demeuré en vigueur jusqu'à la Révolution.

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), à l'assiduité des professeurs, etc. L'exercice de la médecine est une nouvelle fois subordonné à l'obtention du « degré de licencié dans quelqu'une des facultés de médecine » du royaume¹⁰¹⁴. Étant précisé que les docteurs provinciaux ne pouvaient pas soigner à Paris, tandis que les docteurs parisiens pouvaient exercer dans tout le royaume¹⁰¹⁵.

Le problème le plus épineux demeurait les « empiriques », qui dispensaient un savoir médical acquis par l'expérience. Les médecins leur menèrent une guerre acharnée pour des raisons (nobles) d'ordre sanitaire, mais aussi pour des motifs basement corporatistes. On rattachera à ces dernières l'hostilité de l'Académie de Médecine à la variolisation qui progressa en France à partir de 1754 malgré l'hostilité déclarée de la profession¹⁰¹⁶.

1009. Dès la fin du XIII^e siècle, la faculté de Médecine de Montpellier avaient obtenu le monopole d'exercice pour ses diplômés (*ibid.*, p. 58). Malgré l'absence de preuves écrites, il est probable qu'ensuite d'autres facultés obtinrent le même privilège (Toulouse ? Avignon ?).

1010. Le texte pris pour le royaume en 1352 a été précédé par un premier, adopté en 1331 pour le domaine royal (*ibid.*, p. 58-59), c'est-à-dire la partie du royaume de France dont le roi était le seigneur local.

1011. A. Chérueil, *Dictionnaire historique des institutions, mœurs et coutumes de la France*, t. II, Paris, 1868, v. « 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).

1012. 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.

1013. Isambert, t. XX, n° 2031.

1014. 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 quelqu'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 agrégation la plus prochaine du lieu où ceux qui ne sont pas gradués auront exercé la médecine ».

1015. *Ibid.*, p. 7 et 20. On appelait cette faculté particulière le privilège d'*urbi et orbi salus* (*ibid.*, p. 22-23), dit aussi de l'*ubique terrarum* (p. 25).

1016. G. Barroux, « Philosophie, maladie et médecine au XVIII^e siècle », Honoré Champion, Paris, 2008, p. 155. La variolisation est issu des pratiques traditionnelles, pratiques « de bonne femme »

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, après cette parenthèse contestable, 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)¹⁰¹⁷.

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 Chevandier du 30 novembre 1892.

§ 2 – Le contenu actuel du monopole médical

La loi du 19 ventôse an XI (comme d'ailleurs la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine) ne fournit aucune définition du monopole médical et ce fut la jurisprudence qui eut à préciser peu à peu ce qu'il fallait entendre par fonctions réservées aux médecins.

Le premier texte (transposé à la Polynésie française) à en donner une définition fut l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, dans ses dispositions concernant l'exercice illégal de la médecine¹⁰¹⁸, 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, des maxillaires et des tissus attenants¹⁰¹⁹ ». En métropole, le champ de la prescription par les sages-femmes a été élargi à différents médicaments et dispositifs médicaux en 2004¹⁰²⁰

en vigueur en Orient et transplantées en Europe par Lady Mary Montagu (1689-1762), épouse de l'ambassadeur britannique dans l'Empire ottoman. Ce n'est que plus tard que le médecin E. Jenner (1749-1823) en tira le premier vaccin anti-variolique qui balaya toutes les réticences de la profession. 1017. J. Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, PUF, Paris, 3^e éd., 1985, p. 704.

1018. CSP, 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... »

1019. CSP, art. L. 4141-1 et L. 4141-2. 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), p. 9-10 et M. Véron, *L'exercice illégal de la médecine*, fasc. 3 (7, 1999), p. 6.

1020. A. du 23 février 2004 (*JORF* 19 mars).

et 2006¹⁰²¹. De même un opticien peut, dans certaines limites, procéder à un examen de la vue de son client et même adapter la prescription médicale, opérer un renouvellement¹⁰²². Enfin un infirmier peut accomplir certains soins¹⁰²³ sur prescription médicale et même indépendamment de celle-ci, pourvu que ce soit en présence d'un médecin responsable qui puisse intervenir à tout moment¹⁰²⁴.

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 effectuée que par un médecin¹⁰²⁵. 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 ans¹⁰²⁶. Et lors des examens auxquels ils procèdent, ils ne peuvent utiliser que des méthodes subjectives faisant intervenir le patient, les médecins conservant le monopole des appareils de mesure objective¹⁰²⁷.

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-utérins¹⁰²⁸, l'insémination artificielle, l'implantation d'embryons ou l'IVG sans but thérapeutique¹⁰²⁹, 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 diététique¹⁰³⁰, ni

1021. A. du 21 décembre 2006 (*JORF* 22 décembre).

1022. CSP, art. L. 4362-10 (D. n° 2007-533 du 13 avril 2007 relatif aux conditions d'adaptation de la prescription médicale initiale de verres correcteurs dans le cadre d'un renouvellement et aux règles d'exercice de la profession d'opticien-lunetier).

1023. La liste des « soins infirmiers » figure dans les décrets du 12 mai 1981 et du 15 mars 1993 (*JORF* 16 mars 1993). Ils ont été autorisés en 2006 à opérer certaines prescriptions (CSP, art. L. 4311-1).

1024. D. 17 juillet 1984 relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier, art. 4-5. D'autres pistes sont à l'étude. Ainsi, par publication au *Journal officiel* du 13 janvier 2005, cinq expérimentations de transfert de compétences, prônées pour pallier les pénuries médicales, viennent d'être autorisées dans quelques établissements hospitaliers et cabinets libéraux de province. Des infirmières du CHG de Montélimar évalueront ainsi la situation clinique de patients atteints par le virus de l'hépatite C, avec à la clé la possibilité de prescrire des médicaments et des examens spécifiques. D'une durée de 3 à 12 mois, ces cinq expérimentations donneront lieu à une évaluation par les professionnels de santé concernés (*Mon. Pharm.*, n° 2565, janvier 2005).

1025. 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.

1026. *Ibid.*, p. 21.

1027. Cass. crim. 17 janvier 1984, n° 82-93067, *D.* 1986, p. 143 ; Cass. crim., 10 mai 1988, n° 87-81855, *D.* 1989, somm. P. 314 ; Cass. crim. 22 février 1990, n° 89-82728, *Bull.* n° 91, cités par D. Rousseau, « Vue d'ensemble de la réforme du droit d'exercice des opticiens », *Gaz. Pal.* 2007, n° 157-158, p. 39.

1028. *D.* 7 mars 1972.

1029. Trib. corr. Aix-en-Provence, 10 mars 1977, *D.* 1978, p. 16, note Roujou de Boubée.

1030. Trib. corr. Nantes, 30 juillet 1923, *D.* 1923, II, p. 155.

une prière ou un rituel religieux¹⁰³¹ ne comportant aucune intervention physique sur le malade¹⁰³², n'entrent dans le monopole médical. À la différence du « magnétisme »¹⁰³³, de la radiesthésie¹⁰³⁴ ou de l'acupuncture¹⁰³⁵, dont l'utilisation pour déterminer un traitement de caractère médical sont pénalement sanctionnés au titre de l'exercice illégal de la médecine¹⁰³⁶.

§ 3 – Les difficultés particulières concernant la Polynésie française

En Polynésie française, le monopole médical soulève deux ordres de difficultés particulières.

En premier lieu, du fait de la géographie insulaire, nombre de localités et parfois d'îles sont dépourvues de médecins¹⁰³⁷. Aux Australes, par exemple, les îles de Raivavae, Rimatara et Rapa sont seulement équipées d'une infirmerie¹⁰³⁸. Ces infirmeries, telles que définies à la délibération n° 92-96 AT du 1^{er} juin 1992 portant réforme du système hospitalier, sont placées sous la responsabilité d'un médecin ou d'un infirmier. Chaque infirmerie comporte au moins un lit d'observation, ainsi qu'un centre d'accueil et de réception des urgences, éventuellement une salle d'accouchement. Parfois, ce sont les infirmiers eux-mêmes qui font défaut. Le Pays a institué pour y remédier un corps d'auxiliaires de santé¹⁰³⁹. Il y a donc des postes de secours qui sont tenus par un auxiliaire de santé publique. Cet agent assure les besoins sanitaires de base de la population. Il en existe un à Tubuai dans le district de Mahu, par exemple, qui est tenu de manière alternée avec un aide-soignant.

Certains actes sont d'ores et déjà ouverts régulièrement à des non-médecins. La délibération du 28 avril 1983¹⁰⁴⁰ autorise les « personnels de santé » (médecins, sages-femmes, infirmiers ou infirmières, adjoints ou adjointes de soins, auxiliaires de santé publique, chargés de poste de secours de la commune

1031. Cass. crim. 25 juin 1908, S. 1912, I, 235 ; 3 avril 1925, *Gaz. Pal.*, 1925, 2, 256 ; 30 mai 1954, *JCP* 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, p. 464-467).

1032. Cass. crim., 16 décembre 1922, Bull. crim. p. 423 (à propos de pratiques de spiritisme supposant frictions et massages sur les parties malades)

1033. 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.

1034. 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.

1035. Cass. crim., 9 février 2010, *Juris-data* n° 2010-001504.

1036. 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, n° 86-92954) de l'hypnothérapie (Cass. crim., 9 octobre 1973, *Gaz. Pal.* 1974, I, 9, note P.-J. Doll).

1037. Arrêté n° 968/CM du 23 septembre 1997 constatant la liste des localités dépourvues de médecin (*JOPF*, 2 octobre).

1038. Tema Hauata, *L'accès à la santé en poste isolé dans l'archipel des Australes*, Rapport de recherche pour le Master 1 Droit privé et Science criminelle et Justice (sous la dir. d'A. Leca), UPF, Papeete, 2008.

1039. Délibération n° 88-127 AT du 13 octobre 1988, arrêté n° 320 CM du 17 mars 1989.

1040. Délibération n° 83-79 du 28 avril 1983 relative à l'établissement du certificat de cause de décès ou de cause de décès périnatal (*JOPF*, 15 juin) modifiée par la délibération 97-144 APF du 13 août 1997 (*JOPF*, 28 août).

ou de section de commune) à établir des certificats de décès. De même, la délibération du 13 août 1997¹⁰⁴¹ autorise dans un certain nombre de cas un « responsable sanitaire » (infirmier, adjoint de soins, aide-soignant ou auxiliaire de santé publique) à délivrer des ‘attestations de santé’ pour ce qui concerne les prestations familiales, les arrêts de travail (et de prolongation éventuelle), les accidents de travail (et prolongation éventuelle) et les reprises de travail.

Mais rien de ceci ne concerne les soins proprement médicaux. Officieusement, certains de ceux-ci sont accomplis par des professionnels de santé qui ne devraient pas les dispenser. La question reste posée de la possibilité d’autoriser certains de ces actes à des infirmier(e)s. On voit mal comment éviter certains transferts de compétences¹⁰⁴². À moins de faire appel à des médecins étrangers ayant obtenus leur diplôme dans un pays tiers, moyennant un infléchissement des règles légales gouvernant le monopole. On se souvient qu’à l’époque du conflit entre le président Oscar Temaru et Pia Faatomo alors ministre de la santé¹⁰⁴³, celle-ci avait choisi de démissionner (le 10 novembre 2006), en retenant comme grief le projet de : « fabriquer des médecins au rabais et virer les *taote* français... »¹⁰⁴⁴. Cette solution ne semble ni très crédible, ni susceptible de recueillir l’adhésion des patients.

En second lieu, le Pays est confronté à des pratiques médicales traditionnelles, étrangères à la médecine occidentale que sanctionnent les diplômes d’État.

Il s’agit d’une part de la médecine traditionnelle chinoise (MTC) qui est un savoir basé sur l’observation empirique et qui se transmet de maître à disciple, de façon immémoriale, et d’autre part de la médecine tahitienne qui pose des problèmes plus complexes, car elle susceptible de se fonder aussi bien sur la connaissance transmise que sur l’inspiration surnaturelle.

La MTC est reconnue à parité avec la médecine occidentale en Chine, mais aussi au Vietnam. Ailleurs dans le monde, elle est réglementée, ce qui lui donne une place juridique secondaire et supplétoire dans quarante-huit États américains de même qu’en Ontario ou au Québec, et aussi au Royaume-Uni. *A contrario* elle n’est pas reconnue en France et en Polynésie française : le droit y est silencieux à son égard. Les praticiens y sont donc théoriquement susceptibles d’y être poursuivis pour exercice illégal de la médecine. Mais, localement, une réglementation spéciale admet l’importation d’un certains nombre de « produits

1041. Délibération n° 97-146/APF du 13 août 1997 relative à la délivrance des attestations de santé à titre exceptionnel dans les localités dépourvues de médecin (*JOPF*, 28 août).

1042. En métropole même, à la suite du rapport Berland d’octobre 2003 sur la démographie médicale, l’arrêté du 13 décembre 2004 relatif à la coopération entre professionnels de santé, *JORF* du 13 janvier) a autorisé cinq expérimentations de transfert de compétences entre des professions médicales et d’autres professions de santé. Ces expérimentations concernent des transferts de compétences entre ophtalmologistes et orthoptistes, entre radiothérapeutes et manipulateurs d’électroradiologie médicale, entre médecins et diététiciens et entre médecins et infirmiers pour la prise en charge de patients suivis dans les centres d’hémodialyse et de patients stabilisés infectés par le virus de l’hépatite C. Sept autres expérimentations étaient recommandées dans le rapport d’Yvon Berland sur les délégations de tâches médicales vers des paramédicaux.

1043. <http://www.polynesie-francaise.pref.gouv.fr/actualite/communiques/com-131106a.asp>

1044. <http://mickou.alterlinks.fr/teikib/index.php?2006/11/10/475-pia-hiro-ministre-de-la-sante-de-temaru-claque-la-porte-du-gouvernement> – Te Toto Tupuna, la Tribune Libre du Fenua.

médicamenteux » utilisés dans la pharmacopée chinoise¹⁰⁴⁵. Seuls des herboristes agréés peuvent importer et vendre ces médicaments (les *ra'au tinito* ou « remèdes chinois ») et c'est également le gouvernement polynésien qui délivre la qualité d'herboriste : les dernières autorisations ont été données à six enseignes par un arrêté du Conseil des ministres du 30 décembre 2008¹⁰⁴⁶. Officiellement ces herboristes sont des distributeurs au détail : ils n'exercent pas la médecine. En fait ils diagnostiquent et prescrivent : en d'autres termes officieusement ils exercent bel et bien la médecine. Il y a là une situation profondément illogique qui devrait être rationalisée. La solution la plus simple serait sans doute de délivrer une autorisation individuelle d'exercice à ces professionnels, afin de pouvoir les contrôler, comme cela se pratique, par exemple au Québec¹⁰⁴⁷.

La médecine tahitienne traditionnelle est représentée par les *tahu'a rāa'u*, les guérisseurs, calques tahitiens des *taula atua* wallisiens, des *kahuma* hawaïens et des *tohunga* maoris de Nouvelle-Zélande¹⁰⁴⁸. Certains guérisseurs tahitiens ont eu dans le passé une grande notoriété comme l'illustre Tiurai, mort de la grippe espagnole en 1918¹⁰⁴⁹. Cette médecine parallèle n'est pas à mépriser. On la crédite de certains résultats, même si elle n'est ni reproductible, ni stéréotypable (comme la psychiatrie ou l'homéopathie). D'ailleurs, en Europe même, nombre de techniques médicales tenues (à juste titre) pour 'scientifiques' se sont d'abord introduites de façon empirique en imitant des savoirs traditionnels : c'est le cas de la variolisation au XIXe siècle.

Si en France, la médecine traditionnelle et les guérisseurs n'occupent plus qu'une place marginale, malgré la possibilité qui existe de commercialiser les médicaments traditionnels à base de plantes¹⁰⁵⁰, la tradi-thérapie existe dans de nombreux pays d'Afrique, d'Amérique et d'Océanie. En effet, si le christianisme qui y est fortement implanté proscriit la voyance et la magie, il n'interdit pas l'activité de guérisseur.

La tradimédecine a été définie par l'OMS comme « l'ensemble des connaissances, compétences et pratiques basées sur les théories, croyances et expériences auxquelles différentes cultures ont recours pour entretenir la santé ainsi que pour prévenir, diagnostiquer, soulager ou soigner des maladies physiques et mentales »¹⁰⁵¹. Plus précis, le Code de la santé du Burkina Faso

1045. Arrêté n° 2008-199 du conseil des ministres de la Polynésie française du 6 février 2008, *JOPF*, 14 février 2008, p. 630.

1046. Arrêté n° 2020 CM du 30 décembre 2008 fixant la liste des herboristes agréés en Polynésie. Ces six enseignes ont l'exclusivité pour le commerce des produits de la médecine traditionnelle chinoise. Il s'agit du magasin Anémone, de l'institut Aura, de magasin Ah Hi, du magasin Pacific Natura, du magasin Wing Khong et du magasin Youn Youn (Teva Jeannette, *op. cit.*, p. 49).

1047. <http://mtcq.cpmddq.com/condition.html>

1048. S. Grand, *Tahu'a, tohunga, kahuna. Le monde polynésien des soins traditionnels*, Éd. Au Vent des Îles, Tahiti, Pirae 2007 (ouvrage tiré de la thèse soutenue par l'auteur et intitulée *Contribution à une anthropologie de la maladie, pour une médiation entre les mondes de soins et en ethnopsychiatrie*, Paris, 17 décembre 2004).

1049. Dr H. Haas, *L'approche anthropologique de la médecine traditionnelle et de la biomédecine peut-elle aboutir à un consensus ?*, Mémoire du DEA Sociétés et cultures dans le Pacifique insulaire, UFP décembre 2000, p. 31.

1050. [http://www.afssaps.fr/Activites/Autorisations-de-mise-sur-le-marche/Medicaments-a-base-de-plantes/\(offset\)/10](http://www.afssaps.fr/Activites/Autorisations-de-mise-sur-le-marche/Medicaments-a-base-de-plantes/(offset)/10)

1051. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs134/fr/> Cf. V. Kamgoui-Kuitche, *Contribution à*

(ex. Haute-Volta) dispose en son article 141 que cette médecine ancestrale renvoie à « l'ensemble de toutes les connaissances et pratiques matérielles ou immatérielles, explicables ou non, utilisées pour diagnostiquer, prévenir ou éliminer un déséquilibre physique, mental, psychique et social en s'appuyant exclusivement sur des expériences vécues et sur des connaissances transmises de génération en génération, oralement ou par écrit ».

Il n'existe rien de semblable dans notre droit. Comme on l'a vu, le droit français prohibe l'exercice illégal de la médecine et protège pénalement le titre de médecin et l'exercice médical. Cette couverture recouvre tout¹⁰⁵², excepté l'appellation « médecine ». Il en résulte que l'expression « médecine chinoise »¹⁰⁵³, par exemple, ne peut pas donner lieu à poursuites dès lors que les personnes visées ne se présentent pas comme des médecins et/ou s'abstiennent de pratiquer des actes médicaux. Il en serait de même de l'expression de « médecine traditionnelle ». Il n'en demeure pas moins que l'exercice de la médecine par des guérisseurs traditionnels est et demeure interdit et pénalement réprimé. Mais en Polynésie, où la culture *mā'ohi* connaît un regain de faveur, les poursuites sont très rares car le phénomène est officieusement toléré. Il est d'ailleurs extrêmement répandu¹⁰⁵⁴ et bien sûr absolument incontrôlé, ce qui laisse libre cours à des personnes se prétendant *tahu'a* (soignant traditionnel), sans en avoir les connaissances qui « extorquent des sommes d'argent aux personnes désorientées et finissent en prison, en retrouvant d'autres qui n'ont pas su résister à leurs pulsions sexuelles »¹⁰⁵⁵.

Cette distorsion entre la règle de droit devenue inapplicable et la réalité de terrain, ainsi que le vide juridique qui entoure la médecine traditionnelle appelle une réforme. Incontestablement, celle-ci est dans l'air du temps, comme le montre une première tentative avortée que le gouvernement actuel (indépendantiste) pourrait renouveler. En 2006, Mme Pia Hiro, alors ministre « de la Santé, chargé de la Prévention, de la Sécurité alimentaire et de la Médecine traditionnelle » avait fait promulguer deux arrêtés¹⁰⁵⁶ créant une « maison polynésienne des médecines traditionnelles » (*Pu Ora*). L'organisme avait pour finalité de « concourir à la connaissance de la médecine traditionnelle polynésienne »¹⁰⁵⁷ et à sa mise en œuvre dans l'intérêt de la santé publique et

l'étude des aspects juridiques de l'exercice de la médecine traditionnelle : l'exemple du Cameroun, Thèse, Paris-VIII, 2003.

1052. Y compris l'acupuncture dont l'usage est réservé aux médecins. Cf. Cass. crim., 9 février 2010, n° 09-80681 : « la pratique habituelle de l'acupuncture, tant à raison du diagnostic qu'elle implique que des moyens qu'elle utilise et des réactions organiques qu'elle est susceptible d'entraîner, constitue un acte médical dont la pratique est réservée aux docteurs en médecine ».

1053. Cass. civ. 1^{re}, 16 octobre 2008, n° 07-17.789.

1054. F. Vuillemin, *L'empreinte du tahu'a – une étude de la médecine traditionnelle en Polynésie française*, Thèse Médecine, Toulouse, 2009. En 1992, une étude du Centre Polynésien de Sciences humaines avait recensé 73 guérisseurs réalisant un volume de consultations annuelles de 89 950 actes, soit autant que le système de santé officiel selon le directeur de la Santé d'alors (S. Grand, Tahu'a, tohunga, kahuna. *Le monde polynésien des soins traditionnels*, op. cit., p. 56).

1055. S. Grand, Tahu'a, tohunga, kahuna. *Le monde polynésien des soins traditionnels*, op. cit., p. 323.

1056. Arrêté n° 847 CM du 17 août 2006 portant création, organisation et fonctionnement de Pu Ora – Maison polynésienne des médecines traditionnelles et Arrêté n° 848 CM du 17 août 2006 portant statuts de Pu Ora – Maison polynésienne des médecines traditionnelles, *JOPF*, 24/08/2006, p. 2939.

1057. Arrêté n° 848 CM du 17 août 2006 portant statuts de Pu Ora – Maison polynésienne des

le respect des exigences de cette dernière». Mission lui avait été donné de «contribuer au recueil, à la préservation, à l'approfondissement et à la diffusion des connaissances en matière de médecine traditionnelle; développer des partenariats avec des organismes de recherche afin d'étudier et d'analyser les propriétés chimiques et thérapeutiques des substances naturelles entrant dans la composition des remèdes utilisés par les tradipraticiens, ainsi que leurs effets indésirables; de mettre en place des filières innovantes d'exploitation et de valorisation de la pharmacopée traditionnelle; veiller à la protection de la propriété intellectuelle en matière de pharmacopée traditionnelle; contribuer à la préservation des plantes médicinales et promouvoir leur culture; favoriser l'émergence et la diffusion de normes ou recommandations techniques ou éthiques propres à garantir la transparence des pratiques et la sécurité des usagers» (art. 4). Curieusement ses promoteurs avaient donné à l'institution la forme d'un organisme privé. C'était là un choix malheureux car il aboutissait à faire créer une association privée par une personne publique avec des fonds publics, en contournant l'obligation faite aux associations de se déclarer auprès des pouvoirs publics et de publier au *Journal officiel* les renseignements imposés par la loi de 1901. Logiquement, le tribunal administratif de la Polynésie française a annulé les deux arrêts¹⁰⁵⁸.

Naturellement, il n'est pas question de placer sur un terrain d'égalité la médecine sanctionnée par l'université, prise en charge par la Caisse de Prévoyance sociale (CPS), et la médecine empirique, qui n'a fait l'objet d'aucune évaluation.

Mais on pourrait imaginer de réduire l'étendue de la protection pénale afin de laisser plus d'espace au *tahu'a rāa'u*, le tradipraticien, tout en continuant à le distinguer du médecin de type occidental, afin de ne pas créer de confusion dans l'esprit du patient et de ne pas générer de doute sur la prise en charge des frais médicaux par la CPS.

En s'inspirant prudemment de ce qui existe dans certains pays d'Afrique noire¹⁰⁵⁹ et d'Océanie, la solution pourrait être d'obtenir de l'État l'abrogation sous sa forme présente de l'infraction d'exercice illégal de la médecine. Il suffirait sans doute d'écarter les poursuites lorsque l'acte de soin est un acte gratuit. En effet, en droit pénal actuel, 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 pris en compte en tant que

médecines traditionnelles, art. 3 : «Par médecine traditionnelle, on entend la somme totale des savoirs, compétences et pratiques reconnus et acceptés par la communauté comme propres au maintien de la santé et au traitement des maladies, et fondés sur les théories, croyances et expériences inhérentes à la culture polynésienne ancestrale, telles qu'elles ont été développées et mises en œuvre de génération en génération».

1058. TAPF 0700031 du 25/10/2007

1059. Au Burkina Faso, par exemple, le Code de la santé publique de 1970, sans reconnaître formellement la médecine traditionnelle, a pris soin de ne pas l'interdire (cf. Article 49 de l'ordonnance n° 70-68 bis/PRES/MSP/AS du 28 décembre 1970 portant Code de la santé publique de la Haute Volta). Le nouveau Code (daté de 1994) reconnaît positivement l'exercice de la médecine traditionnelle à côté de la médecine moderne. Cf. Salifou Dembélé, *L'apport du Code de santé publique du Burkina dans l'amélioration de la dispensation des soins de santé : cas de la médecine traditionnelle*, <http://rds.refer.sn/IMG/pdf/6DEMBELEANIMA.pdf>

circonstance atténuante¹⁰⁶⁰. Néanmoins il importerait de continuer à protéger le titre de «docteur», médecin avec une thèse, et de «médecin» ayant passé des examens d'État. Mais la «médecine» pourrait être ouverte à des praticiens formés de façon empirique et/ou «inspirés»¹⁰⁶¹, à condition que ceux-ci aient passé un certificat d'aptitude suivant des modalités à définir, soit inscrit sur un répertoire officiel des guérisseurs traditionnels¹⁰⁶² et que cet exercice soit bénévole, conformément à la coutume¹⁰⁶³. Dans certains pays des maisons de soins traditionnels existent. À l'Ile Maurice, on connaît un centre de soins traditionnels indiens dit homéopathique, le *Sivananda Healing Center*¹⁰⁶⁴. En Nouvelle-Zélande existe un important centre de soins traditionnels, le *Te Whare o te Oranga Pumau* (la Maison de la bonne santé), qui compte cinq *tohunga* pratiquant le *rongoa maori* (soins traditionnels autochtones)¹⁰⁶⁵. Ce pays est allé très loin dans la reconnaissance de cet art de guérir, puisqu'il est doté depuis 1992 d'un Comité national de soignants traditionnels maoris et que le ministère de la Santé a répertorié un ensemble de standards pour ces soins. À Hawaï, médecins et *kahuna* interviennent dans un même centre de soins¹⁰⁶⁶. La *Papa Ola Lokahi* (Fondation pour la construction d'une vie harmonieuse) créée en 1972 gère le programme¹⁰⁶⁷. En Alaska, deux guérisseurs sont salariés de l'État et interviennent dans des dispensaires médicaux¹⁰⁶⁸. On pourrait imaginer de localiser un tel centre de pratique traditionnelle, reconnu et contrôlé, à proximité de l'hôpital de Taaone ou même à l'intérieur de celui-ci. En ce qui concerne les plantes médicinales utilisées localement¹⁰⁶⁹, par exemple le *Noni* (morinda

1060. Cass. crim., 23 novembre 1967, *D.* 1968, p. 139.

1061. En Polynésie, la maladie (*ma'i, maki*) est soit naturelle (*ma'i mau*) soit surnaturelle (*ma'i tāiri*), comme le révèle le fonds lexical (L. Peltzer, «Approche sémantique de la maladie en Polynésie», dans «Le Paradis. Savoir médical et pouvoir de guérir à Tahiti», *Nouvelle Revue d'Ethnopsychiatrie*, n° 30, La Pensée sauvage éditions, 1996, p. 33). Et le guérisseur peut avoir des connaissances acquises ou un don naturel qu'il a reçu sans la médiation d'un autre guérisseur.

1062. Un tel répertoire existe au Sénégal, où, depuis le décret n° 202-79 du 29 janvier 2002, la médecine traditionnelle est tolérée sans être clairement reconnue. Au Burkina Faso, nul ne peut exercer la médecine traditionnelle, s'il ne dispose d'une autorisation d'exercice, délivrée par le ministre chargé de la Santé.

1063. Traditionnellement les tradipatriciens (*tahua'a*) se prévalant d'un don de guérir transmis par la filiation ne pouvaient pas coutumièrement se faire payer (F. Vuillemin, *L'empreinte du tahu'a – une étude de la médecine traditionnelle en Polynésie française*, op. cit., p. 58; Teva Jeannette, *L'Ordre des médecins en Polynésie française. Spécificités et enjeux au regard du principe de spécialité législative*, Mémoire de Master 2 Droit des activités économiques, UPF, Papeete, 2010, p. 51-52; Contra cf. S. Grand, Tahu'a, tohunga, kahuna. *Le monde polynésien des soins traditionnels*, op. cit., p. 260). Toutefois la gratuité absolue paraît avoir été un mythe, car le «don» de la guérison appelait un «contre-don». Aujourd'hui la plupart des praticiens monnaient volontiers leurs conseils ou leurs préparations (parfois fort cher). Des praticiens réputés ont pignon sur rue et on peut acheter leurs décoctions au marché de Papeete aux premières heures de la journée... (F. Vuillemin, op. cit., p. 58).

1064. J. Benoist, «Carrefour de cultes et de soins à l'Ile Maurice. Soigner au pluriel», *Médecine du monde*, éd. Karthala, 1996; Dr H. Haas, *L'approche anthropologique de la médecine traditionnelle et de la biomédecine peut-elle aboutir à un consensus?*, op. cit., p. 53.

1065. S. Grand, Tahu'a, tohunga, kahuna. *Le monde polynésien des soins traditionnels*, op. cit., p. 67 et 122.

1066. *Ibid.*, p. 67.

1067. *Ibid.*, p. 50 et 330. Cf. *Papa Ola Lokahi. Who we are and what we do*, Honolulu, 2001.

1068. S. Grand, Tahu'a, tohunga, kahuna. *Le monde polynésien des soins traditionnels*, op. cit., p. 53.

1069. La référence demeure l'ouvrage ancien d'un pharmacien militaire de l'époque coloniale,

citrifolia) ou le *Tamanu* (*calophyllum inophyllum*), il appartient à la Polynésie de tracer sa frontière entre celles qui peuvent être en vente libre et celles qui, réservées aujourd'hui à la vente en pharmacie, pourraient être mises sur le marché dans des commerces ordinaires. En l'état actuel de la réglementation d'origine métropolitaine, les plantes en vente libre peuvent être commercialisées en l'état ou même en gélules, dès lors qu'elles n'ont pas subi à l'occasion de cette opération une transformation les dénaturant – et bien sûr qu'elles ne soient pas présentées comme pouvant prévenir ou soigner une maladie, établir un diagnostic ou avoir un effet sur une fonction organique déficiente¹⁰⁷⁰. Pour ce qui a trait aux plantes médicinales entrant dans le monopole, la loi française¹⁰⁷¹ ne réserve aux pharmaciens que la vente de ces plantes «en l'état» et non leur délivrance générale¹⁰⁷². L'expression «en l'état» doit être bien comprise. Elle signifie: «sans avoir subi de transformation» et pas «en leur forme naturelle»; il suffit, pour s'en convaincre, d'observer que la vente en vrac (au poids, notamment) est traditionnellement libre, lorsque les plantes concernées peuvent avoir un usage autre que médicinal¹⁰⁷³. Comme on l'a vu, localement, une réglementation spéciale admet déjà l'importation d'un certains nombres de «produits médicamenteux» utilisés dans la pharmacopée chinoise¹⁰⁷⁴. Seuls des herboristes agréés peuvent importer et vendre ces médicaments (les *ra'au tinito* ou remèdes chinois) et c'est également le gouvernement polynésien qui délivre la qualité d'herboriste¹⁰⁷⁵. Ce système pourrait peut-être être élargi à la médecine traditionnelle polynésienne, bien que celle-ci s'y prête plus difficilement. En effet, si la médecine traditionnelle chinoise utilise principalement des plantes médicinales séchées, la médecine *mā'ohi* ne travaille au contraire qu'avec des plantes à l'état frais, et les préparations doivent être, en théorie renouvelées chaque jour (quoique certains tradipraticiens admettant l'idée que les préparations puissent être conservées quelques jours au réfrigérateur sans que son efficacité s'en trouve altérée). De toute évidence, les contraintes formelles dans la préparation des *ra'au tahiti* (remèdes traditionnels tahitiens) rendent leur exploitation difficile au quotidien¹⁰⁷⁶.

Paul Pétaud dont l'ouvrage a été republié chez Haere Po en 1986 puis en 1991 (*Quelques plantes utiles de Polynésie et Raau Tahiti*, éd. revue et augmentée par Denise et Robert Koenig, avec la collaboration de Jacques Florence, Michel Guérin, Evelyne et Teriivaeva Neuffer, Jean-François Pétaud; illustrations par Gilles Cordonnier). Des 2200 plantes recensées en Polynésie, cent cinquante deux ont une action médicinale ou tout au moins font l'objet d'un usage médicinal. Une cinquantaine interviennent dans des préparations traditionnelles. Les trente plantes les plus usitées sont présentes dans quatre vingt pour cent des préparations médicinales (A. Vuillemin, *op. cit.*, p. 79).

1070. Cass. crim., 27 juin 2006, n° 04-83.983.

1071. CSP, art. L. 4211-1.

1072. CSP, art. L. 4211-1 (cf. sous l'empire de l'ancien art. L. 512: Cass. crim., 22 janvier 1958, *D.* 1958.351 et 12 février 1976, *Doc. Pharm.*, n° 2005).

1073. Cass. crim., 19 décembre 1989, *Bull. crim.*, p. 491, *Inf. Pharm.* 1990, p. 501.

1074. Arrêté n° 2008-199 du conseil des ministres de la Polynésie française du 6 février 2008, *JOPF*, 14 février 2008, p. 630.

1075. Arrêté n° 2020 CM du 30 décembre 2008 fixant la liste des herboristes agréés en Polynésie.

1076. F. Vuillemin, *L'empreinte du tahu'a – Une étude de la médecine traditionnelle en Polynésie française*, *op. cit.*, p. 130.

Section 1. L'accès à la profession médicale

par Arnaud Hellec

À l'instar de la Nouvelle-Calédonie, la réglementation applicable en Polynésie française à la profession de médecin ne date que de la seconde moitié du siècle dernier¹⁰⁷⁷. Si le dispositif applicable localement en la matière s'inspire largement du modèle métropolitain, sa spécificité tient à la superposition de différents Ordres juridiques en raison de l'évolution statutaire du Pays¹⁰⁷⁸. L'accès à la profession médicale en Polynésie française est actuellement régie tant par le droit national que par des dispositions locales. Aux dispositions de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 viennent s'ajouter les dispositions de la délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 et celles de la loi statutaire n° 2004-192 du 27 février 2004.

Si les règles de droit communautaire ne sont pas systématiquement applicables en Polynésie française¹⁰⁷⁹, celles-ci ont toutefois certaines répercussions sur l'accès local à l'exercice de la profession médicale. Ainsi, par exemple, la libre circulation et la liberté d'établissement introduites en Europe par la signature le 25 mars 1957 à Rome du Traité instituant la Communauté économique européenne¹⁰⁸⁰ ayant pour corollaire la reconnaissance mutuelle des diplômes¹⁰⁸¹ et la coordination, en ce qui concerne les professions médicales, des « conditions d'exercice dans les différents États membres »¹⁰⁸² ont pour effet de permettre aux ressortissants européens d'exercer leur art en Polynésie française, sous certaines conditions détaillées ci-dessous. Bien qu'éloignée, tant géographiquement que juridiquement, de l'Europe, la Polynésie française ne se trouve pas en marge de « l'esprit d'ouverture qui a métamorphosé le droit métropolitain »¹⁰⁸³.

L'accès à l'exercice de la profession de médecin en Polynésie française peut se décomposer en deux étapes : le médecin doit remplir certaines conditions « traditionnelles »¹⁰⁸⁴ (§ 1) et être inscrit au tableau de l'Ordre (§ 2). Les médecins étrangers quant à eux, au regard du partage des compétences entre le Pays et l'État, sont, en sus, soumis à un régime particulier (§ 3).

1077. Voir en ce sens Guy Agniel, Antoine Leca, Gérard Orfila, *Le droit médical en Nouvelle-Calédonie*, Éd. Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 2005, p. 257-258. Voir également : <http://www.leh.fr/edition/autres-ouvrages/le-droit-medical-en-nouvelle-caledonie-9782848742441.html>

1078. Rappelons à ce titre que la Polynésie française jouit, depuis la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée, d'une autonomie renforcée.

1079. Sur l'applicabilité des règles communautaires en Polynésie française, voir Charles-Etienne Gudin, « Le Statut Communautaire de la Polynésie française », *Comparative Law Journal of the Pacific – La Revue juridique Polynésienne*, Hors série Volume VII, 2008 « Le Pacifique et l'Europe : Quelques réflexions à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'Union Européenne – The Pacific and Europe: The 50th Jubilee of the European Communities », éditée par Tony Angelo, p. 65 à 80.

1080. Art. 52 à 58.

1081. Art. 57, 1°.

1082. Art. 57, 3°.

1083. Guy Agniel, Antoine Leca, Gérard Orfila, *Le droit médical en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 257.

1084. *Ibid.*

§ 1 – Les conditions «traditionnelles»¹⁰⁸⁵ d'accès à l'exercice de la profession de médecin

Le dispositif réglementant l'accès à l'exercice de la profession de médecin en Polynésie française s'inspire dans une large mesure de celui applicable en France métropolitaine. L'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 modifiée notamment par la délibération n° 2004-42 du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes et modifiée récemment par une «loi du pays» de 2009¹⁰⁸⁶ imposent les mêmes conditions que le Code de santé publique¹⁰⁸⁷ : la nationalité et le titre.

Sous-paragraphe 1 – La nationalité

L'accès à l'exercice de la profession de médecin en France métropolitaine est soumis à une condition de nationalité. Ainsi, seuls peuvent exercer la profession de médecin, les personnes «de nationalité française, de citoyenneté andorrane ou [les] ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, du Maroc ou de la 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»¹⁰⁸⁸.

Jusque récemment, l'accès à l'exercice de la profession de médecin était soumis à une condition de nationalité, à l'instar du dispositif applicable en France métropolitaine. L'ordonnance de 1945 prévoyait à l'origine que seul «le citoyen ou sujet français ou ressortissant d'un pays placé sous le protectorat de la France»¹⁰⁸⁹ pouvait exercer la profession de médecin. Cette disposition avait été complétée en 1949 par la loi n° 49-757 du 9 juin 1949¹⁰⁹⁰ qui prévoyait que soient autorisés à exercer leur art sur le territoire français certains médecins étrangers lorsque l'État dont ils étaient ressortissants autorisait des médecins français à exercer sur leur territoire¹⁰⁹¹.

Étendue aux territoires d'outre-mer en 1952¹⁰⁹², cette disposition n'est désormais plus applicable en Polynésie française. En effet, la «loi du pays»

1085. *Idem*.

1086. Loi du pays n° 2009-14 du 3 août 2009 portant modification de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme.

1087. CSP, art. L. 4111-1 et suivants, art. L. 4112-3.

1088. CSP, art. L. 4111-1 2°.

1089. 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, art. 1^{er} 2° dans sa version d'origine.

1090. Loi n° 49-757 du 9 juin 1949 complétant l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 en ce qui concerne l'exercice des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, paru *in extenso* au *Journal officiel* 1948 n° 4 du 29 février 1948, p. 68 dans la partie «Lois et ordonnances».

1091. Cette disposition a d'ailleurs été reprise par l'article L. 4111-3 du CSP.

1092. Décret n° 52-964 du 9 août 1952 rendant applicable aux territoires d'outre-mer et aux territoires sous tutelle du Cameroun et du Togo, 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.

n° 2009-14 du 3 août 2009 est venue remplacer l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1945. Dans sa nouvelle rédaction, cet article ne prévoit plus de condition de nationalité. Les médecins étrangers restent toutefois soumis aux dispositions relatives à l'entrée, au séjour et à l'accès au travail des étrangers ¹⁰⁹³.

Si la condition de nationalité a disparu, l'exigence d'un titre, certificat permettant l'exercice de la médecine perdure.

Sous-paragraphe 2 – Le titre

Bien que relevant d'un dispositif distinct, l'accès à l'exercice de la profession de médecin en Polynésie française, en ce qui concerne la condition de titre, est relativement similaire à celui applicable à la métropole.

Modifiée en 2009¹⁰⁹⁴, l'ordonnance de 1945 prévoit aujourd'hui l'obligation d'être titulaire « du diplôme français d'État de docteur en médecine ou d'un titre permettant l'exercice de la profession de médecin en France métropolitaine »¹⁰⁹⁵ renvoyant de fait aux dispositions des articles L. 4111-1 1°, L. 4111-2 et L. 4131-1 du Code de santé publique. Il s'agit ainsi tant du diplôme français d'État de docteur en médecine que de certains diplômes délivrés d'une part par les États membres de l'Union européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen, voir de certains diplômes, titres, certificats délivrés par des États tiers sous certaines conditions ¹⁰⁹⁶.

L'une des spécificités polynésiennes en la matière résulte de sa position géographique. En effet, située dans le Pacifique sud, la Polynésie française est certainement plus proche tant culturellement que géographiquement de ses voisins tels que la Nouvelle-Zélande, l'Australie ou encore les États-Unis d'Amérique que des voisins de la France métropolitaine. Ainsi, le recours aux médecins du Pacifique sud semble plus aisé, comme en atteste l'évacuation sanitaire fréquente, vers la Nouvelle-Zélande, de patients dont les pathologies ne peuvent, eu égard aux infrastructures présentes sur le territoire, être prises en charge localement¹⁰⁹⁷. Lors du 37^e forum des îles du Pacifique (1^{er} nov. 2006), le président du gouvernement de la Polynésie française, alors en fonction, s'est prononcé en faveur d'un partenariat avec l'Ecole de médecine de Fidji (*Fiji School of Medicine*), pour former les futurs praticiens du territoire (en 5 à 6 ans maximum). Cependant, à l'heure actuelle, un tel recours se heurte à un écueil majeur, à savoir la non-reconnaissance des diplômes délivrés par ces États, interdisant ainsi l'accès de l'exercice médical ces médecins à diplôme étranger.

1093. Voir *infra*, § 3.

1094. Loi du pays n° 2009-14 du 3 août 2009 portant modification de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme. Art. LP 1^{er} I.

1095. Ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 modifiée relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, art. 1^{er} 1° dans sa version actuelle.

1096. Pour une analyse de la condition de titre applicable en France métropolitaine, voir Antoine Leca, *Droit de la médecine libérale*, éd. Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2005, p. 65-67.

1097. Voir en ce sens, Teva Jeannette, *L'Ordre des médecins en Polynésie Française – Spécificités et enjeux au regard du principe de spécialité législative*, Mémoire de Master 2, Université de la Polynésie française, 2009-2010, p. 39-41.

Pourtant, la question de la reconnaissance des diplômes étrangers avait, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi statutaire de 2004, fait l'objet d'une tentative de réponse. L'Assemblée de la Polynésie française, désireuse en 2003 de pallier la « pénurie de spécialistes français, notamment en neurochirurgie et en cardiologie »¹⁰⁹⁸ et de prévoir un cadre légal à l'exercice de la médecine par des médecins étrangers, notamment néo-zélandais¹⁰⁹⁹ avait adopté une délibération¹¹⁰⁰ modifiant les dispositions de l'ordonnance de 1945. Cette délibération prévoyait notamment que « les médecins titulaires d'un diplôme, certificat ou titre délivré par un autre État, peuvent être autorisés à exercer leur art en Polynésie française par une décision individuelle s'ils disposent d'une qualification équivalente à elle des titulaires des diplômes, certificat ou titre de docteur en médecine visés à l'alinéa précédent, et si la mesure est justifiée par les besoins en matière de santé. La liste de ces diplômes est fixée par un arrêté pris en conseil des ministres ». Cette délibération attribuait donc au gouvernement de la Polynésie française d'une part la reconnaissance de la validité des diplômes étrangers et d'autre part l'autorisation d'exercice, par le président du gouvernement pouvant dès lors « pass[er] outre l'avis de l'Ordre des médecins de Polynésie française »¹¹⁰¹.

Saisi de deux requêtes, le Tribunal Administratif de la Polynésie française, par un arrêt du 4 novembre 2003¹¹⁰² en avait prononcé l'annulation sans toutefois traiter de la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française en terme de reconnaissance des diplômes étrangers¹¹⁰³, remplaçant ainsi l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1945 dans sa rédaction précédente.

Aujourd'hui, la question semble tranchée dans la mesure où la loi statutaire de 2004 attribue à l'État la compétence en matière d'enseignement universitaire et en matière de « collation et délivrance des grades, titres et diplômes nationaux »¹¹⁰⁴.

La reconnaissance des diplômes délivrés par les pays du Pacifique suppose à l'heure actuelle la conclusion d'une convention entre la France et ces pays. La solution pourrait consister en la saisine des autorités de la République par le conseil des ministres de cette question en vertu de l'article 98 de la loi statutaire de 2004¹¹⁰⁵.

1098. Tribunal Administratif de la Polynésie française, 4 novembre 2003, Ordre des médecins de Polynésie française et autres c./ Territoire de la Polynésie française, n°0300384 – 0300507.

1099. Pour une étude de la venue des médecins néo-zélandais en Polynésie française, voir Teva Jeannette, *op. cit.*, p. 39-46.

1100. Délibération n° 2003-62 APF du 15 mai 2003 portant modification de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme.

1101. Teva Jeannette, *op. cit.*, p. 45.

1102. Tribunal Administratif de la Polynésie française, 4 novembre 2003, Ordre des médecins de Polynésie française et autres c./ Territoire de la Polynésie française, n°0300384 – 0300507.

1103. Le Tribunal Administratif de la Polynésie n'avait retenu que l'absence de motivation et de justification de l'emploi de la procédure d'exceptionnelle urgence pour l'adoption de la délibération, « sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens des requêtes, ni notamment de transmettre pour avis le dossier au Conseil d'État avant de statuer sur le moyen tiré de la répartition des compétences entre l'État et le territoire de la Polynésie française ».

1104. Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 14 13°

1105. L'article 98 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 dispose : « Le conseil des

Cependant, l'impact d'une telle reconnaissance serait difficilement prévisible. En effet, la reconnaissance des diplômes étrangers valant pour tous les territoires français, y compris métropolitain, les médecins titulaires de ces diplômes n'exerceraient pas nécessairement en Polynésie française. Ainsi, par exemple, un médecin dont le diplôme serait reconnu suite à cette saisine pourrait exercer son art sur tout le territoire de la République, mais pas nécessairement en Polynésie française, ne répondant dès lors plus aux attentes et besoins des autorités polynésiennes.

Les conditions de nationalité et de titre forment la première étape de l'accès à la profession de médecin. En effet, si celles-ci sont remplies, le médecin peut demander à être inscrit au tableau du conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française.

§ 2 – L'inscription au tableau de l'Ordre

L'inscription au tableau du conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française représente la seconde et dernière étape relative à l'accès à l'exercice de la profession de médecin. Elle rend licite l'exercice de la médecine¹¹⁰⁶. L'inscription est une obligation au regard d'une part de l'ordonnance de 1945 et d'autre part de la délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004¹¹⁰⁷ pour les médecins, à l'exception faite des médecins « appartenant aux cadres actifs du service de santé des armées »¹¹⁰⁸.

Pour être inscrit au tableau de l'Ordre, le médecin doit répondre à certaines conditions fixées par le chapitre IV, « De l'inscription au tableau du conseil », de la délibération de 2004 au titre desquelles se trouvent notamment des conditions de moralité, d'indépendance et d'aptitude physiques et psychiques à l'exercice de la médecine.

La première condition que doit remplir le médecin pour prétendre à l'inscription au tableau du conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française s'inspire du même esprit de rapprochement avec le dispositif applicable en métropole caractérisant l'article 2 de l'ordonnance de 1945 concernant la condition de titre. En effet, l'article 30 de la délibération de 2004 dispose en son quatrième alinéa que ne peut être inscrit au tableau « un médecin [...] inscrit ou enregistré en cette qualité dans un État ne faisant pas partie de la Communauté européenne ou n'étant pas partie à l'accord sur l'Espace économique européen ». *A contrario*, seul un médecin inscrit ou enregistré dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen peut prétendre à cette inscription en Polynésie française. À l'instar de la condition de titre, cette disposition fait référence au dispositif applicable à la métropole. Seuls les médecins pouvant prétendre à l'inscription au tableau de l'Ordre en France

ministres peut émettre des vœux sur les questions relevant de la compétence de l'État. Ces vœux sont publiés au Journal officiel de la Polynésie française».

1106. 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, art. 1^{er}.

1107. Délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes, art. 30

1108. *Ibid.*, art 31.

métropolitaine peuvent être inscrit au tableau de l'Ordre polynésien.

Le praticien souhaitant transférer sa résidence professionnelle de la métropole vers la Polynésie doit, au moment même de ce transfert, demander l'avis du conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française¹¹⁰⁹.

Le médecin prétendant à l'inscription au tableau doit adresser au conseil de l'Ordre un dossier dont la composition est fixée par l'arrêté n° 585 CM du 31 mars 2004¹¹¹⁰. Il doit notamment à ce titre ne pas faire l'objet de sanctions disciplinaires ou pénales, faire la preuve d'une connaissance suffisante de la langue française¹¹¹¹.

À l'instar de la métropole et de la Nouvelle-Calédonie¹¹¹², le médecin doit remplir les traditionnelles conditions de moralité, d'indépendance¹¹¹³ et d'absence d'infirmité ou de pathologie rendant dangereux l'exercice de la profession de médecin¹¹¹⁴.

Les obligations faites aux médecins en termes d'indépendance et de moralité correspondent à celles existant en métropole puisque le Code de déontologie médicale de la Polynésie française¹¹¹⁵ reprend pour l'essentiel, les dispositions du Code de santé publique métropolitain. Ainsi, concernant l'obligation de moralité puisque le Code de déontologie médicale de la Polynésie française reprend en son article 3 les dispositions de l'article R. 4127-3. Il en va de même concernant l'obligation d'indépendance : le Code de déontologie médicale de Polynésie française reproduit en son article 8 les dispositions de l'article R. 4127-5 du Code de santé publique.

En cas d'infirmité ou d'état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession de médecin, le conseil de l'Ordre des médecins peut décider la suspension temporaire du droit d'exercer. Cette décision sera susceptible de recours selon une jurisprudence constante du Conseil d'État¹¹¹⁶.

Si ces conditions sont remplies, le médecin peut être inscrit au tableau du conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française.

Les médecins étrangers, s'ils doivent remplir tant les conditions de titre et de nationalité que les conditions permettant leur inscription au tableau de l'Ordre sont également soumis au régime applicable au travail des étrangers en Polynésie française.

1109. Délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes, art. 32, alinéa 2.

1110. Arrêté n° 585 CM du 31 mars 2004 fixant la liste des pièces à produire pour l'inscription aux tableaux des conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes.

1111. Délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes, art. 33.

1112. Guy Agniel, Antoine Leca, Gérard Orfila, *Le droit médical en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 262-266.

1113. Pour une analyse des conditions de moralité et d'indépendance, voir Antoine Leca, *Droit de la médecine libérale*, op. cit., 2005, p. 68-70.

1114. Délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes, art. 36 et 37.

1115. Délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale.

1116. Dernier arrêt rendu par le Conseil d'État : CE 30 mai 2011, n° 336838, mentionné au recueil *Lebon*.

§ 3 – L'accès des ressortissants étrangers à l'exercice de la profession de médecin

La loi statutaire de 2004, répartit les compétences entre le Pays et l'État notamment ce qui concerne le travail des étrangers¹¹¹⁷ en Polynésie française. Ainsi, si l'article 14 dispose que « Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes : 5° Entrée et séjour des étrangers, à l'exception de l'accès au travail des étrangers », l'article 91 attribue au Conseil des ministres la délivrance des permis de travaux et des cartes professionnelles d'étrangers.

Outre les différentes formalités que doivent remplir les étrangers pour entrer et séjourner sur le territoire de la Polynésie française¹¹¹⁸, ceux-ci sont soumis, lorsqu'ils désirent exercer une activité professionnelle salariée, aux dispositions de la délibération n° 2001-164 APF du 11 septembre 2001 relative à la réglementation de l'emploi de la main-d'œuvre étrangère en Polynésie française. Qu'ils soient ressortissants de l'Union européenne ou non, obligation leur est faite d'obtenir préalablement une autorisation de travail¹¹¹⁹, celle-ci étant demandée par l'employeur.

Dans le cadre de l'exercice d'une profession indépendante, les étrangers, ressortissants européens ou non, sont soumis à l'acquittement d'une patente¹¹²⁰. Comme évoqué précédemment à l'occasion de l'inscription au tableau de l'Ordre, l'exercice de la médecine par un ressortissant étranger, s'il remplit les conditions précitées, est possible dès lors que celui-ci peut être inscrit en France métropolitaine.

La question se pose également de savoir si un médecin étranger peut exercer son art au sein d'une structure publique de santé. La délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 1995 réserve¹¹²¹ aux fonctionnaires territoriaux¹¹²² les emplois permanents de l'administration territoriale et des établissements publics administratifs.

Toutefois cette même délibération prévoit une dérogation¹¹²³ : « Les emplois permanents de l'administration du territoire et de ses établissements publics administratifs peuvent également être occupés par des "agents non titulaires" » afin d'assurer notamment des « fonctions nécessitant des connaissances techniques spécialisées », lorsque « la continuité du service public impose [...] un recrutement extérieur de la Polynésie française » ou encore « lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions

1117. La notion d'étranger est définie par l'ordonnance n° 2000-372 du 26 avril 2000 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Polynésie française : « Sont considérés comme étrangers au sens de la présente ordonnance tous les individus qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'ils aient une nationalité étrangère, soit qu'ils n'aient pas de nationalité », art. 1^{er}.

1118. *Ibid.*, art. 4.

1119. Délibération n° 2001-164 APF du 11 septembre 2001 relative à la réglementation de l'emploi de la main-d'œuvre étrangère en Polynésie française, art. 2.

1120. Code des impôts de la Polynésie française, article 211-1.

1121. Délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 1995 modifiée portant statut général de la fonction publique du territoire de la Polynésie française, art. 3.

1122. Selon l'article 4 de la même délibération, seuls les ressortissants français peuvent avoir la qualité de fonctionnaire territorial.

1123. *Ibid.*, art 3 et 33.

considérées».

Les médecins étrangers auront dans ce cas la qualité d'« agent non titulaire » dont le statut est régi par la délibération n° 2004-15 APF du 22 janvier 2004 relative aux agents non titulaires des services et des établissements publics administratifs de la Polynésie française aux termes de laquelle, un « agent non titulaire » peut être recruté si, étant de nationalité étrangère se trouve en situation régulière vis-à-vis du dispositif applicable à l'entrée et au séjour des étrangers en Polynésie française¹¹²⁴.

Section 2. L'exercice légal de la médecine

par Antoine Leca, Arnaud Hellec

Comme on l'a vu plus haut, l'accès à l'exercice de la médecine en Polynésie française est conditionné par les dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 modifiée relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme. Une fois inscrit au tableau du Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française selon les dispositions combinées de l'article 1, dernier alinéa, de la même ordonnance de 1945 et des articles 30 et suivants de la délibération de 2004¹¹²⁵, le médecin est habilité à exercer.

L'exercice de la médecine en Polynésie française ne diffère guère de son exercice en France métropolitaine. Aussi, le médecin peut exercer soit dans le secteur public (il en va ainsi des médecins exerçant pour le compte des structures de santé publique : CHPF, hôpitaux périphériques, dispensaires, etc.)¹¹²⁶, soit en tant que médecin salarié d'un organisme privé assurant une mission de service public (§ 1), soit dans le secteur libéral (§ 2). En vue d'une amélioration de la maîtrise médicalisée de l'évolution des dépenses de santé, une nouvelle forme d'exercice de la médecine en Polynésie française pourrait voir prochainement le jour, à l'instar de la France métropolitaine : la télémedecine (§ 3).

§ 1 – Le médecin-conseil et le médecin du travail

Deux types d'organismes privés assurant une mission de service public seront ici abordés : la médecine du travail et la médecine-conseil. Dans les deux cas, les médecins salariés sont soumis aux dispositions du Code polynésien de déontologie médicale, notamment en ce qui concerne l'indépendance professionnel. Ils bénéficient de l'application des dispositions de l'article L. 4124-2 du Code de la santé publique rendu applicable à la Polynésie française par l'article L. 4441-6 du même Code, relative à l'introduction d'une plainte à leur

1124. Art. 7.

1125. Délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes.

1126. Pour le statut du praticien hospitalier et les autres statuts publics, voir *supra* Deuxième partie – Chapitre II – « Le statut public » par C. Psychogios.

encontre¹¹²⁷.

La médecine du travail, en Polynésie française, est régie par les dispositions du Code du travail polynésien¹¹²⁸ qui en détermine les conditions de recrutement. Ainsi, le médecin du qui souhaite pratiquer la médecine du travail doit¹¹²⁹ soit :

- être titulaire du certificat d'études spéciales en médecine du travail ou du diplôme d'études spécialisées de médecine du travail ou de tout autre titre, diplôme, certificat ou autorisation permettant l'exercice de cette spécialité en France ;
- avoir été reconnu par le conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française comme pouvant exercer la médecine du travail conformément à la réglementation en vigueur ;
- être titulaire d'une capacité en médecine de santé au travail et de prévention des risques professionnels.

Le médecin du travail est lié par contrat à son employeur¹¹³⁰ et ne peut être licencié qu'après saisine d'une commission de contrôle ou d'un comité d'entreprise, et sur autorisation de l'inspecteur du travail¹¹³¹. Les contours du droit de prescription du médecin du travail polynésien, à l'inverse de son homologue métropolitain¹¹³², ne sont pas clairement définis. En effet, premièrement, l'article LP. 4622-3 du Code du travail polynésien dispose en son premier alinéa que le médecin assure personnellement ses fonctions, celles-ci étant exclusives de toutes autres fonctions. Le même article poursuit en son alinéa 2 que le médecin du travail « ne peut exercer en clientèle courante ». Deuxièmement, l'article LP. 4622-4 du même Code détermine la mission dévolue au médecin du travail, à savoir une mission de « prévention des risques auxquels sont exposés les salariés ». Enfin, troisièmement, l'article 105 du Code de déontologie médical polynésien prévoit qu'un médecin expert ne peut être, en même temps, médecin traitant d'un même patient. Il résulte de ce qui précède qu'au regard du jeu combiné des dispositions des trois articles précités, le médecin du travail ne dispose que d'un droit de prescription restreint dès lors qu'il s'agit de soins curatifs et non préventifs¹¹³³.

La médecine du travail a récemment été l'objet de deux problématiques. Premièrement, s'était posée la question de savoir si un service de médecine du

1127. « Les médecins, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'Ordre ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le ministre chargé de la Santé, le représentant de l'État, le procureur de la République, le Conseil national de l'Ordre des médecins ou l'organe de l'Ordre au tableau duquel le praticien est inscrit, ou par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou le Président de la Polynésie française. Lorsque les médecins mentionnés à l'alinéa précédent exercent une fonction de contrôle prévue par la loi ou le règlement, ils ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance, à l'occasion des actes commis dans l'exercice de cette fonction, que par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou le président de la Polynésie française, le représentant de l'État ou le procureur de la République ».

1128. Loi du pays n° 2011-15 du 4 mai 2011 modifiée relative à la codification du droit du travail, *JOPF* 2011 n° 45 NS du 29 août 2011, p. 1864, partie Lois du Pays.

1129. *Ibid.*, art. LP. 4622-1.

1130. Art. LP. 4622-5.

1131. Art. LP. 4622-6.

1132. CSP, art. R. 4127-99.

1133. Le médecin du travail peut, dans le cadre de sa mission, prescrire des examens complémentaires, etc.

travail pouvait assurer son propre contrôle médical. Le CNOM avait répondu par la négative en juin 2005 suite à sa saisine pour avis par le Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française, lui-même alerté par un certain nombre de médecins quant à cette pratique. Deuxièmement, au contraire de la métropole, il n'existe, actuellement, aucun poste de médecin inspecteur du travail en Polynésie française. À cet effet, le Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française saisissait, en 2010¹¹³⁴, le Chef du Service de l'Inspection du travail pour en créer le poste. En effet, dans le cadre d'un litige mettant en cause un médecin du travail, l'accès aux dossiers médicaux conservés par celui-ci ne pourrait se faire que par l'intermédiaire d'un médecin inspecteur du travail. Cette demande est restée, depuis, lettre morte, aucun poste de médecin inspecteur du travail n'ayant été créé en Polynésie française.

Celle-ci dépend de la direction du Travail, et donc du ministère de l'Économie, des Finances, du Travail et de l'Emploi¹¹³⁵, et non de la Direction de la Santé ou du ministre en charge de la Santé.

La médecine conseil est régie par les dispositions de la délibération n° 2000-39 APF du 30 mars 2000 modifiée portant adoption du statut du contrôle médical de la Caisse de prévoyance sociale. Le médecin-conseil, placé sous l'autorité du directeur de la Caisse¹¹³⁶ exerce « un contrôle à caractère médical des ressortissants des régimes de protection sociale [et] analyse l'activité des établissements sanitaire ou médico-social et des professionnels de santé »¹¹³⁷. Il se voit attribuer un large éventail de mission allant du contrôle des actes commandant le versement des prestations sociales au constat des abus et autres fraudes¹¹³⁸.

Dans le cadre de l'exercice de ses missions, le médecin-conseil dispose de prérogatives très étendues puisqu'il a un accès librement aux ressortissants, aux établissements sanitaires et médico-sociaux, ainsi qu'aux professionnels de santé¹¹³⁹. À ce titre, les directeurs d'établissements tiennent à leur disposition tous les éléments d'ordre médical utiles à l'exercice de sa mission¹¹⁴⁰.

Également, les médecins conseils exercent un certain contrôle quant aux décisions prises par leurs confrères et peuvent, s'ils les estiment médicalement injustifiées, exiger des explications et influencer sur la décision de prise en charge des frais de santé par la Caisse¹¹⁴¹. Les prestations sociales pour lesquels les médecins-conseils sont amenés à intervenir sont déterminées par les textes des différents régimes de protection sociale¹¹⁴², qu'il s'agisse des EVASANS,

1134. Lettre n° RWF/CB/cg.2010.L185 du 22 juillet 2010.

1135. Arrêté n° 1687/PR du 7 avril 2011 relatif aux attributions du ministre de l'économie, des finances, du travail et de l'emploi, en charge de la réforme fiscale, de la formation professionnelle, des réformes administratives et de la fonction publique, art. 2.

1136. Délibération n° 2000-39 APF du 30 mars 2000 modifiée portant adoption du statut du contrôle médical de la Caisse de prévoyance sociale, art. 10 al. 2.

1137. *Ibid.*, art. 1^{er}.

1138. Art. 2.

1139. Art. 3.

1140. Art. 4.

1141. *Ibid.*, art. 5 et suivants.

1142. Délibération n° 74-22 AT du 14 février 1974 modifiée instituant un régime d'assurance maladie invalidité au profit des travailleurs salariés; délibération n° 94-6 AT du 3 février 1994 modifiée définissant le cadre de la couverture sociale généralisée applicable aux résidents du territoire de la

des arrêts de travail etc. Il s'agit ainsi des décisions médicales prises par leurs confrères, notamment, libéraux conventionnés.

§ 2 – L'exercice libéral de la médecine

Outre les différentes libertés liées au statut du médecin privé et les différents modes d'exercice de la médecine libérale développés précédemment¹¹⁴³, le médecin exerçant son art dans le secteur libéral peut choisir de se placer sous le régime de la convention avec l'organisme de protection sociale ou hors-convention. Le système conventionnel polynésien, placé au centre des débats sur la maîtrise des dépenses de santé en raison du conflit entre le syndicat local de médecins libéraux et la Caisse de prévoyance sociale, directement inspiré de son homologue métropolitain (sous-paragraphe 1) présente toutefois un certain nombre de lacunes (sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 – Une vie conventionnelle inspirée de dispositifs métropolitains

En France métropolitaine, les rapports entre les médecins libéraux et les caisses d'assurance maladies sont régies par des conventions collectives «conclues séparément pour les médecins généralistes et les médecins spécialistes, par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et une ou plusieurs organisations syndicales les plus représentatives pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes ou de médecins spécialistes ou par une convention nationale conclue par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et au moins une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes et une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins spécialistes»¹¹⁴⁴. Le projet de convention fait ensuite l'objet d'une approbation par arrêté des ministres chargés de la Santé et de la Sécurité sociale¹¹⁴⁵.

En cas d'échec des négociations, un règlement arbitral est mis en place¹¹⁴⁶. Un arbitre est désigné «par l'Union nationale des caisses d'assurances maladie et au moins une organisation syndicale représentative des professionnels de santé libéraux concernés». Celui-ci devra alors établir une convention collective provisoire, soumise au conseil des ministres pour approbation et publication, pour une durée de cinq ans. À défaut, ou en cas d'opposition à la désignation de l'arbitre, le Haut-Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie procède à cette désignation.

En Polynésie française, les relations conventionnelles entre les médecins exerçant leur art dans le secteur libéral et l'organisme de protection sociale,

Polynésie française; délibération n°94-170 AT du 29 décembre 1994 instituant le régime d'assurance maladie des personnes non-salariées; délibération n°95-262 AT du 20 décembre 1995 modifiée instituant et modifiant les conditions du risque maladie des ressortissants du régime de solidarité.

1143. Voir *supra* Deuxième Partie – Titre premier – Chapitre 1^{er}: «Le statut privé» par A. Leca.

1144. Article L. 162-5 alinéa 1^{er} du Code de la Sécurité sociale.

1145. Article L. 162-15 alinéa 2 du même Code.

1146. *Idem*, article L. 162-14-2.

la Caisse de Prévoyance Sociale (CPS) sont régies par les dispositions de la délibération n°95-109 AT du 3 août 1995 modifiée. À l'instar du système métropolitain, la norme est la convention collective¹¹⁴⁷ conclue entre la CPS et le syndicat le plus représentatif, en l'espèce, le Syndicat des médecins libéraux de la Polynésie française (SMLPF). Tout comme son homologue métropolitain, le Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française est appelé à rendre un avis préalable sur le projet de convention destiné à organiser les rapports entre la CPS et les médecins libéraux¹¹⁴⁸. Le projet de convention collective entre en vigueur, avec l'accord des médecins libéraux¹¹⁴⁹, après approbation par arrêté pris en conseil des ministres et publié au Journal officiel de la Polynésie française¹¹⁵⁰. Une différence d'importance doit être toutefois soulevée. En Polynésie française, l'adhésion à la convention médicale procède d'un souhait exprès du médecin de se placer sous le régime conventionnel¹¹⁵¹. En France métropolitaine, la convention médicale s'applique aux médecins «qui n'ont pas manifesté expressément la volonté de s'y soustraire»¹¹⁵².

Sous-paragraphe 2 – Un dispositif lacunaire

Le dispositif conventionnel polynésien inspiré de son homologue métropolitain, s'il a pu fonctionner efficacement depuis son instauration en 1995, a récemment atteint ses limites en raison de ses nombreuses lacunes. En effet, d'une part, le dispositif polynésien ne prévoit l'existence que d'une seule forme alternative à la convention : l'exercice hors-convention (1). D'autre part, à la différence de la métropole, en cas d'échec des négociations, les médecins peuvent adhérer personnellement à une convention proposée par la CPS¹¹⁵³ (2). Enfin, aucun dispositif de règlement arbitral n'est prévu en Polynésie française (3).

1147. Délibération n°95-109 AT du 3 août 1995 modifiée relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur libéral et la Caisse de Prévoyance Sociale, article 1^{er}.

1148. Délibération n°2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils de l'Ordre des médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes, article 3-5° : «à ce titre, ils sont de problèmes généraux et de tout projet concernant la réglementation de la profession y compris les conventions de régulation des professions médicales».

1149. Le conseil des ministres, par arrêt n°60 CM du 19 janvier 2012 avait approuvé et rendu exécutoire les délibérations n°23-2011 CGRSPF du 24 novembre 2011, n°17-2011 CARNS du 25 novembre 2011 et n°37-2011 CA du 9 décembre 2011 relatives à la convention collective destinée à organiser les rapports entre la Caisse de Prévoyance Sociale et les médecins libéraux. Saisi d'un recours formé par le Syndicat des médecins libéraux de Polynésie française tendant à en obtenir l'annulation, le Tribunal administratif de la Polynésie française, dans son jugement n°1200061 du 29 mai 2012, avait estimé que : «le «projet de convention» qui doit être soumis aux trois régimes de protection sociale, avant sa signature par les parties à ce contrat, à l'approbation du conseil des ministres, doit avoir reçu l'accord du syndicat ; qu'antérieurement à cet accord, le «projet de convention» ne constitue qu'un contrat de travail sur lequel les parties doivent encore négocier» que le conseil des ministres ne pouvait approuver puisque constituant un acte unilatéral des trois régimes.

1150. Délibération n°95-109 AT du 3 août 1995 modifiée relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur libéral et la Caisse de Prévoyance Sociale, article 2.

1151. *Ibid.*, art. 3-1.

1152. Marise Badel, «Actualité du conventionnement médical : les stigmates de la crise», *Revue Droit & Santé* n°37, édition Les Etudes Hospitalières, septembre 2010, p. 426.

1153. *Idem*, article 22.

1) L'absence d'alternative au secteur à honoraires opposables

La France métropolitaine compte quatre secteurs d'exercice en matière de médecine libérale¹¹⁵⁴. Le premier, appelé secteur à honoraires opposables, impose aux médecins conventionnés des tarifs déterminés par les annexes de la convention nationale des médecins. En contrepartie, ils bénéficient « d'un régime particulier de Sécurité sociale pour lesquels les caisses d'assurance maladies peuvent prendre en charge une partie des cotisations »¹¹⁵⁵ au titre des articles L. 722-1 à L. 722-9 du Code de la Sécurité sociale.

Le second secteur, appelé « secteur à honoraires différents », créé en 1980¹¹⁵⁶, non pas selon le souhait des médecins libéraux, mais à l'initiative du gouvernement de Raymond Barre¹¹⁵⁷ « estimant que la Sécu n'avait plus – déjà... – les moyens leurs actes sur une valeur correcte »¹¹⁵⁸, permet des compléments d'honoraires, encadrés par la règle du « tact et de la mesure »¹¹⁵⁹. Il s'agissait alors de freiner l'évolution des dépenses de l'assurance maladie tout en revalorisant les revenus des médecins¹¹⁶⁰. En contrepartie, les médecins libéraux exerçant en secteur 2 renoncent aux avantages accordés par le premier secteur. Progressivement restreint à partir de 1990¹¹⁶¹, l'accès au secteur 2 est aujourd'hui réservé¹¹⁶² « aux médecins [s'installant] pour la première fois exercice libéral et titulaires des titres énumérés ci-après [...] :

- Ancien chef de clinique des université – assistants des hôpitaux dont le statut relève du décret n° 84-135 du 24 février 1984 ;
- Ancien assistant des hôpitaux dont le statut est régi par les articles R. 61502-501 et suivants du Code de la santé publique ;
- Médecin ou chirurgien des hôpitaux des armées dont le titre relève du

1154. Pour une étude détaillée des secteurs d'exercice libéral de la médecine, voir : A. Leca, *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, Les Études Hospitalières, 3^e édition, septembre 2012, p. 160-165.

1155. Antoine Leca, *op. cit.*, p. 161.

1156. Arrêté du 5 juin 1980 portant approbation de la convention nationale des médecins, *JORF* du 6 juin 1980, numéro complémentaire, p. 4938.

1157. Michel Chassang, « Les médecins sont mal rémunérés », *Le Monde*, 26 juillet 2012 – archive numérique.

1158. Olivier Auguste, « Les dépassements d'honoraires dans le viseur », *Le Figaro économie*, 24 juillet 2012 – édition numérique.

1159. Le décret n° 2008-1527 du 30 décembre 2008 relatif aux pénalités financières prévues à l'article L. 162-1-14 du Code de la Sécurité sociale, modifiant l'article R. 147-6 du même Code définissait 5 critères permettant le respect de la notion du « tact et de la mesure » : « Le respect du tact et de la mesure s'apprécie au regard de la prise en compte dans la fixation des honoraires de la situation financière de l'assuré, de la notoriété du praticien, de la complexité de l'acte réalisé et du temps consacré, du service rendu au patient, ainsi que du pourcentage d'actes avec dépassement et du montant moyen des dépassements pratiqués, pour une activité comparable, par les professionnels de santé exerçant dans le même département ».

1160. Sénat, Rapport n° 74 du 2 novembre 2011 – Projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2012 : examen des articles – Session ordinaire 2011-2012 p. 165, disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/111-074-7/111-074-7.html>

1161. Pour un historique de l'évolution et une analyse détaillée des conditions d'accès au secteur 2, voir Perle-Marie Pradel, *Le médecin libéral face au service public de la Sécurité sociale*, Thèse Droit, Angers, 2010, p. 76-85.

1162. Convention médicale en vigueur en France métropolitaine, art. 35.1

décret n° 2004-538 du 14 juin 2004 ;

- Praticien hospitalier renommé à titre permanent dont le titre relève du statut des articles R. 6152-1 et suivants du Code de la santé publique ;
- Praticiens des hôpitaux à temps partiel comptant au minimum cinq années d'exercice dans ces fonctions et dont le statut relève des articles R. 6152-201 et suivants du Code de la santé publique».

Le secteur 3 correspond en réalité à l'activité médicale libérale hors convention¹¹⁶³. Les honoraires sont libres. Les médecins libéraux non conventionnés sont également tenus de respecter les dispositions de l'article 53 du Code de déontologie médicale relatives au tact et à la mesure.

Le dernier secteur, appelé «secteur optionnel», «se présente comme une sorte d'hybride, certains de ses traits étant ceux du secteur 1, d'autres ceux du secteur 2»¹¹⁶⁴. Proposés aux médecins du secteur 2, le secteur optionnel impose au médecin adhérent de pratiquer certains tarifs¹¹⁶⁵ :

«Pour les actes qu'il effectue pour les patients qui entrent dans le parcours de soins coordonnés [...] :

- Pour les actes cliniques : les tarifs opposables sans dépassement ;
- Pour les actes techniques : les tarifs opposables avec un dépassement pratiqué avec tact et mesure plafonné pour chaque acte à 20 % de sa valeur ;
Pour l'ensemble de son activité [...] :
- Pour les actes cliniques, un ratio honoraires sans dépassements sur honoraires totaux égal ou supérieur à 30 %, avec pour base le système national interrégimes des professionnels de santé (SNIR-PS) ;
- Pour les actes techniques, un ratio honoraires sans dépassements sur honoraires totaux égal ou supérieur à 30 %, avec pour base le SNIR-PS».

En contrepartie, les caisses d'assurance maladie participent au financement d'une partie des cotisations sociale du médecin adhérent, dues au titre des honoraires¹¹⁶⁶.

En Polynésie française la seule alternative au secteur à honoraires opposables est le déconventionnement total, qu'il soit imposé en raison d'une sanction pour non respect des règles conventionnelles¹¹⁶⁷, du gel des conventionnements¹¹⁶⁸, ou simplement du choix du médecin¹¹⁶⁹. Les honoraires et frais accessoires des médecins non conventionnés sont remboursés sur la base d'un tarif d'autorité déterminé par arrêté pris en conseil des ministres¹¹⁷⁰.

Demandé en Polynésie française par certains médecins libéraux au

1163. L'exercice médicale en «secteur 3» résulte soit du libre choix du praticien, soit d'un déconventionnement-sanction prononcé à son encontre, ce qui majoritairement le cas : Marise BADEL, *op. cit.*, p. 421

1164. *Ibid.*, p. 425.

1165. Convention médicale de 2011, art. 36.

1166. *Ibid.* art. 37.

1167. Articles 3 2° et 5 3° alinéa 14 de la délibération 95-109 AT du 3 août 1995 modifiée susmentionnée.

1168. *Ibid.*, article 3 4°.

1169. *Ibid.*, article 3 1°, le médecin dispose d'un délai d'un mois, à compter de la notification de la convention pour indiquer à la Caisse de Prévoyance Sociale s'il désire ou non se placer sous le régime de la convention.

1170. Voir *infra*, Sous-paragraphe 3 – «Un système de cotation des actes médicaux particulier».

cours des négociations avec la CPS autour d’une convention collective¹¹⁷¹, le secteur 2 aura bien du mal à être mise en place, en raison de l’hésitation des partenaires sociaux redoutant un frein à l’accès aux soins des patients et une augmentation incontrôlée des dépenses de santé. S’il est difficile de leur donner tort, au regard de l’exemple métropolitain¹¹⁷², il convient de rappeler d’une part, que les médecins pratiquant les compléments d’honoraires sont toujours tenus par les dispositions de l’article 53 du Code de déontologie médicale relatif à la règle «du tact et de la mesure» dans la détermination des honoraires. La fixation de ces honoraires est soumise au contrôle du Conseil de l’Ordre de la Polynésie française. D’autre part, eu égard aux conditions restrictives d’accès au secteur 2 applicables en France métropolitaine et aisément transposables dans la réglementation polynésienne, le nombre de médecins pouvant pratiquer des compléments d’honoraires serait limité, n’entravant en rien l’accès aux soins pour la population polynésienne. Une première alternative pourrait résider dans une revalorisation des honoraires des médecins généralistes et spécialistes. En effet, en France métropolitaine, «revaloriser le secteur 1 fera baisser mécaniquement le volume des compléments d’honoraires. L’incitation à s’installer en secteur 2 disparaîtrait»¹¹⁷³. Transposée à la Polynésie française, cette analyse conduirait à apaiser la revendication syndicale autour de la mise en place d’un secteur 2. Une seconde alternative consisterait à instaurer, en lieu et place du secteur 2, un secteur optionnel calqué sur celui prévu par les articles 36 et 37 de l’actuelle convention médicale métropolitaine, reprenant les conditions d’accès au secteur 2 métropolitain.

Une telle initiative aurait le mérite de revaloriser les revenus des médecins et ainsi rendre la Polynésie française de nouveau attractive, permettant un renouvellement de la population médicale vieillissante¹¹⁷⁴, ralentissant d’autant la désertification médicale. En effet, lorsque l’on compare le coût moyen d’une consultation chez un médecin libéral dans différents pays du Pacifique, selon un communiqué adressé à la presse locale par le Syndicat des médecins libéraux, l’on constate que la Polynésie française souffre d’un retard conséquent :

Région/Ville	Coût de la consultation en XPF	Coût de la consultation en euros
Tahiti	3600	30,16
Auckland	3720	31,17
Santiago	3960	33,18

1171. Cette revendication a d’ailleurs constitué l’un des points de blocage des négociations autour d’une convention collective en 2012. Voir en ce sens : Serge Massau, «Liberté tarifaire, plan B des taote», *Les Nouvelles de Tahiti*, 17 février 2012 – archive numérique.

1172. Voir en ce sens : «Honoraires libres : pourquoi les médecins résistent – 2,4 milliards d’euros de dépassements d’honoraires en 2011», *Le Monde*, 26 juillet 2012 – archive numérique ; Olivier AUGUSTE, *op. cit.*

1173. Michel Chassang, *op. cit.*

1174. Voir *supra*, l’analyse de la démographie médicale polynésienne réalisée en introduction du présent ouvrage par le Dr G. Detrun.

Nouvelle-Calédonie	4050	33,93
Sydney	4490	37,63
Tokyo	6000	50,28
San Francisco	8880	74,58
Hawaii	8900	74,58
Los Angeles	13320	111,62
Tonga	14700	123,18

Sources : *Syndicat des médecins libéraux de la Polynésie française et La dépêche de Tahiti*¹¹⁷⁵.

2) La convention individuelle, un système potentiellement anti-déontologique

Comme indiqué précédemment, la convention collective est la norme en matière de rapports entre la CPS et les médecins libéraux. La dernière avait été conclue pour la période 2009-2012. Arrivant à échéance le 22 janvier 2012, les trois régimes de protection sociale gérés par la CPS avaient dénoncé la convention collective le 3 mars 2011. Suite à l'échec des négociations entre le Syndicat des médecins libéraux de Polynésie française et la CPS, le conseil des ministres, par arrêté n° 62/CM du 19 janvier 2012 avait approuvé une convention individuelle type destinée à organiser les rapports entre le médecin libéral et cette dernière. Il ne s'agit, d'ailleurs, pas du premier recours à la convention individuelle. En effet, des conventions individuelles furent proposées en 2003¹¹⁷⁶ puis en 2008¹¹⁷⁷, mais celles-ci ne firent pas l'objet de signature¹¹⁷⁸.

Instituée en 1995¹¹⁷⁹, la convention individuelle polynésienne s'inspire directement du dispositif métropolitain des années 1960, issu du décret « Bacon »¹¹⁸⁰ puis abandonné à partir 1971¹¹⁸¹. En effet, le décret de 1960 modifié

1175. « Santé – Le Syndicat des médecins libéraux de Polynésie française (SMLPF) veut traiter directement avec le ministre – Conflit Taote-CPS : rien ne va plus », *La dépêche de Tahiti*, 26 mars 2012 – archive numérique.

1176. Arrêté n° 513/CM du 16 avril 2003 portant approbation des délibérations n° 14 CG.RST du 14 avril 2003, n° 16 CA et n° 15 CARNs du 10 avril 2003 relatives à la convention individuelle type entre la Caisse de prévoyance sociale et le médecin libéral, *JOPF* 2003 n° 16 NC du 17 avril 2003, p. 680.

1177. Arrêté n° 882/CM du 17 juillet 2008 approuvant le projet de convention type médicale individuelle entre la Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française et le médecin libéral.

1178. La convention individuelle de 2003, l'arrêté n° 513/CM du 16 avril 2003 fut annulé par le Tribunal administratif de la Polynésie française, dans un jugement n° 0300257, 0300258, 0300259, 0300269 du 10 juin 2003. Quant à la convention individuelle de 2008, elle n'est tout simplement jamais entrée en vigueur, une convention collective ayant été signée en 2009 : arrêté n° 69/CM du 15 janvier 2009 approuvant la convention destinée à organiser les rapports entre la Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française et les médecins libéraux.

1179. Délibération n° 95-109 AT du 3 août 1995 relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur libéral et la Caisse de Prévoyance Sociale, article 22.

1180. Décret n° 60-451 du 12 mai 1960 modifié relatif aux soins médicaux dispensé aux assurés sociaux, *JORF* du 13 mai 1960, p. 4356.

1181. Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 relative aux caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux, *JORF* du 6 juillet 1971, p. 6571.

par un décret de 1966¹¹⁸², autorisait, en son article 2 VI, les médecins, en cas d'absence de convention collective, à «adhérer personnellement aux clauses obligatoires de la convention type ainsi qu'à celles des clauses facultatives complémentaires qui ont été adoptées conjointement par la caisse régionale de Sécurité sociale après avis de la ou des caisses régionales primaires intéressés, et par la caisse de mutualité sociale agricole».

En Polynésie française, le principal grief soulevé à l'encontre des conventions individuelles, outre leurs stipulations sujettes à caution¹¹⁸³, concerne l'aliénation de l'indépendance professionnelle du médecin. Celle-ci se révèle tant dans le principe même de la convention individuelle, laissant le médecin seul face à l'organisme de protection sociale (a), que dans l'obligation concrète lui étant fait d'y adhérer (b). Enfin, les conventions individuelles proposées jusqu'à lors, prévoyaient toutes des mécanismes propres à placer le médecin libéral dans une position de subordination vis-à-vis de la CPS (c).

a) Le médecin signataire d'une convention individuelle, seul face à l'organisme de protection sociale

L'article 1^{er} de la délibération de 1995 prévoit une négociation entre l'organisme de protection sociale et le ou les syndicats les plus représentatifs de la profession libérale. Dans le cadre d'une convention individuelle (article 22), le médecin se retrouve seul face à l'organisme de protection social. La différence est notable : dans le premier cas, il s'agit de «la convergence des volontés des professionnels de santé [exprimés collectivement] et [l'organisme d'assurance maladie]»¹¹⁸⁴, le médecin signataire bénéficie ici de la protection du syndicat face à l'organisme de protection sociale, les plaçant de fait sur un pied d'égalité. Dans le second cas, le médecin qui souhaite intégrer le dispositif conventionnel, se trouve seul face à l'organisme de protection sociale, sans soutien d'un syndicat. Il doit alors adhérer à un contrat d'adhésion dont il n'aura aucune possibilité d'en négocier les clauses.

Cela est d'autant plus criant lorsque, par exemple, la convention de 2003 stipulait en son article 27 § 2 alinéa 4, relatif au suivi des objectifs individuels des dépenses médicales opposables au praticien signataire, que «tout dépassement injustifié ou non médicalement autorisé, de son objectif individuel relatif aux honoraires par un médecin oblige celui-ci à un reversement et ce, sans préjudice de l'application de l'article 14 § 2-A de la présente convention». Le Tribunal administratif de la Polynésie française¹¹⁸⁵ avait alors estimé que l'absence de précision quant aux critères retenus pour évaluer le caractère justifié des dépassements de cet objectif «constitue en outre, une violation du principe d'égalité entre les médecins devant les contraintes financières nécessaires à

1182. Décret n° 66-21 du 7 janvier 1966 modifiant le décret n° 60-451 du 12 mai 1960 relatif aux soins dispensés aux assurés sociaux, art. 1^{er}, *JORF* du 8 janvier 1966, p. 226.

1183. Pour une analyse détaillée de la convention individuelle actuellement en vigueur, voir *supra*, Première Partie – Titre I – Chapitre 2 – Section 2 : «La convention médicale en vigueur pour les médecins».

1184. Marise BADEL, *op. cit.*, p. 426.

1185. TAPF, 10 juin 2003, jugement n° 0300257, 0300258, 0300259, 0300269.

l'équilibre des régimes de protection sociale».

La mise en place de conventions individuelles permet de retirer au Syndicat des médecins libéraux de la Polynésie française «tout moyen d'agir [ainsi que] sa raison d'être»¹¹⁸⁶ et par là même d'«isoler les *taote*»¹¹⁸⁷.

b) La contrainte exercée sur le médecin quant à l'adhésion à la convention individuelle.

On pourrait être tenté de rappeler que l'adhésion à une convention individuelle ne figure pas au nombre des conditions d'accès et d'exercice de la médecine et, par voie de conséquences, que le médecin libéral n'est pas forcé d'adhérer à ladite convention¹¹⁸⁸. Il convient toutefois de noter tout d'abord, que si l'exercice libéral de la médecine hors convention existe bien en Polynésie française, son caractère minoritaire résulte non pas d'une volonté réelle des médecins non-conventionnés, pour la très grande majorité des cas, mais du gel du conventionnement imposé depuis 1998¹¹⁸⁹.

Ensuite, en Polynésie française, nombre de communes ne disposent que de très peu, voir qu'un seul médecin libéral. L'exercice hors-convention a pour corollaire l'absence de tiers-payant et le remboursement des frais de santé sur la base d'un tarif d'autorité relativement bas. Ainsi, l'adhésion à la convention individuelle représente, pour le patient n'ayant accès qu'à une offre de soins limité en raison de la démographie médicale, une nécessité¹¹⁹⁰.

Enfin, le médecin, pour assurer la pérennité, la viabilité économique de son cabinet dans une zone à forte densité médicale telle que sur l'île de Tahiti¹¹⁹¹, en l'absence de convention collective, n'a d'autre choix que d'adhérer à une convention individuelle devient indispensable¹¹⁹². Le commissaire du

1186. Serge Massau, «Comment la CPS veut isoler les *taote*», *Les Nouvelles de Tahiti*, 27 juillet 2012 – archive numérique.

1187. *Ibid.*

1188. La question de l'obligation imposée au médecin d'adhérer à une convention individuelle s'était posée en 2002, à l'occasion du conflit opposant les médecins libéraux dans leur grande majorité à la Caisse de prévoyance sociale. Le saisi d'un référé liberté, le Tribunal administratif de la Polynésie française, dans une ordonnance n°02-00572 du 10 octobre 2002 avait estimé que «les mises en demeure adressées à chaque médecin d'adhérer à une convention individuelle, méconnaissent le droit de représentation syndicale et le principe des négociations collectives prévues par la délibération du 8 août 1995 relative aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la Caisse de prévoyance sociale et constitue une décision unilatérale de rupture des négociations».

1189. Délibération n°98-164 APF du 15 octobre 1998 relative à la maîtrise du conventionnement des médecins libéraux, article 2.

1190. Dans le cadre du conflit opposant les médecins libéraux et la CPS, à l'occasion du déconventionnement, certains médecins ont constaté une baisse de fréquentation de leur cabinet par leurs patients en «longue maladie», ces derniers, en l'absence d'une prise en charge en tiers-payant et de remboursement adéquat de leur frais de santé, ont préféré différer leurs soins. Voir en ce sens, Serge Massau, «CPS/Taote : à chacun son plan B», *Les Nouvelles de Tahiti*, 11 juin 2012 – archive numérique.

1191. Au 14 septembre 2012, sur les 220 médecins libéraux conventionnés que compte la Polynésie française, plus de la moitié exercent leur art dans la ville de Papeete. La liste des médecins libéraux conventionnés est disponible sur le site internet de la Caisse de prévoyance sociale à l'adresse suivante : http://www.cps.pf/files/20120914_medecinsliberaux_0.pdf

1192. Les conséquences d'un déconventionnement ont également eu de fortes répercussions sur le

gouvernement, à l'occasion du recours en excès de pouvoir formé par le Syndicat des médecins libéraux à l'encontre de l'arrêté n° 513/CM du 16 avril 2003 précité, en ce qui concerne le caractère non séparables dudit arrêté et de l'arrêté n° 514/CM susmentionné relatif aux tarifs d'autorité, résumait d'ailleurs la situation ainsi : « les praticiens n'auront pas le choix : s'ils ne sont pas individuellement conventionnés, ils seront soumis au tarif d'autorité ».

c) Des mécanismes récurrents permettant un pouvoir discrétionnaire de la CPS quant à l'exercice même de la médecine libérale

Les conventions individuelles de 2003, de 2008 et de 2012 prévoient des mécanismes permettant la subordination directe du médecin à la Caisse de prévoyance sociale.

Ainsi, par exemple, concernant l'article 27 § 2 alinéa 4 de la convention individuelle de 2003¹¹⁹³, le Tribunal administratif de la Polynésie française avait considéré à cet effet qu'il s'agissait d'un « mécanisme de tutelle conf[érant] aux organismes de protection sociale et à leur administration de tutelle un pouvoir discrétionnaire sur l'évolution de la clientèle des médecins, et par suite, sur la liberté de choix des médecins par leur patients ».

La convention individuelle de 2008 prévoyait, elle, en son article 6 § 4 intitulé « Exercice conventionnel et effectif de la profession en libéral », qu'« [à] partir du [relevé individuel d'activité professionnels], la Caisse vérifie si le praticien dispose d'un nombre d'actes et/ou de patients plus faible de 75 % au moins par rapport à la moyenne des médecins de même qualification reconnue par le Conseil de l'Ordre. Dans l'affirmative, elle rappelle à l'intéressé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, les dispositions des alinéas 1 et 2 du présent paragraphe 4, et informe qu'il dispose d'un délai de trente (30) jours à compter de la réception de la lettre recommandée pour donner des explications sur sa faible activité. À défaut, la CPS procède à la radiation d'office du médecin concerné qui est réputé avoir définitivement cessé d'exercer ». Le CNOM s'étonnait à cet égard, dans un courrier du 21 octobre 2008, suite à sa saisine par le Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française, de l'obligation conventionnelle faite au médecin d'avoir d'un taux d'activité minimum en-dessous duquel le médecin s'exposait à un déconventionnement de la part de la Caisse.

La convention individuelle de 2012 quant à elle, outre ses stipulations anti déontologiques et portant atteintes aux droits et intérêts tant des patients, que des médecins ainsi que du Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française¹¹⁹⁴, prévoit de réguler le chiffre d'affaire des cabinets médicaux par la

taux d'occupation des différents services des cliniques privées Cardella et Paofai, mettant ainsi en péril sa situation économique et faisant peser, de fait, un risque conséquent sur les emplois qu'elles génèrent. Voir en ce sens, Serge Massau, « CPS/Taote : à chacun son plan B », *Les Nouvelles de Tahiti*, 11 juin 2012 – archive numérique.

1193. Voir *supra* a).

1194. Voir *supra* Première Partie – Titre I – Chapitre 2 – Section 2 : « La convention médicale en vigueur pour les médecins ».

modification du coefficient multiplicateur¹¹⁹⁵ permettant la cotation des actes¹¹⁹⁶.

Enfin, les trois conventions individuelles mettent en place un mécanisme de sanction du médecin conventionné par le directeur de la Caisse, après une procédure à minima¹¹⁹⁷. La Caisse se place dès lors dans une position de juge, partie et «bourreau»¹¹⁹⁸.

3) L'absence de règlement arbitral

À la différence de la métropole, il n'existe, en Polynésie française, aucun mécanisme de règlement arbitral en ce qui concerne les rapports conventionnels entre les médecins libéraux et la CPS.

Un projet de règlement conventionnel inspiré du système métropolitain a été proposé par le Ministre de la Santé et de la Solidarité en 2012 faisant l'objet d'un avis du Conseil Économique Social et Culturel (CESC) du 4 juillet 2012¹¹⁹⁹. Celui-ci avait suscité de nombreuses réserves de la part des membres du CESC. En effet, là où le système métropolitain prévoit la désignation d'un arbitre par les deux parties, le règlement conventionnel permet au gouvernement d'«imposer» une convention collective type transitoire. Le CESC avait d'ailleurs estimé, outre l'absence de «garde-fous» quant aux dérives budgétaires potentiels qu'il pourrait entraîner, que «la procédure de «règlement conventionnel» est assimilé à tort par le gouvernement à celle du «règlement arbitral» qui prévaut en France (et qui devrait lui être préférée), son appellation ambiguë ne doit pas masquer qu'il s'agit d'une procédure d'autorité»¹²⁰⁰.

Le règlement arbitral tire sa légitimité de l'arbitre l'ayant établi. En effet, la

1195. Le coût d'un acte médical en Polynésie française correspond à l'application d'un coefficient multiplicateur au coût métropolitain du même acte. Ce coefficient multiplicateur permet de prendre en compte les différences de coût entre la Polynésie française et la métropole, qu'il s'agisse du coût de la vie, du coût des matériels médicaux, ainsi que de l'assurance professionnelle auxquels les médecins sont astreints.

1196. Ce coefficient est à l'heure actuelle d'environ 1,97. Il devrait être ramené à 1,4 au début d'année 2013, entraînant une baisse du chiffre d'affaire des médecins spécialistes de l'ordre de 15 %, avec un «pic» à 27 % pour les radiologues et 22 % pour les pneumologues. Seul l'application d'un coefficient de 1,8 permettrait le maintien du chiffre d'affaires des médecins libéraux (généralistes et spécialistes confondus). Voir ce sens : «Les chiffres pour tout comprendre», *Les Nouvelles de Tahiti*, 3 mars 2012 – archive numérique.

1197. Articles 13 des trois conventions.

1198. Voir *supra* Première Partie – Titre I – Chapitre 2 – Section 2 – § 2 – Sous-paragraphe 2 – 2) : «Sur la violation des droits de la défense».

1199. Conseil économique social et culturel, avis n° 130/2012 sur le projet de «loi du pays» relatif aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la Caisse de prévoyance sociale, adopté en séance plénière le 4 juillet 2012. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.cesc.pf/pdf/Avis%20130-2012.pdf?ml=2&mlt=system&tmpl=component>

À la date où ces lignes sont écrites, on apprend que le «projet de loi du Pays relatif aux rapports entre les professionnels de santé du secteur privé et la Caisse de prévoyance sociale» a été retiré, le jeudi 13 décembre, de l'ordre du jour de la 8^e et dernière séance de la session budgétaire 2013. Il avait déjà été inscrit et déjà retiré, de l'ordre du jour de la première séance, le 20 septembre 2012. Le «texte n'est pas mûr» aurait-on entendu dans les couloirs de l'Assemblée de Polynésie française, ces derniers jours (http://www.tahiti-infos.com/CPS-professionnels-de-sante-le-reglement-conventionnel-passe-a-la-trappe_a63342.html)

1200. *Idem*, p. 3 de la partie «Avis – Observations du CESC».

désignation de celui-ci par les deux parties au différend, rencontre de leurs volontés et consentements, garantie sa neutralité. Le règlement arbitral s'impose dès lors aux parties au litige. C'est à ce titre qu'un arrêté du ministre de la santé du gouvernement central approuvait, en 2010, le règlement arbitral « minimal »¹²⁰¹ organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'organisme de protection sociale en l'absence de convention collective¹²⁰². Les syndicats des médecins libéraux métropolitains et l'Union nationale des caisses d'assurance maladie parvenaient rapidement à un accord en 2011¹²⁰³ sans pour autant que les ressortissants des organismes de protection sociale n'aient réellement à pâtir d'une situation de blocage totale des discussions.

Le règlement conventionnel polynésien, en ce qu'il est établi par le gouvernement, ne saurait s'imposer aux parties. En cas de désaccord persistant de l'une des deux parties et en l'absence du caractère négocié de la convention « imposée » par le gouvernement, des mesures dilatoires ainsi qu'un recours devant le juge administratif est toujours envisageable. La situation de conflit ne s'en trouvera dès lors pas totalement apaisée. Ce règlement conventionnel aurait toutefois le mérite d'inciter fortement les parties à revenir à la table des négociations en vue de la signature d'une convention autre que celle « imposée » par le gouvernement.

Le dispositif de vie conventionnelle en Polynésie française n'est donc assorti d'aucun mécanisme de règlement rapide des conflits entre la CPS et les médecins libéraux. Ce système a d'ailleurs récemment montré ses limites¹²⁰⁴ à l'occasion du contentieux qu'ont suscité les négociations autour d'une nouvelle convention collective¹²⁰⁵. Ainsi, en cas de conflit entre la CPS et le SMLPF, le risque de détérioration du système de santé polynésien est non négligeable :

- Les dépenses de santé de ressortissants des régimes de protection sociale ne sont remboursées que sur la base d'un tarif d'autorité arrêté par le Conseil des Ministres, nécessairement moins élevé que le tarif conventionnel¹²⁰⁶ ;
- Faute de remboursement suffisant de leurs frais médicaux, les patients pourraient reporter leurs dépenses médicales. À terme, le risque en terme de santé publique est évidemment conséquent ;
- La mise en danger du secteur libéral liée à la forte diminution de la fréquentation

1201. Marise Badel, *op. cit.*, p. 427.

1202. Arrêté du 3 mai 2010 portant approbation du règlement arbitral applicable aux médecins libéraux en l'absence de convention médicale.

1203. La convention nationale en vigueur fut conclue le 26 juillet 2011 et approuvée par arrêté du 22 septembre 2011.

1204. Voir *supra* 2) : « La convention individuelle, un système potentiellement anti-déontologique ».

1205. Rappelons que les arrêtés n° 60/CM du 19 janvier 2012 approuvant et rendant exécutoires les délibérations n° 23-2011/CG.RSPF du 24 novembre 2011, n° 17-2011/CA.RNS du 25 novembre 2011 et n° 37-2011/CA du 9 décembre 2011 relatives à la convention collective destinée à organiser les rapports entre la Caisse de prévoyance sociale et les médecins libéraux, n° 61 CM du 19 janvier 2012 approuvant et rendant exécutoires les délibérations n° 24-2011/CG.RSPF du 24 novembre 2011, n° 18-2011/CA.RNS du 25 novembre 2011 et n° 38-2011/CA du 9 décembre 2011 relatives à la convention individuelle type entre la Caisse de prévoyance sociale et le médecin libéral, et n° 62/CM du 19 janvier 2012 approuvant le projet de convention individuelle type destinée à organiser les rapports entre le médecin libéral et la Caisse de prévoyance sociale ont fait l'objet de recours devant le tribunal administratif de la Polynésie française par le SMLPF.

1206. Arrêté n° 809 CM du 28 juillet 1995 fixant les tarifs d'autorité de la Caisse de Prévoyance Sociale pour les actes dispensés par les praticiens médicaux et paramédicaux non conventionnés, modifié notamment en début d'année 2012 (arrêté n° 431 CM du 26 mars 2012).

des structures de soins privées.

Face à la nécessité de conserver une offre de soins à la hauteur des enjeux en termes de santé publique, et en raison des spécificités tant géographiques qu'économiques de la Polynésie française, un mode nouveau d'exercice de la médecine tend à se développer. Si la télémédecine est naissante en France métropolitaine, elle n'en est, en Polynésie française, qu'au stade «embryonnaire».

§ 3 – La télémédecine

La télémédecine, mode nouveau d'exercice de la médecine tend à se développer en Europe¹²⁰⁷ et notamment en France métropolitaine¹²⁰⁸ (sous-paragraphe 1). Au regard des spécificités de la Polynésie française, son adaptation dans la réglementation polynésienne apparaît de plus en plus nécessaires (sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 – La télémédecine en France métropolitaine

Evoquée «timidement»¹²⁰⁹ dans la loi de 2004¹²¹⁰, puis introduite dans le Code de la santé publique en HPST de 2009¹²¹¹, la télémédecine est une «application des technologies de l'information et de la communication (TIC) à l'exercice de la médecine»¹²¹².

L'article L. 6316-1 du Code de la santé publique définit la télémédecine comme «une forme de pratique médicale à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication. Elle met en rapport, entre eux ou avec un patient, un ou plusieurs professionnels de santé, parmi lesquels figure nécessairement un professionnel médical et, le cas échéant, d'autres professionnels de santé apportant leurs soins au patient».

Le second alinéa du même article aborde l'éventail d'actes médicaux réalisables par le biais de la télémédecine. La télémédecine permet donc «d'établir un diagnostic, d'assurer pour un patient à risque, un suivi à visée préventive ou un

1207. Le développement de la télémédecine en Europe a récemment fait l'objet d'un dossier d'étude de la Commission européenne. Voir en ce sens : Le défi de la télémédecine en Europe (FR), Dossiers européens n° 20, Juin-Juillet 2010, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/information_society/activities/health/docs/publications/2010/2010europ-files-telemedecine_fr.pdf

1208. La télémédecine a d'ailleurs fait l'objet d'un rapport du CNOM en 2009 : *Télémédecine – Les préconisations du Conseil national de l'Ordre des médecins*, Rapport de janvier 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/telemedecine-747>

1209. Lydia Morlet-Hatdara, Délia Lalal-löfskog, «La télémédecine et la protection des données de santé par la loi informatique et libertés», *Revue générale de droit médical*, n° 44, septembre 2012, p. 335.

1210. L'article 32 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie définit la télémédecine ainsi : «La télémédecine permet, entre autres, d'effectuer des actes médicaux dans le strict respect des règles de déontologie mais à distance, sous le contrôle et la responsabilité et le contrôle d'un médecin en contact avec le patient par des moyens de communication appropriés à la réalisation de l'acte médical».

1211. Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, dite loi «HPST», article 78.

1212. CNOM, *Télémédecine – Les préconisations du Conseil national de l'Ordre des médecins*, Rapport de janvier 2009, p. 1.

suivi post-thérapeutique, de requérir un avis spécialisé, de préparer une décision thérapeutique, de prescrire des produits, de prescrire ou de réaliser des prestations ou des actes, ou d'effectuer une surveillance de l'état des patients».

Le CNOM estimait, à l'époque, que la définition donnée de la télé médecine par le Législateur à travers la loi HPST de 2009 n'était pas de nature à « lever tout ambiguïté concernant l'étendue du domaine concerné »¹²¹³ par la télé médecine et en préconisait une définition « par une typologie des actes considérés : téléconsultation, télé expertise, télésurveillance et téléassistance médicale »¹²¹⁴.

Un décret de 2010¹²¹⁵ vint préciser les actes relevant de la télé médecine ainsi que l'organisation de la pratique télé médicale, ajoutant un chapitre entier au Code de la santé publique. À cet effet, l'article R. 6316-1 du Code de la santé publique définit cinq actes relevant de la télé médecine :

La téléconsultation ayant pour objet de permettre aux professionnels médicaux de donner des consultations à distance, avec la présence ou non, aux côtés du patient, d'un professionnel médical ou d'un psychologue¹²¹⁶ ;

La télé expertise ayant pour objet de permettre à un professionnels de santé, sur la base de données médicales relatives à la prise en charge d'un patient, de demander l'avis d'un ou plusieurs professionnels de santé en raison de leurs compétences spécifiques ;

La télésurveillance permettant à un professionnel de santé d'interpréter les données médicales relatives à un patient et de prendre les décisions relatives à la prise en charge de ce dernier ;

La télé-assistance permettant à un professionnel médical d'assister un autre professionnel de santé dans la réalisation d'un acte ;

La réponse médicale apportée dans le cadre de l'aide médicale d'urgence et de la permanence des soins ;

En termes d'organisation, au sens de l'article R. 6316-6 du Code de la santé publique, la télé médecine fait l'objet :

- soit d'un programme national défini par le ministre en charge de la santé ;
- soit de contrats pluriannuels d'objectifs passés entre l'Agence Régionale de Santé (ARS) et l'établissement de santé signataire ;
- soit d'un contrat signé par l'ARS et un professionnel libéral de santé ou tout organisme œuvrant dans ce sens.

L'activité de télé médecine nécessite, d'une part, une formation spécifique¹²¹⁷. À l'instar de tout acte médical, les professionnels de santé qui recourent à la télé médecine sont soumis à une obligation d'information de leurs patients et est conditionné par le recueil préalable du consentement de ces derniers, celui-ci pouvant être exprimé par voie électronique¹²¹⁸.

1213. *Ibid.* p. 6.454-4

1214. *Ibid.*

1215. Décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télé médecine.

1216. Selon l'article R. 6316-1 du Code de la santé publique, « les psychologues mentionnés à l'article 44 de la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses mesures d'ordre social peuvent être [...] présent aux côtés du patient ».

1217. CSP, art. R. 6316-9.

1218. CSP art. R. 6316-10 al. 2.

Sous-paragraphe 2 – Une adaptation nécessaire de la réglementation polynésienne

L'appréhension de la santé en Polynésie française et de son offre de soins passe nécessairement par l'étude de trois constats.

D'une part, celle-ci, comptait en 2007 environ 264 736¹²¹⁹ habitants répartis sur un espace aussi vaste que l'Europe¹²²⁰, comptant 118 îles dont 76 îles habitables¹²²¹. L'offre de soins résulte d'un « maillage des antennes de santé sur les différentes îles trouv[ant] son origine dans le système militaire dont la Polynésie a hérité les compétences au travers du statut de 1984 »¹²²². Son maintien et son amélioration nécessite un recrutement conséquent de médecins par la Direction de la Santé. Or, le Conseil Économique, Social et Environnemental relevait en 2009 que ce recrutement était problématique : « [I] a suppression des VAT a provoqué l'attrition de la présence médicale sur les archipels. L'attractivité ne semble pas suffisante, en raison du salaire comme du statut proposés, de l'isolement des postes, des temps et charges de travail. Un médecin isolé doit, en sus de son activité de soins, assumer une mission de management et de gestion administratives inhérentes à la fonction publique territoriale et un plan de formation continue difficile à mettre en œuvre, alors que la perte de compétence et de technicité constitue le risque principal pour les personnels. Le déficit de médecins sur les archipels est patent et le turnover est élevé »¹²²³, avant de poursuivre ainsi quant aux médecins libéraux : « [p]eu de médecins libéraux sont installés en dehors de Tahiti alors même qu'un gel des conventionnements y a été mis en place »¹²²⁴, pour les mêmes raisons.

Une solution avait été trouvée en 2009 par la Direction de la Santé¹²²⁵ : habiliter les infirmiers, après une formation qualifiante, d'une part, à pratiquer les actes nécessaires à la prise en charge du patient, le cas échéant avec avis d'un médecin référent¹²²⁶, d'autre part, à prescrire et délivrer des médicaments, dans la limite des spécialités figurant sur une liste établie et validée par la commission

1219. Décret n°2007-1886 du 26 décembre 2007 authentifiant les résultats du recensement de la population de la Polynésie française effectué en 2007.

1220. Le territoire de la Polynésie française représente 5,5 millions de km² dont 3 500 habitables, comparé à une superficie de 550 000 km² pour la France métropolitaine. Voir en ce sens le site internet du Haut-Commissariat de la République en Polynésie française : <http://www.polynesie-francaise.pref.gouv.fr/Presentation-de-la-PF/Geographie-Climat>

1221. À titre indicatif, si l'on plaçait l'île de Tahiti sur la ville de Paris, l'archipel septentrional des Marquises se situerait au niveau de la Suède, tandis que l'archipel méridional des Australes se situerait entre la Côte d'Azur et la Sardaigne. Quant aux îles Gambiers, situées au Sud-Est de la Polynésie française, celles-ci seraient localisées en Bulgarie. Voir en ce sens la présentation de la Polynésie française réalisée par l'Office polynésien du Tourisme à l'adresse suivant : http://www.tahiti-tourisme.pf/fileadmin/medias/tahiti/docs/art_libre_droits_NATURE_ET_ENVIRONNEMENT.pdf

1222. Conseil économique, social et environnemental, *L'offre de santé dans les collectivités ultramarines*, Rapport présenté par Mme Jacqueline Andre-Cormier, Les éditions des Journaux officiels, séances des 23 et 24 juin 2009, p. II-17.

1223. *Ibid.*, p. II-18

1224. *Ibid.*

1225. Projet de « loi du pays » relatif à l'exercice de la profession d'infirmier dans les centres et postes de santé de la Direction de la Santé de la Polynésie française.

1226. *Ibid.*, art. LP 4.

des médicaments et des dispositifs médicaux (COMEDIM) de la Direction de la Santé¹²²⁷. Saisi pour avis, le Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française¹²²⁸ avait alors estimé, tout d'abord, que l'emploi des termes « formation qualifiante », conduisait à « banaliser [un] dispositif susceptible de conduire [...] à une confusion de compétence » avec les médecins, ensuite que, « dans l'hypothèse de contentieux mettant en cause les infirmiers concernés, ceux-ci pouvaient faire l'objet de poursuites pour exercice illégale de la médecine » et recommandait enfin que ces habilitations ne soient délivrées « qu'à titre dérogatoire et uniquement en cas de force majeure, dans des localités très circonscrites et répondant à l'objectif » satisfaire « aux besoins de santé de la population vivant dans des zones médicalement isolées »¹²²⁹. En effet, de par ses termes vagues, le projet de « loi du pays » revenait à autoriser les infirmiers de la Direction de la Santé, après une brève formation, à accéder à un équivalent de la profession de médecin sans pour autant avoir rempli les conditions de formations et de compétences exigées pour ces derniers. Toutefois, ce projet de « loi du pays » n'a, depuis, jamais été adopté par l'Assemblée de la Polynésie française.

D'autre part, à l'étude des délibérations de 2005¹²³⁰ et 2011¹²³¹ approuvant les budgets de la Polynésie française pour les exercices 2006 et 2012, l'on constate, concernant le secteur de la santé, d'une part une diminution des ressources du budget général en recettes de 43 %¹²³², et d'autre part, une diminution des crédits ouverts en dépenses de fonctionnement d'environ 20 %¹²³³. Parallèlement, l'on constate une augmentation des dépenses de santé en Polynésie française, celles-ci s'élevant à 74 milliards XPF pour l'année 2010¹²³⁴ (soit environ 620 120 000 euros). Aussi, aux raisons précédemment expliquant les difficultés de la Direction de la Santé pour recruter des médecins, s'ajoute une difficulté supplémentaire liée à la diminution de ses moyens financiers.

Enfin, les évacuations sanitaires¹²³⁵ inter-îles, mises en place au contraire de la solution australienne du « Flying doctor »¹²³⁶, « trop coûteuse et malgré

1227. *Ibid.*, Art. LP 6.

1228. Lettre n° RWF/CB/2009.L568 du 13 août 2009 adressée au Directeur de la Santé.

1229. Projet de « loi du pays » relatif à l'exercice de la profession d'infirmier dans les centres et postes de santé de la Direction de la Santé de la Polynésie française, art. 2.

1230. Délibération n° 2005-114 APF du 13 décembre 2005 approuvant le budget général de la Polynésie française pour l'exercice 2006.

1231. Délibération n° 2011-92 APF du 8 décembre 2011 approuvant le budget général de la Polynésie française pour l'exercice 2012.

1232. Articles 4 premier tiret des délibérations n° 2005-114 APF du 13 décembre 2005 et n° 2011-92 APF du 8 décembre 2011 susmentionnées. Pour l'année 2006, celles-ci s'élevaient à 2 730 000 000 XPF (soit environ 22 877 400 euros), tandis qu'en 2011, celles-ci s'élevaient à 1 535 564 085 XPF (soit environ 12 868 027 euros).

1233. *Idem*, articles 7 premier tiret. Pour l'année 2006, celles-ci s'élevaient à 3 115 524 900 XPF (soit environ 26 108 098 euros), tandis qu'en 2011, celles-ci s'élevaient à 2 485 173 547 XPF (soit environ 20 825 754 euros). En 2010, les crédits ouverts en dépenses de fonctionnement s'élevaient à 2 191 937 339 XPF (soit environ 18 368 434 90 euros) : Direction de la Santé, *Rapport d'activité 2010*, p. 79.

1234. Direction de la Santé Publique, Département de Planification et d'Organisation des Soins – Comptes de la Santé 2010.

1235. Communément appelées « EVASANS ».

1236. Service d'ambulance aérienne permettant d'apporter une aide médicale aux populations isolées de l'Australie. Pour plus d'informations, voir le site internet du Royal Flying Doctor Service, créée

tout insuffisante»¹²³⁷, représentaient en 2008 et en 2009, une dépense s'élevant respectivement à 1,09 et 1,19 milliard XPF¹²³⁸ (soit, respectivement, 9 167 100 euros et 10 014 100 euros). En 2010, le nombre total d'évacuations sanitaires pris en charge par la Caisse s'élevait à 16 291 euros¹²³⁹.

À la lumière de ces trois constats, il est aisé d'appréhender les bénéfices d'une adaptation de la réglementation métropolitaine en termes de santé publique. En effet, la télémédecine a pour but de «répondre aux besoins des patients confrontés à des difficultés à se déplacer auprès de leur médecin, [...] de lutter contre la désertification médicale [...] [ainsi] que de contribuer à diminuer les dépenses de l'assurance maladie en réduisant des coûts de transports, de consultation et d'hospitalisation»¹²⁴⁰. Aussi, en Polynésie française, la mise en place de la télémédecine permettrait d'une part, d'offrir un accès à diverses spécialités médicales aux populations des îles ne disposant pas d'hôpitaux périphériques, ou de médecins libéraux, généralistes et/ou spécialistes, d'autre part, d'éviter un recours trop fréquent aux EVASAN inter-îles. Il s'agirait également, dans une plus grande mesure et notamment pour les habitants de l'île de Tahiti, de «maintenir des niveaux de qualité au moins identique en matière de soins et sensiblement supérieurs en qualité de vie sociale, notamment par le maintien des patients dans leur lieu habituel de vie»¹²⁴¹.

Jusqu'à présent, l'un des freins majeurs à la mise en place de la télémédecine en Polynésie française était de nature technique en raison notamment de la qualité des communications internet. Cependant, l'installation du câble sous-marins à fibre optique «Honotua» entre l'état américain d'Hawaï et l'île de Tahiti¹²⁴², permettant notamment une amélioration de l'offre internet accessible aux polynésiens, vient lever cet obstacle technique.

À l'occasion colloque international¹²⁴³, relatif à la journée de la télésanté en 2011, organisé par CATEL Réseau¹²⁴⁴, la Polynésie française était représentée pour la première fois par l'association CATEL Pacifique¹²⁴⁵.

par le Révérend John Flynn, à l'adresse suivante : <http://www.flyingdoctor.org.au/>

1237. Emmanuel Vigneron, *Le territoire et la santé – La transition sanitaire en Polynésie française*, CNRS Editions, Collection «Espaces & Milieux», Paris, 1999, p. 105.

1238. Chambre territoriale des Comptes de la Polynésie française, *Rapports d'observations définitives – Mission Santé – Exercices 2003 à 2009*, 13 janvier 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://www.ccomptes.fr/Publications/Publications/Collectivite-d-outre-mer-POLYNESIE-FRANCAISE-Mission-SANTE-Polynesie-francaise>

1239. Direction de la Santé, *Rapport d'activité 2010*, p. 69.

1240. Lydia Morlet-Haidara, Délia Ralal-löfskog, *op. cit.*, p. 333.

1241. CNOM, *op. cit.*, p. 8.

1242. Le câble sous-marin à fibres optique «Honotua», d'une longueur approximative de 4 250 km a été installé dans l'océan pacifique au cours des années 2008 à 2010. Voir en ce sens le site internet de l'Office des Postes et Télécommunications de la Polynésie française à l'adresse suivante : http://www.opt.pf/groupe_opt/honotua/index.php

1243. Colloque du 29 mars 2012, organisé par visioconférence, au cours duquel était également représenté, outre diverses universités et CHU de France, le Québec, le Mali, les États-Unis, etc.

1244. Association loi 1901 créée le 7 mars 2012 (*JOPF* du 22 mars 2012, p. 1868) dont l'objectif est de promouvoir la mise en place et l'utilisation de la télémédecine en Polynésie française. Pour plus d'informations, voir le site internet : <http://catelpacifique.org/>

1245. Réseau multidisciplinaire créée en 1997 ayant pour objectif le développement et la promotion international de la télésanté. Ce réseau rassemble tous les acteurs concernés par les technologies de l'information et de communication destinés à intervenir dans le domaine de la santé, qu'il

La mise en place de la télémedecine en Polynésie française ne nécessite donc plus, à l'heure actuelle, que :

- Sur le plan technique, la mise en place de systèmes de sécurité relatifs à l'authentification des personnes (professionnels de santé, ingénieurs informatiques etc. soumis au secret professionnels) accédant aux données médicales, au chiffage de ces dernières etc.¹²⁴⁶ permettant le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 16 janvier 1978 informatique et libertés ;
- Sur le plan réglementaire, l'adaptation de l'article 78 de la Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires et du décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémedecine. Compte tenu des dispositions des articles 14, 90, 91 et 140 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française¹²⁴⁷, l'adaptation de la loi de 2009 passera nécessairement par l'adoption d'une « loi du pays ». Quant au décret, son contenu sera aisément transposable dans un arrêté pris en Conseils des Ministres.
- Sur le plan déontologique une modification de l'article 53 du Code de déontologie médical polynésien s'imposerait dans la mesure où celui-ci dispose que « [l']avis ou le conseil dispensé à un patient par téléphone ou correspondance ne peut donner lieu à aucun honoraire ». Il conviendrait alors de s'aligner sur la modification récemment opérée¹²⁴⁸ de l'article 53 du Code de déontologie métropolitain bien que celle-ci ait pu être source d'incertitudes¹²⁴⁹ quant à l'emploi de la conjonction « même si »¹²⁵⁰, ainsi qu'à la notion de « simple avis ou conseil »¹²⁵¹.

Toutefois, l'instauration de la télémedecine en Polynésie française ne saurait se limiter à la définition du champ d'intervention et des actes relevant de la télémedecine. Afin de rendre la pratique attractive pour le secteur libéral, il conviendra d'insérer les actes réalisés à cette occasion dans la nomenclature des actes médicaux en vigueur en Polynésie française¹²⁵², qu'il s'agisse de la

s'agisse de professionnels de santé, de collectivités, d'industriels etc. Pour plus d'informations sur CATEL réseau, voir les sites internet suivants : <http://www.portailtelesante.org/sections.php?op=viewarticle&artid=250> et <http://www.catel.pro/>

1246. Voir en ce sens, Lydia Morlet-Haïdara, Délia Lalal-löfskog, *op. cit.*, p. 343.

1247. Rappelons que l'article 14 concerne les compétences exclusives de l'État, les articles 90 et 91 concernent les compétences du Conseil des ministres, quant à l'article 140, il détermine les domaines de compétence de la « loi du pays » et de l'arrêté pris en Conseil des ministres sur la base de la distinction législatif-réglementaire opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958.

1248. Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du Code de déontologie médicale.

1249. Voir en ce sens : Claire Debost, Nicolas Giraudeau, Paul Veron, François Vialla, « La réforme du Code de déontologie médicale », *Revue générale de droit médical*, n° 44, septembre 2012, p. 259 à 266.

1250. CSP art. R. 4127-53 al. 2.

1251. *Ibid.*, al. 3.

1252. Voir en ce sens les recommandations du CNOM au sujet de la rémunération de la pratique de la télémedecine : CNOM *op. cit.*, p. 16.

NGAP¹²⁵³ ou de la CPAM destinée à être mise en place au 1^{er} janvier 2013^{1254/1255}, permettant sa juste rémunération¹²⁵⁶, ce d'autant que le CNOM estime depuis 2009 que « [l']acte de télémedecine constitue un acte à part entière, quant à son indication et à sa qualité. Il n'en est pas une forme dégradée »¹²⁵⁷.

Chapitre 2. La protection de la profession

L'exercice des professions de santé et notamment de la médecine, en Polynésie française comme en France métropolitaine, fait l'objet « d'une compétence pénalement protégée »¹²⁵⁸.

Section 1. Les conditions de l'exercice illégal de la médecine

par Arnaud Hellec

Le dispositif applicable en Polynésie française, en matière d'exercice illégal de la médecine est très proche de celui prévu par la législation nationale (§ 1). Toutefois, des particularismes locaux existent pour la condition de nationalité prévue par l'ordonnance de 1945 (§ 2) et pour la médecine traditionnelle chinoise (§ 3).

§ 1 – Les conditions « traditionnelles » de l'exercice illégal de la médecine

L'ordonnance n° 2184-45 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, reprend en son article 8 les conditions de l'exercice illégal de la médecine posées par l'article L. 4161 du Code de santé publique métropolitain.

Entre ainsi dans le cadre de l'illégal de la médecine toute personne prenant habituellement¹²⁵⁹ part à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement des

1253. Délibération n° 2003-125 APF du 28 août 2003, art. 6 : « À titre transitoire, dans l'attente d'une codification déterminée localement, la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP) en vigueur en métropole à la date de publication de la présente délibération, s'applique en Polynésie française ».

1254. Arrêté n° 45/CM du 18 janvier 2012 modifié relatif à la codification des médecins de la Polynésie française et fixant les tarifs d'autorité des actes professionnels des médecins non-conventionnés, art. 16.

1255. Pour une analyse de la codification applicable, voir *supra* : Deuxième Partie – Titre Ier – Chapitre 1^{er} – Section 1^{re} – § 3 – B : « Des assouplissements croissant sous l'emprise des exigences financières ».

1256. L'acte télémedical pourra par exemple être coté en « C » ou en « CS », c'est-à-dire, en tant que consultation selon qu'il est réalisé par un médecin généraliste ou spécialiste.

1257. CNOM, *op. cit.*, p. 6.

1258. Guy Agniel, Antoine Leca, Gérard Orfila, *Le droit médical en Nouvelle-Calédonie*, Éd. Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, p. 293.

1259. Sur le caractère habituel d'une part, sur son application au regard du devoir de porter assistance à autrui d'autre part, voir l'analyse de la jurisprudence constante du juge judiciaire de Guy Agniel, Antoine Leca, Gérard Orfila, *Le droit médical en Nouvelle-Calédonie*, Éd. Centre de documentation

maladies ou affections chirurgicales, même en présence d'un médecin, sans être titulaire du titre¹²⁶⁰ exigé à l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1945 précitée, sans être inscrit au tableau de l'Ordre des médecins¹²⁶¹, exerçant pendant la durée d'une peine d'interdiction temporaire d'exercer¹²⁶² ou, bien que «munie d'un titre régulier, sort des attributions que la loi lui confère, notamment en prêtant son concours aux personnes [ne remplissant pas les conditions nécessaires à l'exercice de la médecine], à l'effet de les soustraire aux prescriptions de la présente ordonnance».

Tout comme en France métropolitaine, la réglementation locale prévoit l'intervention du Conseil de l'Ordre des médecins de Polynésie française ou des syndicats professionnels dans la poursuite du délit d'exercice illégal de la médecine¹²⁶³.

§ 2 – La condition de nationalité

À l'instar des dispositions du Code de santé publique, l'ordonnance de 1945 prévoit également qu'exerce illégalement la médecine «toute personne qui se livre aux activités définies au paragraphe précédant sans être citoyen français, sujet français ou ressortissant d'un pays placé sous le protectorat de la France ou sans appartenir à la catégorie des médecins étrangers visée à l'article 2 de la présente ordonnance».

Or, comme on l'a précédemment exposé, la condition de nationalité, bien que toujours en vigueur en France métropolitaine, a disparu du dispositif polynésien relatif à l'accès à la profession de médecin depuis la loi de 2009¹²⁶⁴. Il semble dès lors qu'un médecin, titulaire du titre requis pour l'exercice de la médecine et régulièrement inscrit au tableau de l'Ordre des médecins, mais ne remplissant pas cette condition de nationalité, ne puisse pas encourir les peines applicables à l'exercice illégal de la médecine.

Eu égard à la loi statutaire de 2004 et à la répartition des compétences entre l'État et le Pays, la Polynésie française peut être amenée à modifier ou compléter cette liste par le biais d'une «loi du pays»¹²⁶⁵.

pédagogique de Nouvelle-Calédonie, p.293-294 : «il s'agit d'une infraction d'habitude [...] [u]n fait unique ne suffit pas à sanctionner. Mais deux le permettent [...]. [L]a crainte d'une commission isolée ne peut certainement pas être invoquée pour justifier un refus ponctuel de porter secours».

1260. Ordonnance n°2184-45 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, art. 8 1°.

1261. *Idem*, art. 8 4°.

1262. *Idem*.

1263. *Idem*, art. 11.

1264. Loi du pays n°2009-14 du 3 août 2009 portant modification de l'ordonnance n°45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme.

1265. Rappelons à cet effet qu'au sens de l'article 14 de la loi organique n°2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, le Pays est compétent tant en matière de santé publique qu'en matière de réglementation de l'accès à l'exercice des professions de santé.

§ 3 – La médecine traditionnelle chinoise en Polynésie française¹²⁶⁶

Une des spécificités de la Polynésie française réside dans son multiculturalisme. Ainsi cohabitent notamment trois cultures : occidentale, polynésienne et asiatique. L'attachement de la population polynésienne à la médecine traditionnelle, chinoise ou *mā'ohi*, s'explique par le fait qu'il s'agit d'un « peuple de coutume et de tradition »¹²⁶⁷.

L'attachement à la médecine traditionnelle chinoise trouve son expression juridique dès 1980 dans une délibération n° 80-107 du 29 août 1980 fixant les conditions d'importation des médicaments en Polynésie française. En effet, son article 5.1 détermine les règles relatives à l'importation de « médicaments et produits de la pharmacopée traditionnelle chinoise et autres spécialités asiatiques ». L'importation et la distribution ainsi que la composition même de ces médicaments sont soumis à conditions prévues par les articles 5.1.1 à 5.1.6. En outre, l'importation et la distribution de ces médicaments nécessite un agrément¹²⁶⁸. Seuls les médicaments figurant sur une liste arrêtée en conseil des ministres peuvent être importés sur le territoire de la Polynésie française¹²⁶⁹.

Les tradipraticiens chinois en Polynésie française, bien que ne remplissant pas les conditions d'exercice de la médecine, « jouent à la fois le rôle de médecin et de pharmacien [dans la mesure où] ils prescrivent au patient les produits qu'ils vendent, tout cela dans la même boutique »¹²⁷⁰. Ils pourraient dès lors entrer dans le cadre de l'exercice illégal de la médecine¹²⁷¹.

Section 2. Les effets de l'exercice illégal de la médecine

par Arnaud Hellec

Comme on l'a vu, l'une des spécificités de la Polynésie française réside dans la superposition de différentes réglementations. Ainsi, l'exercice illégal de la médecine en Polynésie française est passible de peines prévues par l'ordonnance de 1945 (§ 1). Cependant, eu égard à l'extension à la Polynésie française des dispositions de l'article L. 4161-5 du Code de santé publique, se pose la question de l'applicabilité des dispositions de l'ordonnance de 1945 relatives aux peines applicables à l'exercice illégal de la médecine (§ 2). Le Code de santé publique vient compléter certaines lacunes de l'ordonnance de 1945 (§ 3). La Polynésie française, au regard de son statut particulier peut toutefois être amenée les modifier (§ 4).

1266. Pour une analyse de la médecine traditionnelle chinoise en Polynésie française, voir Teva Jeannette, *L'Ordre des médecins en Polynésie française – Spécificités et enjeux au regard du principe de spécialité législative*, Mémoire de Master 2, Université de la Polynésie française, 2009-2010, p. 48-51.

1267. *Ibid.*, p. 48.

1268. Voir par exemple l'arrêté n° 2020 CM du 30 décembre 2008 fixant la liste des herboristes agréées en Polynésie française.

1269. La dernière liste en date est fixée par l'arrêté n° 199 CM du 6 février 2008.

1270. Voir en ce sens Teva Jeannette, *op. cit.*, p. 49.

1271. *Idem.*

§ 1 – Les peines prévues par l’ordonnance de 1945

L’ordonnance de 1945 prévoit, notamment en son article 12, les peines applicables l’exercice illégal de la médecine¹²⁷². Ainsi, l’exercice illégal de la médecine est puni « d’une amende de 12 000 à 60 000 F [1 830 euros à 9 150 euros – 218 160 XPF à 1 090 800 XPF] et, en cas de récidive, d’une amende de 60 000 F à 120 000 F [9 150 euros à 18 299 euros – 1 090 800 XPF à 2 181 600 XPF] d’un emprisonnement de six jours à six mois ou l’une de ces deux peines seulement ». Est puni des mêmes peines le fait de recevoir, par une personne ne remplissant pas les conditions permettant l’exercice de la médecine, en vertu d’une convention, la totalité ou une quote-part des honoraires ou des bénéfices provenant de l’activité professionnel de médecin¹²⁷³. L’usurpation de titre de docteur en médecine est punie dans les mêmes conditions qu’en métropole, c’est-à-dire par les dispositions de l’article 259 du Code pénal.

À l’instar du dispositif métropolitain, l’ordonnance de 1945 prévoyait que des peines complémentaires pouvaient être prononcées telles que la confiscation du matériel¹²⁷⁴, l’avertissement, le blâme, l’interdiction temporaire d’exercer (ne pouvant excéder trois années)¹²⁷⁵. Si ces peines restent toujours applicables, elles sont aujourd’hui issues des dispositions combinées des articles L. 4124-6 et L. 4441-10 du Code de santé publique.

§ 2 – L’inapplicabilité des peines prévues par l’ordonnance de 1945

En France métropolitaine, l’exercice illégal de la médecine est puni par les peines fixées par les articles L. 4161-5 et L. 4161-6 du Code de santé publique. Est ainsi prévu une peine d’emprisonnement de deux ans et une amende de 30 000 euros (soit environ 3 579 952 XPF).

L’article L. 4161-5 a été rendu applicable en Polynésie française en 2004¹²⁷⁶ dans sa version en vigueur en France métropolitaine à l’époque. L’exercice illégal de la médecine, au sens de l’article L. 4161-5 dans sa version de 2001, est puni d’une peine d’emprisonnement d’un an et d’une amende de 15 000 euros (soit environ 1 789 975 XPF) avec possibilité de confiscation du matériel.

L’extension de l’article L. 4161-5 du Code de santé publique, dans sa

1272. Il est à noter d’une part que si l’ordonnance de 1945 prévoyait des montants exprimés en francs français, au sens de l’ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, ceux-ci doivent être remplacés par des montants en euros. Le taux de conversion fixé par l’ordonnance de 2000 est de 1 euro pour 6,55957 francs français. D’autre part, la parité entre le franc XPF et l’euro est fixée par l’arrêté du 31 décembre 1998 portant fixation de la parité du franc CFP vers l’euro : 1,000 francs XPF = 8,38 euros soit un taux de conversion d’environ 119,3317. Les conversions ici exprimées, dans un souci de bonne compréhension, sont donc approximatives.

1273. Ordonnance n° 2184-45 du 2 septembre 1945 relative à l’exercice et l’organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, art. 13

1274. *Idem*, art. 12 al. 2.

1275. *Idem*, art. 36.

1276. Loi n° 2001-504 du 6 décembre 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l’homme et aux libertés fondamentales, art. 24.

version de 2001 entraîne implicitement l'abrogation des peines prévues par l'article 12 de l'ordonnance 1945 précédemment explicitée.

Comme la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, en cette matière, « en [est donc] resté[e] à un état ancien du droit »¹²⁷⁷.

§ 3 – Les lacunes de l'ordonnance de 1945 comblées par le Code de santé publique métropolitain

L'ordonnance de 1945 ne prévoyait aucune sanction applicable en cas d'exercice de la médecine pendant la durée d'une interdiction temporaire ou d'une peine de radiation du tableau de l'Ordre.

L'article L. 4442-1 du Code de santé publique est venu compléter cette carence puisque l'exercice de la médecine pendant la durée d'une interdiction temporaire d'exercice ou d'une peine de radiation du tableau de l'Ordre est punie d'une amende de 9 000 euros (environ 1 073 985 XPF), d'une peine d'emprisonnement de trois mois et potentiellement d'une confiscation du matériel ayant permis cet exercice illégal.

§ 4 – La compétence du Pays en matière d'infraction aux «lois du pays»

Ainsi qu'on l'a précédemment indiqué, la Polynésie française peut, par le biais d'une éventuelle «loi du pays» prévoir d'autres situations d'exercice illégale de la médecine et, en vertu des dispositions combinées des articles 20 et 21 de la loi statutaire de 2004, assortir les infractions aux actes prévus à l'article 140 de peines d'amende à et d'emprisonnement à deux conditions :

Les peines d'amendes et d'emprisonnement prévues par les «loi du pays» ne doivent pas excéder les peines prévues par les lois nationales pour une infraction de même nature ;

Les peines d'emprisonnement doivent être homologuées par la loi.

«Le produit de ces amendes est versé au budget de la Polynésie française»¹²⁷⁸.

Le Pays peut également assortir ces infractions de peines complémentaires «prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements applicables en matière pénale»¹²⁷⁹.

La Polynésie française jouit donc à ce titre d'une large autonomie dans la détermination de ces peines et peut donc être amenée à modifier celles applicables actuellement à l'exercice illégal de la médecine avec pour seules restrictions d'une part un plafonnement des peines maximales et d'autre part une nécessité d'homologation des peines d'emprisonnement.

1277. Guy Agniel, Antoine Leca, Gérard Orfila, *op. cit.*, p. 258.

1278. Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 20 al. 3.

1279. *Idem*, al. 1^{er}.

TROISIÈME PARTIE : LA RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN

Il faut distinguer ici la responsabilité de droit commun qui a un objectif **réparateur** (titre 1) et les responsabilités spéciales à caractère **sanctionnateur** (titre 2).

TITRE 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE

par Antoine Leca

Le médecin vis-à-vis de la personne soignée n'est pas dans la position éminente et indépendante du magistrat par rapport au justiciable. Le médecin est au malade *E 'ere 'oe te fatu o te ma'i, te ma'i rä tē fatu ia 'oe*, («le malade ne t'appartient pas, tu appartiens au malade») lit-on dans un roman récent ayant Tahiti pour cadre¹²⁸⁰. Le médecin est d'ailleurs responsable vis-à-vis de la personne soignée.

Les obligations des médecins (chapitre 1), si elles sont méconnues, donnent lieu à la mise en œuvre de la responsabilité médicale (chapitre 2).

Chapitre 1. Les obligations des médecins

par Antoine Leca

Certes, les obligations civiles des médecins sont variées, mais l'une d'elles occupe une place centrale, car toutes les autres en découlent ou s'y ajoutent : l'obligation générale de donner des soins (sec. I). Une place à part devra être faite ensuite à des obligations particulières très spécifiques (sec. II) : l'exigence du secret (§ I) et le devoir d'information, de conseil et de recueil du consentement éclairé (§ II).

Section 1. L'obligation générale de donner des soins

par Antoine Leca

Au plan civil, les médecins sont tenus à une 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 de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science»¹²⁸¹. Ces termes se retrouvent dans le Code de déontologie médicale¹²⁸², donnant à l'obligation un contenu commun à tous les médecins (privés et hospitaliers), disciplinairement sanctionné.

Le terme de soin a, en français, un double-sens, qu'on ne retrouve pas

1280. P. Guirao, *Lyao-Ly*, Au Vent des Îles, Tahiti, 2011, p. 91.

1281. 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.

1282. CDMPE, 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».

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 malades¹²⁸³. D'un point de vue juridique, on exige de lui qu'il mette en œuvre tous les soins conformes aux règles médicales exprimant les données acquises de la science, proportionnellement au risque médical encouru. Ou, si l'on préfère, qu'il se comporte comme un « bon médecin ». Pas plus que le droit civil ne définit le « bon père de famille » auquel il se réfère pourtant¹²⁸⁴, le droit médical ne dit pas ce que doit être ce « bon médecin ». On peut tenter de le définir en recourant à la formulation faite par J. Mc Nair en 1957 du *Bolam Test*, dans l'affaire *Bolam versus Friern Hospital Management Committee*¹²⁸⁵ : la référence n'est pas un savant¹²⁸⁶, mais un professionnel normalement compétent. Il doit respecter un « plancher »¹²⁸⁷. On n'exige pas de lui qu'il soit au sommet de l'art.

La latitude du médecin croît avec le risque. Inexistant, comme pour la chirurgie esthétique à caractère strictement « cosmétique »¹²⁸⁸, 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

1283. 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.

1284. Voir par ex. C. civ., art. 450 : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. Il administrera ses biens en bon père de famille et répondra des dommages et intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion... »

1285 *In the English law of tort, the "Bolam test" is one of the rules used to determine the issue of professional negligence where the defendant has represented him or herself as having more than average skills and abilities.*

Depuis 1957, le *Bolam test* a été précisé. On parle depuis 1998 de *Bolam-Bolith Test* (M. Brooke, *La responsabilité médicale...*, Cour de cassation, Institut des hautes Études sur la Justice, séminaire du 27 mai 2004, [www.ffsa.fr/webffsa/webffsa.nsf/html/438FCE4386AB8F95C1256EAC00528620/\\$file/Responsabilitemedicale.pdf](http://www.ffsa.fr/webffsa/webffsa.nsf/html/438FCE4386AB8F95C1256EAC00528620/$file/Responsabilitemedicale.pdf)).

1286. Certes le médecin doit agir conformément aux données de la science, ce qui suppose en principe qu'il les connaisse dans leur intégralité. Mais, le droit attend de celles-ci une maîtrise qui est celle d'un bon professionnel. D'ailleurs, au pénal, dès lors qu'il y a faute non intentionnelle, depuis la loi du 13 mai 1996 qu'a revu la loi Fauchon du 10 juillet 2000, le juge doit se demander si le professionnel « a accompli les diligences normales » (L. 1996 textuellement reprise dans la L. 2000, cf. CP, art. 121-3).

1287. O. Smallwood, « La normalisation des règles de l'art médical : une nouvelle source de responsabilité pour les professionnels de santé ? » dans *Médecine & Droit*, août-septembre 2006, n° 79-80, p. 123. Voir aussi : M. Brooke, *La responsabilité médicale...*, *op. cit.*

1288. On entend par ce terme – tiré du Grec *kosmêtikos*, apte à orner, propre aux soins de la parure (A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Paris, 1998, t. I, p. 907) – la chirurgie esthétique qui vise à conserver la beauté, la jeunesse. Par opposition à la chirurgie réparatrice, qui vise à restaurer après un accident.

thérapeutiques injustifiés¹²⁸⁹.

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'hypertrophie du consentement est telle que le médecin doit informer les mineurs et les majeurs sous tutelle pour les faire «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»¹²⁹⁰ et tenir compte de l'avis d'un incapable «lorsque celui-ci est en mesure de l'exprimer»¹²⁹¹.

Sans finalité curative ou tolérance sociale assez forte pour neutraliser le droit¹²⁹², le consentement ne légitime pas toujours l'intervention du médecin. Tel est le cas des interventions mutilantes¹²⁹³, notamment des stérilisations de convenance, susceptibles de s'analyser comme des coups et blessures pénalement sanctionnés¹²⁹⁴, si elles sortent du cadre désormais fixé par la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001¹²⁹⁵ relative à l'IVG et à la contraception, qui a été publiée localement¹²⁹⁶. 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»¹²⁹⁷ à traiter¹²⁹⁸.

Les moyens «conformes aux données acquises de la science»¹²⁹⁹, pour reprendre une expression jurisprudentielle qui a connu quelques fluctuations sémantiques¹³⁰⁰, sont une obligation complexe, pour ne pas dire ambiguë.

1289. Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 1974, *D.* 1974, inf. rap. 127, *Gaz. Pal.* 1974.1 somm. 124; 20 février 1979, *JCP G* 1979, IV, 145, 1980, inf. rap. 171 note Penneau.

1290. CSP, art. L. 1111-2 (adapté à la PF par l'art. L. 1541-3).

1291. CSP, art. R. 4127- 42 al. 3 (CDM non applicable à la PF); CDMPE, 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... Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible».

1292. 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 (contrairement à l'excision) est admise (P. Gourdon, «Une conséquence inattendue de la modification de l'article 16-3 du Code civil : la légalisation de la circoncision rituelle médicalisée», dans *Médecine & Droit*, mars-avril 2003, n° 59, p. 43). Mais également le tatouage et le *piercing*.

1293. CSP, art. R. 4127- 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**».

1294. Cass. crim., 1^{er} juillet 1937, S. 1939, I, 193, note Tortat, D.H. 1937; Cass. crim., 9 novembre 1961, Bull. crim., n° 872, *JCP* 1962, 12777, obs. R. Savatier; *Gaz. Pal.* 1962, 1, 104.

1295. CSP, art. L. 2123-1.

1296. *JOPF*, 2 août 2001.

1297. G. Mémeteau, «La liberté de prescription. La liberté thérapeutique du médecin», dans J.-M. Auby (éd. *princeps*), *Droit médical et hospitalier, opcit.*, fasc. 16 (4, 1999), p. 20.

1298. 11 décembre 1992 (2 arrêts).

1299. Cass. civ., Dr Nicolas c./ époux Mercier, 20 mai 1936 (rejetant un pourvoi contre une décision d'Aix du 16 juillet 1931), S.1937.I.321; D.P. 1936, I, 88. Depuis cette date, cette définition jurisprudentielle a été consacrée par le Code de déontologie médicale de 1995 (art. 32).

1300. 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, p. 21 à 23, note G. Mémeteau; Bull. cass. civ. I, n° 176, *Rap. Ann. C. cass.* 2000, p. 380). La loi du 4 mars 2002 a substitué à cette expression celle de «connaissances médicales avérées» (CSP, art. L. 1100-5), qui paraît inadaptée

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 »¹³⁰¹. On dira que c'est une fiction du droit, comme le célèbre *Nemo jus ignorare censetur* (« Nul n'est censé ignorer le droit »). En tout 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 être en mesure de dire qu'un syndrome de compression médullaire pour lequel était signalée une parésie exigeait de toute urgence une IRM¹³⁰² ou tout simplement quand il fallait opter pour un accouchement par césarienne¹³⁰³. Par ailleurs, les données ne sont pas nécessairement univoques : bien souvent en effet, les théories médicales se contredisent. En ce cas, il paraît normal qu'un médecin ne soit pas tenu pour fautif si, face à une pluralité d'opinions, il a opté pour l'une d'entre elles¹³⁰⁴.

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, traditionnellement il ne peut s'abstenir moralement « si une possibilité thérapeutique, voire une simple chance thérapeutique, demeure »¹³⁰⁵, même si le Code de déontologie métropolitain de 1995 et le Code polynésien de 1996 ne disent plus, comme celui de 1979, que le médecin doit respecter la morale médicale¹³⁰⁶ et s'ils lui imposent aujourd'hui de ne pas mettre en péril la sécurité des soins et de ne pas prendre des risques injustifiés¹³⁰⁷. En d'autres termes, le médecin doit s'en tenir à des méthodes scientifiquement bien établies mais, 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 justifiés¹³⁰⁸. Et en pratique, bien souvent, le risque

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'erronée une conception qu'elle a utilisé pendant près de trente ans). Acquises, actuelles ou avérées, les données à respecter semblent celles admises par l'ensemble du corps médical. En revanche, on peut se féliciter que la loi du 8 janvier 1993 ait abrogé l'expression de « méthode médicale certaine », qui figurait auparavant à l'article 340-1-3° du Code civil, dans la mesure où les certitudes dans le domaine médical sont toujours relatives et changeantes.

1301. D. Lecourt (dir.), *Dictionnaire de la pensée médicale*, op. cit., v. « Décision médicale », p. 309.

1302. CRCI/ Languedoc-Roussillon, 27 janvier 2004, n° 03-13-00-057, *RGDM*, n° 12, p. 292.

1303. CA Rennes, 2 mars 2005, n° 03/07276, Bourgibot c./ Birhus, *JCP G* 2005, IV, n° 3336.

1304. CA Douai, 16 mai 1936, D.H. 1936.

1305. A. Atias, *L'aléa thérapeutique, référence juridique ou réalité médicale ?*, Thèse Médecine, Marseille, 2003, p. 57.

1306. V. Martineau-Bourgninaud, *Droit privé et déontologie. Étude sur la déontologie des professions organisées en Ordre*, Thèse Droit privé, Nantes, 1996, p. 11.

1307. CSP, art. R. 4127- 8 et CDMPF, 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 » ; CSP, art. R. 4127- 40 et CDMPF, art. 40 : « Le médecin doit s'interdire [...] de faire courir au patient un risque injustifié » (notamment en utilisant une thérapeutique audacieuse ?).

1308. C. Evin, « L'indemnisation des accidents médicaux », *RGDM* n° 6, Bordeaux, 2001, p. 84 ; G.

médical est « le corollaire inévitable des chances de guérison ou d'amélioration de l'état de santé » de la personne malade¹³⁰⁹. 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 abord¹³¹⁰. 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 n'ayant jamais eu d'autre préoccupation que son devoir moral de médecin et la guérison de son patient.

Le devoir de secret est lui-même susceptible de générer des difficultés comparables.

Section 2. Les obligations particulières liées à la dispensation des soins

par Antoine Leca

Dans le déroulement des soins, le médecin doit la confidentialité (§ 1). Il doit par ailleurs informer, conseiller son patient et recueillir son consentement à toutes les étapes du processus médical (§ 2).

§ 1 – L'obligation de secret professionnel

Le secret, que consacre le Code de la santé publique applicable en Polynésie française¹³¹¹, est une institution qui dépasse amplement le domaine civil, puisqu'il touche également au droit constitutionnel¹³¹², au droit pénal, au droit disciplinaire, mais aussi, à la marge, au droit européen sous le double angle de la jurisprudence

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.

1309. 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.

1310. A. Atias, *L'aléa thérapeutique, référence juridique ou réalité médicale ?*, *op. cit.*, p. 58.

1311. CSP, art. L. 1110-4 (adaptation par art. L. 1541-2).

1312. Cass. civ. 2^e, 19 février 2009, n° 08-11888 : « Le secret médical est constitutionnellement garanti [...] la Cour nationale, en statuant comme elle l'a fait, a également violé les articles 55 et 66 de la Constitution de 1958 et l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Il en résulte que le secret s'impose au législateur, qui toutefois peut le réglementer.

CEDH¹³¹³ et CJUE¹³¹⁴.

Son fondement a connu une évolution marquante. Traditionnellement, on l'analysait fondamentalement comme une obligation pesant sur les professionnels de la santé. Aujourd'hui, sous l'empire d'une pression individualiste qui s'est imposée en droit civil, c'est aussi et surtout un droit du patient¹³¹⁵. Il est clair que, vu dans cette perspective, le secret existe dans l'intérêt du patient qui a le droit d'être complètement informé sur son état. Cette vision privatiste s'est affirmée de manière croissante dans le dernier quart du XXe siècle, au point de déborder du cadre du droit civil qui l'a vu émerger. C'est en ce sens qu'ont statué la chambre sociale de la Cour de cassation¹³¹⁶ et même le Conseil d'État¹³¹⁷ dès 1972. Telle aussi est l'approche actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg¹³¹⁸ et de la Cour de justice des communautés européennes de Luxembourg¹³¹⁹. Il en résulte que l'obligation de secret n'interdit jamais la délivrance de certificat(s) à l'intéressé¹³²⁰, 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'Ordre de l'article 76 du Code de

1313. Voir notamment : CEDH, 27 août 1997, *D.* 2000, jurispr. p. 521, note I. Laurent-Merle et le célèbre arrêt CEDH, 18 mai 2004, *Plon c./ France*, *D.* 2004 n° 1838, note Guedj, *RTDC*, 2004, obs. J. Hauser : après plusieurs décisions françaises ayant condamné l'ancien médecin du président Mitterrand qui avait révélé la vérité sur son état de santé (CA Paris, 13 mars 1996, *Gaz. Pal.*, 22-23 mars 1996 ; CA Paris, 27 mai 1997, *Dalloz*, 1998, somm. 85, retenant la violation du secret professionnel et de la vie privée, confirmé par Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 1999, *Juris-data* n° 1999-004433 ; CE, 29 décembre 2000, *Juris-data* n° 2000-061868, *Les Petites Affiches*, 21 juin 2001), la CEDH a fini par considérer qu'après l'écoulement d'un certain temps postérieurement au décès du personnage public, l'interdiction de la diffusion de toute information devenait disproportionnée et la divulgation, possible. On ignore si cette décision fera jurisprudence.

1314. CJCE, 5 octobre 1994, *X/Commission*, C-404/92 P, *Rec. p.* I-4737, point 17.

1315. Voir dernièrement : Cass. civ. 2^e, 13 novembre 2008, n° 07-18364 : « chacun a droit au respect de sa vie privée [...] le secret médical, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin ». Cette formule se retrouve dans les sept autres arrêts 07-18365, 07-18366, 07-18367, 07-18368, 07-18369, 07-18370, 07-13153 qui ont été rendus le même jour par la haute instance.

1316. Cass. soc. 1^{er} mars 1972, *Bull. civ.*, V, 162 : « 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 ».

1317. CE, 11 février 1972, *Rec.*, p. 138 : « c'est du malade seul que dépend le sort des secrets qu'il a confiés à un médecin ».

1318. CEDH, 18 mai 2004, *Plon c./ France*, précité n° 1.

1319. CJCE, 5 octobre 1994, précité n° 2. Voir également : CJCE, 14 février 2008, C-450/06, *Varec SA c./ État belge*, point 48 : « parmi les droits fondamentaux susceptibles d'être ainsi protégés figure le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la CEDH et qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et est réaffirmé à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 » (*JO C* 364, p. 1) (voir, notamment, arrêts du 8 avril 1992, *Commission/Allemagne*, C-62/90, *Rec. p.* I-2575, point 23, et du 5 octobre 1994, *X/Commission*, C-404/92 P, *Rec. p.* I-4737, point 17). Il ressort, à cet égard, de la jurisprudence de la CEDH qu'il ne saurait être considéré que la notion de vie privée doit être interprétée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales (voir CEDH, arrêts *Niemietz c./ Allemagne* du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, § 29 ; *Société Colas Est e.a. c./ France* du 16 avril 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-III, § 41, ainsi que *Peck c./ Royaume-Uni* du 28 janvier 2003, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-I, § 57), activités qui peuvent comprendre la participation à une procédure de passation d'un marché public.

1320. CE 12 mai 1957, *D.* 1957, jurispr. p. 336 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 1986, *JCP G* 1986, II, 20628.

déontologie.

Le contenu des informations couvertes par le secret mérite qu'on s'y attarde.

En premier lieu, la notion de secret sous-tend celle de données cachées, dont la confidentialité doit être préservée. En d'autres termes, il n'y a pas de violation si la chose ou les faits rapportés sont notoires¹³²¹ ou publics par essence¹³²². En revanche, il y aura sans doute violation si les faits, déjà connus par des tiers deviennent entièrement publics¹³²³.

En second lieu, si l'on veut affiner le contenu du secret, il faut bien distinguer en déontologie et en droit, en droit civil et pénal. En effet, le périmètre du secret va en décroissant.

Du point de vue déontologique, 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, 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 [au médecin] mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris »¹³²⁴. 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 »¹³²⁵. C'est toujours la conception qui prévaut dans les 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 examiné¹³²⁶.

Cette conception large n'est pas celle du juge civil, si l'on met de côté l'affaire Gübler¹³²⁷, exceptionnelle dans la mesure où elle concernait le président Mitterrand. En effet, un grand nombre de décisions ont jugé que le secret médical ne pouvait pas recouvrir une information recueillie dans le cadre d'une relation amicale, indépendante de tout contexte professionnel¹³²⁸.

En droit pénal, où la loi est toujours d'interprétation stricte, le secret médical concerne seulement les faits dont le médecin a eu connaissance dans l'exercice

1321. CA Orléans, 14 décembre 2000, Juris-data n° 2000-151067 (état d'ébriété notoire de la personne visée).

1322. CA 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).

1323. En droit pharmaceutique, le pharmacien est tenu à « une totale discrétion quand bien même certains de ses problèmes (du patient) seraient déjà connus par des tiers » (CNOP, 10 mai 2005, aff. M. G..., AD 2507, *Bull. Ordre Pharmaciens*, n° 388, octobre 2005, p. 305).

1324. CDMPE, art. 4, alinéa 2.

1325. 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.

1326. CE, 7 février 1994, Juris-data n° 1994-040647 concernant 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-sœur semblait présenter tous les signes d'une névrose hystérique, alors qu'elle ne l'avait pas reçue professionnellement, ni donc examinée.

1327. Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 1999, aff. Gübler.

1328. Cass. civ. 2^e, 6 juillet 1977, *D.* 1977, inf. rap. p. 493 ; 6 décembre 1978, *JCP G* 1979, IV, 57 ; 6 décembre 1979, *D.* 1979, inf. rap. p. 221.

de sa profession¹³²⁹ et non, par exemple, en qualité d'ami de la famille¹³³⁰. 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 constante¹³³¹. Du point de vue pénal, jusqu'en 1994, les textes anciens visaient tout particulièrement le secret médical¹³³², alors que le Code actuel traite du secret professionnel en général¹³³³. Il en résulte une extension des personnes considérées, non seulement les infirmiers¹³³⁴, le personnel des organismes d'assurance maladie¹³³⁵, mais aussi la secrétaire d'un médecin¹³³⁶ pour toute « information à caractère secret » dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, fussent-elles temporaires. Sa femme de ménage pourrait également être concernée. De même que les assistantes sociales¹³³⁷... et même la « personne de confiance » prévue par la loi Kouchner de 2002¹³³⁸.

En droit strict, les faits couverts par le secret doivent concerner des renseignements de type médical¹³³⁹. En principe, le nom d'un client ou le montant des honoraires ne paraît pas pouvoir être couvert pas le secret¹³⁴⁰.

1329. CP, 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 ».

1330. Cass. civ. 2^e, 6 juillet 1977, *D.* 1977, I.R. 493 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 1968, *JCP* 1968, 15601 ; trib. corr. Lille, 4 avril 1952, *JCP* 1952, 7055, obs. Colombini.

1331. Cass. crim. 19 décembre 1885, aff. Watelet, *D.P.* 1886, I, 347 ; *Sirey*, 1885, I, 121.

1332. Anc. CP art. 378.

1333. CP 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 ».

1334. CAA Paris, chambre 3, 7 Juillet 2011, n° 10PA02325, Société d'exploitation de la clinique Paofai (demande rejetée d'annuler le refus de l'inspecteur du travail d'autoriser le licenciement d'un infirmier délégué syndical pour violation du secret professionnel), non publié.

1335. CSS, art. L. 161-29-5 (L. n° 93-8 du 4 janvier 1993 – non applicable à la PF). Il n'en demeure pas moins que le personnel de la CPS est tenu au secret professionnel.

1336. Un arrêt d'une Cour d'appel du 21 octobre 2003 (*Bull.*, V, n° 259, p. 265 et Rapport annuel 2003, p. 304) avait cru pouvoir en déduire qu'une secrétaire médicale, que son employeur avait licenciée pour faute grave parce qu'elle se livrait dans sa vie privée à une activité de « voyante tarologue », avait pu l'être pour une cause réelle et sérieuse, au motif qu'une telle activité était incompatible avec ses fonctions de secrétaire médicale lui donnant accès à des dossiers confidentiels. C'était une erreur. En effet, une cassation a été prononcée dans les termes suivants : « Qu'en statuant ainsi, sans constater un manquement de la salariée à son obligation contractuelle de confidentialité, alors que le comportement incriminé, relevant de sa vie personnelle, ne pouvait en lui-même constituer une faute, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Cf. « Étude de P. Sargos, président de la chambre sociale de la Cour de cassation, faite à l'occasion de la session de formation organisée par la Cour de cassation et l'École nationale de la magistrature du 27 au 29 septembre 2004 », *BICC* 606, 15 octobre 2004.

1337. Ce n'est pas entièrement nouveau. L'O. n° 45-2729 du 2 novembre 1945 sur la PMI étendue à la PF en 1970 (*JOPF* du 15 septembre 1970) imposait déjà le secret professionnel aux assistantes sociales et aux nourrices et aux gardiennes.

1338. CSP, art. L. 1111-6.

1339. CE, 20 janvier 1959, *D.* 1960, jurispr. p. 157, note R. Savatier ; 12 janvier 1982, *AJDA* 1982, p. 375 ; 13 janvier 1999, *Juris-data* n° 1999-050021 ; 20 janvier 1999, *Juris-data* n° 1999-040347. Le constat par un médecin d'un hymen intact prouvant l'absence de tout rapport sexuel est un constat « médical » (voir par ex. CA Rennes, 3^e ch. Corr., 8 septembre 2005, *Juris-data* n° 2005-292370, *Médecine & Droit*, novembre-décembre 2006, n° 81, p. 169).

Cass. crim., 1^{er} février 1977, *Bull. crim.* n° 40 ; 17 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1981.1, jurispr. p. 201 ; CA Paris, 23 octobre 1998, *Juris-data* n° 1998-023289.

1340. Cass. crim., 11 février 1960, *JCP G* 1960.II.11604 ; Cass. crim., 31 janvier 1995 et 29 avril 1996, *Lexilaser* cassation.

Pourtant, 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 généraliste. Le secret ne peut pas englober les données relatives au nombre de malades consultés par un praticien ayant violé une clause de non-rétablissement¹³⁴¹. La jurisprudence n'est pas très ferme sur les informations à caractère péri-médical, comme la psychologie puérile d'un individu¹³⁴², ce qu'il faut déplorer car il s'agit incontestablement de données recueillies par le médecin à titre professionnel¹³⁴³.

La violation du secret est sanctionnée, quelle que soit l'intention du divulgateur, dès lors qu'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 constituée¹³⁴⁴, ce qui ne signifie pas qu'aujourd'hui un tel praticien échapperait à des sanctions disciplinaires¹³⁴⁵. Sa violation expose son auteur à des dommages-intérêts, une sanction pénale et une sanction disciplinaire. Au-delà d'un certain stade, la négligence du professionnel peut suffire à caractériser l'infraction : tel est le cas d'un médecin ayant transmis treize ans après un compte-rendu de consultation (rédigé par sa remplaçante) ayant constaté la virginité d'une patiente à sa belle-mère qui s'était présenté sous l'identité de sa bru pour retirer ce document utilisable dans une procédure de divorce¹³⁴⁶.

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 membres¹³⁴⁷.

À l'inverse, la violation du secret peut se faire avec des circonstances aggravantes : la divulgation à des « tiers absolus », la divulgation par intention lucrative, comme dans l'affaire Gübler.

Le plan de l'examen qu'on va suivre dans les pages qui suivent nous conduira à envisager successivement les données incontestables et les données problématiques.

§ 1 – Les données incontestables

Tantôt le médecin doit se taire (A), tantôt il doit divulguer (B).

1341. Cass. civ., 31 mai 1988, Bull. I, n° 168, p. 116, Juris-data 002287.

1342. 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).

1343. Voir dans ce sens CA 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.

1344. Trib. corr. Albi, 12 novembre 1954, D. 1955, somm. 48.

1345. CDMPF, art. 72-73.

1346. CA Rennes, 3^e ch. Corr., 8 septembre 2005, Juris-data n° 2005-292370, *Médecine & Droit*, novembre-décembre 2006, n° 81, p. 169 : l'évidence de l'absence d'identité entre les deux femmes suffit à caractériser l'infraction ; Cass. crim., 1^{er} février 1977, Bull. crim. n° 40 ; 17 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1981.1, jurispr. p. 201 ; CA Paris, 23 octobre 1998, Juris-data n° 1998-023289.

1347. Cons. nat., 20 novembre 1991, Bull. Ordre, décembre 1992, p. 179 (un mois d'interdiction d'exercice).

A/ Ce que le médecin doit taire au nom du secret

Le médecin ne doit pas communiquer, sans l'accord de la personne qu'il examine, des données relatives à l'état de santé de celle-ci à des tiers¹³⁴⁸. Peu importe que ce médecin soit contractuellement lié à ces tiers. Le service du contrôle médical – dont l'accès aux données de santé à caractère personnel est limité aux informations strictement nécessaires à l'exercice de leurs fonctions¹³⁴⁹ – est tenu au secret médical vis-à-vis de la Caisse¹³⁵⁰ et *a fortiori* de l'employeur du salarié contrôlé¹³⁵¹. Il en est de même du médecin-conseil vis-à-vis de la compagnie d'assurance. Avant d'être conseil de l'assureur, ce professionnel est, avant tout, médecin tenu au secret relativement à l'état de santé de la personne qu'il examine¹³⁵². Il commettrait une faute en violant le secret à la demande de la compagnie qui l'emploie, malgré l'opposition de l'assuré ou de ses ayants droit¹³⁵³. Ceci étant, le médecin-conseil d'une compagnie d'assurance peut toujours donner un avis à celle-ci quant à l'opportunité de couvrir la personne par lui examinée¹³⁵⁴.

Le secret médical, général et absolu, s'oppose à ce que les informations qui sont couvertes par ce secret soient révélées à des tiers sans l'autorisation de l'intéressé. Il y a donc violation du secret lorsque le divulgateur, non autorisé par son patient, communique des informations à des tiers, fût-ce dans le cadre d'un procès. C'est vrai au pénal, vrai aussi au disciplinaire.

Ainsi en a jugé la chambre criminelle de la Cour de cassation, censurant la chambre de l'instruction «qui, pour exclure toute violation du secret médical, retient que les pièces litigieuses n'ont été communiquées qu'à des professionnels du droit, eux-mêmes astreints à un secret professionnel ou à la partie civile et qu'elles n'ont pas été divulguées en audience publique»¹³⁵⁵.

Le Conseil d'État statuant en matière disciplinaire a jugé qu'il y avait violation du secret lorsque le divulgateur, non autorisé par son patient, communiquait des informations à des tiers, fût-ce dans le cadre d'un procès «à des personnes elles-mêmes astreintes au secret professionnel, en l'absence de tout public présent à l'audience»¹³⁵⁶.

L'accord du patient à la divulgation des données relatives à l'état de santé ne se présume pas. À supposer que l'accord du bénéficiaire du secret quant à la levée du secret puisse être tacite, «il ne peut s'évincer que d'actes manifestant

1348. CSP, art. L. 1110-4 (adapté à la PF par l'art. 1541-2)

1349. CSP, art. L. 1110-4 (adapté à la PF par l'art. 1541-2)

1350. Cass. civ. 2^e, 13 janvier 2011, n° 10-30277 : le principe ne peut aboutir à ce que les parties s'exonèrent du respect de l'exigence d'un procès équitable...

1351. Cass. civ. 2^e, 13 janvier 2011, précité, relativement aux pièces que la Caisse doit transmettre à la juridiction et qui peuvent, pour protéger le secret médical, être transmises à un médecin désigné par l'employeur.

1352. B. Beignier, *D.* 1999, chr. p. 469.

1353. Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 2004, *Bull.*, I, n° 171, p. 142. C'est aussi le cas tranché par la haute instance, dans son arrêt (précité) du 7 décembre 2004, n° 02-12539.

1354. *Rapport annuel de la Cour de cassation pour 1999*, La Documentation française, Paris, 2000, p. 405.

1355. Cass. crim., 2 septembre 2008, n° 07-87169.

1356. CE, 23 avril 1997, dr. X : *D.* 1997, IR 153.

de manière non équivoque la volonté du bénéficiaire du secret professionnel de renoncer à ce dernier»¹³⁵⁷.

La règle selon laquelle le médecin ne doit pas divulguer sans l'accord de la personne qu'il examine des données relatives à son état de santé vaut aussi pour les proches du patient. Le médecin ne doit pas transmettre, sans l'accord de la personne qu'il examine, des données relatives à son état de santé à des proches de celle-ci. 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 familial¹³⁵⁸. La loi indique seulement que, sauf opposition du patient, le médecin peut informer la famille, les proches ou une «personne de confiance»¹³⁵⁹, «en cas de diagnostic ou de pronostic grave»¹³⁶⁰.

Il en va de même des ayants droit 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 ledit défunt n'a pas exprimé de volonté contraire¹³⁶¹.

Les proches du patient peuvent être les père et mère du mineur ou du majeur incapable. S'agissant du mineur, on considère aujourd'hui qu'en matière de contraception¹³⁶², de contraception d'urgence¹³⁶³ et d'IVG¹³⁶⁴, celui-ci a le droit au secret et celui de l'imposer au médecin. La loi sur les droits des malades du 4 mars 2002 a d'ailleurs 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»¹³⁶⁵. S'il choisit un tel refus, parce qu'il ne veut pas que

1357. Cass. crim., 3 juin 2008, n° 07-87234.

1358. CA 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; CA Dijon, 18 novembre 1999, Juris-data n° 1999-110424 (violation du secret médical au profit de la famille); CA Toulouse, 25 octobre 1999, Juris-data n° 1999-045443 (violation du secret médical au profit de l'épouse); CA Paris, 25 novembre 1996, Juris-data n° 1996-023550 (remise à la famille d'une attestation révélant l'IVG subie par une patiente).

1359. CSP art. L. 1111-6 (adapté à la PF par l'art. 1541-3).

1360. CSP, art. L. 1110-4 (adapté à la PF par l'art. 1541-2).

1361. CSP, art. L. 1110-4 (adapté à la PF par l'art. 1541-2).

1362. La loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'IVG et à la contraception, qui a été publiée localement (*JOPF*, 2 août 2001), qui dispose que le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux mineures (art. 24 modifiant le CSP, art. L. 5134-1) adapté à la PF par l'art. L. 5541-1 ne mentionne pas explicitement cette exigence.

1363. CSP, art. L. 5134-1 (adapté à la PF par l'art. L. 5541-1). Le décret n° 2002-39 du 9 janvier 2002 relatif à la délivrance aux mineures des médicaments ayant pour but la contraception d'urgence (en partie applicable à la PF) toujours en vigueur était silencieux sur le secret. Le décret n° 2003-1229 du 19 décembre 2003 relatif à la contraception d'urgence à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna prend soin d'imposer la confidentialité au dispensateur (*JOPF*, 23 décembre 2003).

1364. CSP, art. L. 2217-7 (adapté à la PF par l'art. L. 2442-1). La loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'IVG et à la contraception, qui a été publiée localement (*JOPF*, 2 août 2001), prend soin de protéger le droit au secret de la mineure à l'égard des titulaires de l'autorité parentale ou de son représentant légal.

1365. CSP, art. L. 1111-5 (adapté à la PF par l'art. L. 1541-3). Voir par ex. CE, 10^e et 9^e SSR, 17 novembre 2006 concernant la mère d'une patiente mineure qui, s'étant vu opposer un refus de

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 cas le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix»¹³⁶⁶. Par ailleurs, le nouveau texte retient l'information de l'incapable majeur d'une manière adaptée à sa faculté de discernement¹³⁶⁷.

La règle vaut enfin pour le médecin qui est enjoint de communiquer des informations médicales par le président d'un tribunal civil.

En métropole, le médecin-conseil régional chef de la direction régionale du service médical de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) lui-même ne doit pas communiquer les pièces médicales détenues par son service, alors même qu'il lui est enjoint sous astreinte de le faire sous double enveloppe «secret médical» par une ordonnance du président du tribunal du contentieux de l'incapacité de Paris, qui entend seulement faciliter l'analyse du médecin expert dudit tribunal, à défaut d'accord de la victime¹³⁶⁸. *A contrario*, l'assentiment de celle-ci aurait tout changé. Ceci nous amène à envisager ce que le médecin doit divulguer malgré le secret (sans l'assentiment de la personne concernée donc).

De façon plus générale, le Code de la Sécurité sociale précise les modalités de la communication des documents aux parties ou, le cas échéant, au médecin qu'elles ont désigné lorsqu'il s'agit de documents médicaux¹³⁶⁹, étant précisé que toute pièce couverte par le secret médical ne peut être communiquée qu'à la demande du patient intéressé¹³⁷⁰.

communication totale du dossier médical de sa famille, avait saisi le juge, lequel a rejeté sa requête en se fondant sur le droit dont jouit tout mineur au secret des informations concernant sa santé.

1366. CSP, art. L. 1111- 5 (adapté à la PF par l'art. 1541-3).

1367. CSP, art. L. 1111-2 al. 5 / L. n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 11 : «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».

1368. Cass. civ. 2^e, 13 novembre 2008, n°07-18364. Voir également les arrêts 07-18365, 07-18366, 07- 18367, 07-18368, 07-18369, 07-18370, 07-13153 rendus le même jour. Dans tous les cas, la Cour prend chaque fois le soin de préciser que l'accord du patient ne peut pas être présumé du fait qu'il sollicite un avantage social : elle refuse l'argument selon lequel «l'assuré social sollicitant un avantage social en réparation d'un préjudice devant en rapporter la preuve en application de l'article 9 du Code de procédure civile devant les organismes d'attribution et les juridictions de recours, il lui est nécessaire de faire état de ses déficiences, handicaps, infirmités et pathologies tant physiologiques que psychiatriques" et donc qu'il renoncerait volontairement, dans son propre intérêt, à la protection instituée en sa faveur par l'article 4 du Code de déontologie médicale et que le secret médical ne pourrait plus être valablement opposé aux juridictions».

1369. CSS, art. R. 143-8 : «Dans ce même délai (dix jours), la caisse est tenue de transmettre au secrétariat les documents médicaux concernant l'affaire et d'en adresser copie au requérant ou, le cas échéant, au médecin qu'il a désigné».

CSS, art. R. 143-25 : «Le secrétaire général de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail assure la communication des mémoires et des pièces jointes aux parties ou, le cas échéant, au médecin qu'elles ont désigné lorsqu'il s'agit de documents médicaux».

1370. Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2010, n°09-69721.

B/ Ce que le médecin doit divulguer malgré le secret

C'est un domaine important car l'essentiel du contentieux concerne les difficultés, réelles ou injustifiées, rencontrées auprès des médecins pour accéder à l'information.

C'est là l'étude des exceptions à la règle du secret (qui ne requièrent pas l'assentiment de la personne soignée).

Ces exceptions concernent différentes matières, principalement la santé publique, les intérêts légitimes des tiers, le bon fonctionnement de la justice 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 supérieur de la collectivité. Toutefois, plutôt que d'adopter l'un ou l'autre de ces plans, pourtant éclairants sur les raisons qui ont conduit à forger ces dérogations, on choisira d'utiliser ici une présentation technique, qui a l'avantage de bien distinguer ces exceptions au secret imposées aux médecins des divulgations qu'ils sont simplement autorisés à faire sans y être tenus s'ils le refusent.

Le médecin doit déclarer les naissances et les décès¹³⁷¹ afin de contribuer à une bonne gestion des services de l'état civil.

Il doit rédiger un certain nombre de certificats comportant par nature des indications de nature à violer le secret médical. Tel est notamment le cas pour les placements d'office à l'hôpital psychiatrique (ou leur levée)¹³⁷², qui, depuis 2008¹³⁷³, nécessitent deux rapports d'expertise médicale (l'un d'eux pouvant être rédigé par un médecin de l'établissement concerné). La matière a été renouée par la loi du 5 juillet 2011¹³⁷⁴, partiellement applicable à la Polynésie¹³⁷⁵, mais la rédaction des deux certificats devant être établis par des psychiatres continue à faire exception aux règles ordinaires du secret.

Certes, en principe, le droit au respect de la vie privée, introduit en France par la loi du 17 juillet 1970, comporte le droit d'une personne de tenir son état de santé secret. Mais le secret a évidemment pour limite les impératifs publics de santé. Le médecin doit déclarer un certain nombre de pathologies.

1371. C. civ., art. 56 et 78. Voir par ex. la délibération n°83-79 du 28 avril 1983 relative à l'établissement du certificat de cause de décès ou de cause de décès périnatal (*JOPF*, 15 juin).

1372. Voir par ex. *JOPF*, 3 juillet 1997, p. 1286.

1373. Ni la loi n°7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés, ni la loi n°90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leur conditions d'hospitalisation n'ont jamais été étendues à la PF. Jusqu'en 2008, on y a appliqué un texte spécial, le décret gubernatorial du 28 août 1913, qui autorisait l'internement au vu d'un seul rapport médical qui pouvait être rédigé par le médecin de l'établissement visé. Mais le titre III de l'ordonnance n°2008-858 du 28 août 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit de l'outre-mer (*JORF*, 29 août) a abrogé ce texte (art. 8) et modernisé le régime de l'hospitalisation des personnes sans leur consentement en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna, en y introduisant un dispositif législatif présentant des garanties similaires à celles applicables en métropole.

1374. S. Prieur, « L'encadrement juridique des soins psychiatriques sans consentement : réflexions sur une réforme controversée (loi n°2011-803 du 5 juillet 2011) », *RGDM*, n°40, sept. 2011, p. 197 et suivantes.

1375. CSP, art. L. 3844-1 (L. n°2011-803 du 5 juillet 2011) : « Le titre Ier du livre II de la présente partie (concernant les hospitalisations psychiatriques) est applicable [...] en Polynésie française, sous réserve des adaptations suivantes [...] etc. »

- dans le cadre de la lutte contre les épidémies et les fléaux sociaux, plusieurs déclarations obligatoires sont imposées en médecine, avec un régime plus ou moins rigoureux, depuis la loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique¹³⁷⁶. La liste¹³⁷⁷ est en perpétuelle mouvance. Ainsi, en métropole depuis le 24 février 2005, la rougeole en fait partie¹³⁷⁸ et, depuis le 26 avril 2006, le chikungunya¹³⁷⁹ et la dengue¹³⁸⁰ y ont été rajoutés. En Polynésie française, la liste est fixée par arrêté du conseil des ministres après avis du Conseil territorial de la santé publique¹³⁸¹. Elle comporte évidemment des particularismes. Le rhumatisme articulaire aigu, «endémie de gravité majeure à caractère prioritaire en Polynésie française», fait ainsi l'objet d'un texte spécial qui impose une déclaration obligatoire¹³⁸². Ces déclarations sont aujourd'hui anonymisées (codage de la nomenclature internationale). Il existe également un fichier territorial d'enregistrement des cas de cancer¹³⁸³ dont le caractère confidentiel et l'anonymat de l'exploitation sont garantis.
- les déclarations de maladies professionnelles sont également soumises à l'obligatorité¹³⁸⁴. Pour leur liste, le décret du 24 février 1957 en son article 44¹³⁸⁵ et la délibération n°61-124 du 24 octobre 1961 en son article 80¹³⁸⁶

1376 Cf. Décret du 20 mai 1910 portant application aux EFO de la loi du 15 février 1902, relative à la protection de la santé publique, JOEFO du 11 août 1910) et décret du 8 avril 1930 modifiant le précédent sur la protection de la santé publique dans les EFO (JOEFO, 16 juin 1930).

1377 CSP, art. D. 3113-6 (non applicable à la PF): «La liste des maladies qui relèvent de la procédure de signalement prévue à l'article R. 3113-4 est la suivante: 1° Maladies infectieuses: Botulisme; Brucellose; Charbon; Choléra; Diphtérie; Fièvres hémorragiques africaines; Fièvre jaune; Fièvre typhoïde et fièvres paratyphoïdes; Légionellose; Listériose; Infection invasive à méningocoque; Paludisme autochtone; Paludisme d'importation dans les départements d'outre-mer; Peste; Poliomyélite; Rage; Suspicion de maladie de Creutzfeldt-Jakob et autres encéphalopathies subaiguës spongiformes transmissibles humaines; Toxi-infections alimentaires collectives; Tuberculose; Typhus exanthématique; Orthopoxviroses, dont la variole; Tularémie; Rougeole; 2° Autre maladie: saturnisme chez les enfants mineurs» & art. D. 3113-7: Infection par le VHB, le VIH, Tétanos.

1378 D. n°2005-162 du 17 février 2005.

1379 D. n°2006-473 du 24 avril 2006; Arrêté du 7 juillet 2006 relatif à la notification obligatoire des cas de chikungunya.

1380 D. n°2006-473 du 24 avril 2006.

1381 Parmi les maladies à déclaration obligatoire, les MST ont suscité plusieurs textes: L. n°1073 du 31 décembre 1942 relative à la prophylaxie et à la lutte contre les maladies vénériennes (JOEFO, 15 septembre 1950); Arrêté n°620 S du 29 avril 1952 relatif à la prophylaxie et à la lutte contre les maladies vénériennes, L. n°50-680 du 17 juin 1950 portant application de l'acte dit «loi du 31 décembre 1942» relatif à la prophylaxie et à la lutte contre les maladies vénériennes aux EFO (Arrêté de promulgation n°1043 APA du 1^{er} septembre 1950) et sur le SIDA la Délibération n°86-80 AT du 30 novembre 1986 et 90-67 du 14 juin 1990 (JOPF 28 juin). De plus, les dispositions du chapitre II du titre II du livre Ier de la troisième partie du Code de la santé publique sont applicables en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française (CSP, art. L3841-1): elles concernent l'indemnisation des victimes contaminées par le SIDA. On ajoutera enfin que la coopération entre l'État et le Pays relativement à la surveillance des maladies transmissibles est désormais fixée par la convention n°14-11 du 20 janvier 2011 (JOPF, 3 février 2011).

Le CTSP a été institué par la délibération n°89-15 AT du 13 avril 1989 (JOPF du 27 avril)

1382 Délibération n°88-26 AT du 3 mars 1988, JOPF, 17 mars 1988.

1383 Délibération n°85-1042 AT du 30 mai 1985, JOPF, 20 juin 1985.

1384 CSS, art. L. 461-6 (D. n°85-1353 du 17 décembre 1985).

1385 JOPF, 31 août 1957.

1386 JOPF, 30 novembre 1961.

renvoient à des arrêtés du chef du territoire¹³⁸⁷ en conseil de gouvernement.

- s'agissant des maladies mentales, lorsque la personne est soignée dans un établissement psychiatrique¹³⁸⁸, le médecin qui constate que cette personne a besoin de surcroît 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 préfet 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 staturo-pondérale et du développement physique, psychomoteur et affectif de l'enfant ainsi que le dépistage précoce des anomalies ou déficiences et la pratique des vaccinations¹³⁸⁹ ». Les certificats sont adressés au médecin responsable du service départemental de protection maternelle et infantile¹³⁹⁰.
- négativement, on soulignera qu'à rebours d'une idée reçue, aucun texte spécial n'impose aux médecins de déclarer les blessures par armes.

La protection de la santé des sportifs mais aussi la nécessité de lutter contre le dopage font également obstacle au secret. Le médecin décelant « des signes évoquant une pratique de dopage » doit transmettre ce qu'il a découvert¹³⁹¹.

Enfin, depuis longtemps, le secret trouve une dernière limite dans les intérêts fiscaux de l'État : les professionnels de santé doivent délivrer aux services fiscaux un certain nombre d'informations sur leur volume d'activité et la valeur des actes accomplis. Ainsi, « 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 »¹³⁹².

L'indication du nombre des interventions chirurgicales réalisées par le médecin et leur cotation ne sont pas davantage des données couvertes par le secret médical¹³⁹³.

Il faut noter que les documents comptables tenus par les adhérents des associations de gestion agréées mentionnent l'identité des clients, afin de

1387 Depuis la délibération n°96-132 APF du 24 octobre 1996, l'expression « chef du territoire » a été abrogée et remplacée par « le Président du gouvernement de la Polynésie française ».

1388 CSP, anc. art. L. 331 et L. 332.

1389 CSP, anc. art. L. 164.

1390 CSP, anc. art. L. 165.

1391. 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 (*JORF* 24 mars) non applicable à la PF. En Polynésie, une loi de pays est théoriquement en préparation sur cette question : Cf. Avis n°90-2010 du 27 décembre 2010 sur le projet de loi du pays relatif à la protection de la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage et sur le projet de loi du pays relatif à la recherche et la constatation des infractions en matière de dopage (*JOPF* 27 décembre).

1392. 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.

1393. Cass. crim., 21 mai 1979, 78-92205, étant précisé que « ce livre de police ne contenait aucune indication sur le siège des affections dont étaient atteints les malades et le traitement qui leur était appliqué, la lettre "K" ne permettant pas, notamment, d'identifier la nature de ces affections ».

faciliter les contrôles, pour les médecins tout comme pour les autres professions concernées¹³⁹⁴. Cela signifie qu'ils vont être accessibles à toutes les personnes qui interviennent dans le processus d'imposition. Ceci est inévitable. Mais ces documents ne doivent comporter aucune indication, même sommaire ou codée, concernant la nature des prestations médicales fournies aux patients¹³⁹⁵.

§ 2 – Les données problématiques

Tantôt le médecin peut occulter des informations (A), tantôt il peut les communiquer (B).

A/ Ce que le médecin peut occulter dans certaines hypothèses

Il y a là deux points à considérer pour tout médecin : la faculté de retenir thérapeutiquement l'information et celle d'apprécier l'opportunité de témoigner au pénal à la demande de son patient.

Autre est la situation du médecin salarié d'une compagnie d'assurance, qui peut et doit émettre un avis à l'assureur dont il est le conseil, tout en occultant ou du moins filtrant l'information à caractère médical qui lui est demandée par lui et qu'il a obtenu auprès du patient qu'il a examiné.

a) Les deux cas dans lesquels le médecin peut garder pour lui l'information qu'il détient

La première hypothèse est celle de la rétention thérapeutique de l'information. En principe le médecin doit l'information à la personne qu'il soigne, qui, dès avant la loi de 2002, avait droit, par le truchement d'un autre médecin, à tout savoir sur sa santé et les soins qui lui ont été dispensés¹³⁹⁶. Depuis 2002, ce droit peut même s'exercer directement, sans la médiation d'un autre professionnel¹³⁹⁷. Mais le médecin ne peut imposer au sujet une révélation nuisible à sa vie, du moins à sa santé ou à son équilibre psychologique. 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

1394. CGI, article 1649 quater G.

1395. CE, 7 juillet 2004, n° 253711, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, c./ M. Wiedemann.

1396. CDMPF, art. 45, al. 3 : « 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 (CSP, anc. art. L. 1112-1 dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 mars 2002).

1397. La communication des informations médicales définies à l'article L. 1111-7 (adapté à la PF par l'art. L1541-3), « est effectuée au choix de la personne concernée, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne ».

une faute en s'abstenant de tenir dame C. au courant de l'incident survenu au cours de l'opération»¹³⁹⁸. La loi du 4 mars 2002 consacre le droit d'être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave, sauf risque de transmission pour des tiers¹³⁹⁹. 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 déontologie¹⁴⁰⁰.

Un médecin peut refuser, non point un certificat, mais un témoignage en justice demandé par son patient dans une instance pénale. Le médecin est dispensé du devoir de témoigner prévu par les articles 109 du Code de procédure pénale¹⁴⁰¹ et 121 du Code de procédure civile de la Polynésie française¹⁴⁰². Et, sauf disposition législative spécifique, un juge civil ne peut pas le contraindre à lui «transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposés»¹⁴⁰³. Si quelques rares arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation ont imposé au médecin le témoignage sollicité par son patient¹⁴⁰⁴, pour l'instant une jurisprudence constante de la chambre criminelle 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 sollicité : un arrêt de 1985 (affaire Bourdejeau) a jugé que le «médecin traitant de l'accusé, cité par la défense en qualité de témoin et délié par celle-ci du secret professionnel, était cependant fondé à se prévaloir de ce secret pour refuser de révéler les faits qui lui ont été confiés par (son patient), aux motifs que la cour ne saurait, sans outrepasser sa compétence, se substituer à lui pour déterminer dans quels cas un médecin appelé à témoigner devant elle pouvait être amené à révéler des faits qui lui ont été confiés, et que le consentement de l'accusé ne saurait être considéré comme un fait justificatif faisant disparaître le caractère délictueux de la révélation des secrets litigieux»¹⁴⁰⁵.

1398. Cass. civ. 1^{re}, 14 février 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, I, 341, note P.-J. Doll ; *D.* 1973, I.R. 86 ; *Bull. civ.*, I, n° 55, p. 50.

1399. CSP, art. L. 1111-2 (adapté à la PF par l'art. L1541-3). Cf. CDMPF, art. 35, al. 2.

1400. CDMPF, art. 35, al. 2 : «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 grave, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination».

1401. *JOPF*, 1996 n° 9 NS du 16 août 1996.

1402. Délibération n° 2001-200 APF du 4 décembre 2001 portant Code de procédure civile de Polynésie française (*JOPF*, 4 janvier 2002).

1403. Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 2004, n° 01-02.238, F.S.-P, Zylberberg c/ Leclerc et autre, note H. Groutel publiée dans *Resp. civ. et assurances*, n° 9, sept. 2004, p. 7-8 et dans *Médecine & Droit*, sept.-oct. 2004, n° 68, p. 105 et note J. Kullmann, *RGDA*, 2004, n° 4, p. 1021. Il faut noter cependant que la Cour ajoute aussi «qu'il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence...»

1404. Cass. civ., 16 juillet 1936, *JCP G* 1937, II, 18, note A. Perraud Charmentier ; Cass. soc., 1^{er} mars 1972, *D.* 1972, jurispr. p. 427, note M. Le Roy.

1405. Cass. crim., 5 juin 1985, n° 85-90322, *D.* 1988, jurispr. p. 106, jugeant conforme le refus de témoigner à l'article 6, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ; voir aussi : Cass. crim., 8 mai 1947, *D.* 1948, jurispr. p. 109 ; 22 décembre 1966, *D.* 1967, jurispr. p. 123 ; 16 décembre 1992, *Bull. crim.* n° 424 ; 8 avril 1998, *Bull. crim.*, n° 138.

b) L'obligation du médecin-conseil de compagnies d'assurances de filtrer l'information obtenue auprès du patient de manière à garantir ses droits et les intérêts de la compagnie qui l'emploie

Le médecin peut et doit émettre un avis à l'assureur dont il est le conseil, tout en occultant ou du moins filtrant l'information à caractère médical qui lui est demandée par lui et qu'il a obtenu auprès du patient qu'il a examiné.

On a déjà vu qu'avant d'être conseil de l'assureur, le médecin est avant tout, médecin tenu au secret relativement à l'état de santé de la personne qu'il examine. Assurément, une compagnie d'assurances peut exiger des informations médicales d'un assuré et si celui-ci s'est par avance contractuellement engagé à les lui fournir, il renonce alors au secret médical¹⁴⁰⁶. Un arrêt de 2002 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 décès¹⁴⁰⁷. C'est d'ailleurs la solution la plus fréquente, car les assureurs insèrent le plus souvent une clause à cet effet dans leurs contrats¹⁴⁰⁸. 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»¹⁴⁰⁹. 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-conseil¹⁴¹⁰. Mais sa marge de manœuvre est limitée, car ce dernier 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 droit¹⁴¹¹. Ceci étant, il peut toujours donner un avis à celle-ci quant à l'opportunité de couvrir la personne par lui examinée¹⁴¹².

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

1406. Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1991, Lexilaser cassation ; J.-M. Auby (éd. *princeps*), *Droit médical et hospitalier*, op. cit., D. Thouvenin, *Le secret médical. Droit pénal*, fasc. 11 (7, 1998), p. 36.

1407. Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2002, *Gaz. Pal. Rec.* 2003-4, p. 2138-2143.

1408. 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. civ. 1^{re}, 18 mars 1986 ; Bull. civ. I, n° 68).

1409. C. des Assurances, art. L. 113-8 applicable à la PF depuis la loi n°81-5 du 07/01/1981, art. 32 (*JOPF* du 31/03/1981, p. 273).

1410. Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 1986, *JCP* 1986, 20629, concl. Gulphe, *Juris-data* 00202. Voir aussi Cass. civ. 1^{re}, 7 décembre 2004, n° 02-12539, *RGDM*, n° 18, p. 245 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 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).

1411. Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 2004, Bull., I, n° 171, p. 142. C'est aussi le cas tranché par la haute instance, dans son arrêt (précité) du 7 décembre 2004, n° 02-12539.

1412. *Rapport annuel de la Cour de cassation pour 1999*, La Documentation française, Paris, 2000, p. 405.

ne pouvait y faire obstacle, sauf s'il apparaissait que le silence de l'assuré ou de son ayant droit avait pour but de faire écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions¹⁴¹³. 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 1990 encore, la jurisprudence a admis que l'assureur obtienne du médecin traitant d'un assuré pré-décédé 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 secret¹⁴¹⁴. Mais ce n'est plus vrai aujourd'hui. Deux exemples de la fin des années 1990 l'illustrent. Le premier est celui d'une compagnie qui avait produit en justice des informations médicales obtenues par son médecin-conseil, lequel les 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 accord¹⁴¹⁵. Dans une seconde affaire, c'est la veuve d'un assuré qui s'était laissée 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 dossier¹⁴¹⁶. C'est là l'état des solutions actuelles, qui s'appliquent sauf bien sûr si l'assuré ou son ayant droit s'abstenait de contester la production d'une information aussi irrégulièrement obtenue¹⁴¹⁷. 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 particulier, il ne peut pas produire les pièces médicales couvertes par le secret (à la différence de l'assuré qui peut prendre une telle initiative).

Néanmoins, dans certains cas, le patient est réputé avoir renoncé à se prévaloir du secret médical. Tel est le cas s'il a sollicité une nouvelle expertise amiable, choisi l'expert et accepté que les pièces médicales liées à sa santé lui fussent communiquées¹⁴¹⁸. En effet, si ces pièces sont retenues par le patient, il faut en déduire qu'il a entendu les laisser confidentielles, mais si elles sont librement communiquées, il n'y a plus de secret dont il puisse se prévaloir.

Enfin une possibilité s'offre toujours à la compagnie d'assurances :

1413. Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1991, *Resp. civ. et assur.*, 1991, comm. 116, Cass. civ. 1^{re}, 9 juin 1993, n°91-16.067, Queroy-Troalen, Bull. civ. I, n°214; *Resp. civ. et assur.* 1993, comm. 348.

1414. Cass. civ. 1^{re}, 9 juin 1993, n°91-16.067, Queroy-Troalen, Bull. civ. I, n°214; *Resp. civ. et assur.* 1993, comm. 348.

1415. Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1998, n°96-19.902 et 96-16.721, Bull. civ. I, n°312 (approuvant les juges du fond).

1416. Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 1999, n°96-20.580, *JCP G* 1999, II, n°10025, rapp. P. Sargos, D. 1999, somm. p.381, obs. J. Penneau. Voir également: Cass. crim., 8 avril 1998, n°97-83.656, D. 1999, somm. P. 381, obs. J. Penneau.

1417. Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 2004, n°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 ».

1418. Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2006, n°05-11.906.

réclamer au tribunal la nomination d'un médecin expert, afin de conduire une expertise contradictoire¹⁴¹⁹. Celui-ci peut consulter tous les dossiers médicaux et entendre les praticiens consultés¹⁴²⁰, à la condition que ceux-ci ne se considèrent pas comme liés par le secret médical¹⁴²¹, et réunir des éléments qui ne peuvent pas être transmis directement aux parties¹⁴²². C'est dire que l'exigence de secret ne disparaît pas complètement à l'égard du juge.

B/ Ce que le médecin peut communiquer dans certains cas

On a là deux situations à éclaircir : d'une part les différents cas dans lesquels le médecin peut communiquer l'information qu'il détient au médecin expert d'un tribunal, à un officier de police dans le cadre d'une réquisition ou à un confrère dans le cadre du secret partagé au sein d'une équipe médicale, d'autre part les différents cas dans lesquels il peut dénoncer aux autorités certains faits graves, ce qui est vivement encouragé sans être obligatoire pour autant.

a) Les différents cas dans lesquels le médecin peut communiquer l'information qu'il détient

On a parlé tout à l'heure du médecin-conseil, qui se trouve dans une situation de droit privé. Autre est la situation du médecin expert nommé

1419. Ainsi, un médecin expert, qui est tenu de respecter le principe de la contradiction pendant la totalité de ses opérations d'expertise, y compris après la phase de l'examen clinique, commet une faute professionnelle grave au sens de l'article 5 de la loi du 29 juin 1971, justifiant la radiation, en faisant participer, après cette phase, à sa réflexion le seul médecin qui avait été désigné par l'une des parties (Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1999, Bull., I, n° 183, p. 120).

1420. V. par ex. CA Poitiers, 9 février 1993, *Rev. jur. Centre-Ouest*, 12, 1993, 226, obs. G. Mémeteau et Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 2000, n° 97-21.581, Bull. civ. n° 87 où pourtant l'intéressé soutenait que l'accès du médecin expert au dossier médical était subordonné au consentement du patient concerné.

1421. 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. civ. 1^{re}, 18 mars 1997, *JCP 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 (CPP, 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 CSP dispose que le 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 ».

1422. Cass. civ. 1^{re}, 2 mars 2004, Bull., I, n° 69, p. 55 : une cour d'appel a décidé, à bon droit, que les experts, ayant pour mission de déterminer si une personne était saine d'esprit au moment de la rédaction de testaments olographes, ne devaient pas communiquer directement aux parties les documents médicaux qui leur avaient été transmis en cours d'expertise, et qu'il aurait appartenu à celles-ci de désigner un médecin qui en aurait pris connaissance.

par un tribunal ou du médecin requis par l'officier de police judiciaire pour examiner un accusé au cours de sa garde à vue, dont les publicistes diraient qu'ils se trouvent dans une situation statutaire et réglementaire.

Le médecin peut communiquer des informations normalement couvertes par le secret médical au (médecin) expert nommé par un tribunal, si du moins certaines conditions se trouvent réunies.

Il faut commencer par distinguer la situation au civil et au pénal.

Au pénal, l'intéressé n'est pas seul à pouvoir accéder au contenu de son dossier médical. Le médecin traitant doit le communiquer à l'expert. En effet les médecins experts désignés par le juge d'instruction sont également habilités à prendre connaissance de son contenu¹⁴²³. Un (médecin) expert n'est pas tenu au secret vis-à-vis 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 dépositaire, mais dans celle d'un professionnel mandaté par un tribunal, ou, si l'on préfère, investi d'une mission de justice. Ceci étant, il appartient au juge, lorsqu'une expertise impliquant l'accès à des informations couvertes par le secret médical est nécessaire à la manifestation de la vérité, de prescrire des mesures efficaces pour éviter la divulgation de l'identité des malades ou consultants, et le principe du droit à un procès équitable n'est pas méconnu dès lors que, nonobstant les mesures ordonnées à bon droit par la cour d'appel pour éviter la divulgation de l'identité des patients, les parties au litige ont la faculté de désigner un médecin, qui, au cours des opérations d'expertise, pourra prendre connaissance des documents comportant les renseignements d'ordre médical examinés par l'expert¹⁴²⁴. Mais la latitude de l'expert n'est pas totale. Ainsi, si son expertise dépasse le champ qui lui a été assigné¹⁴²⁵, il engage inévitablement sa responsabilité.

Au civil, la situation est différente. En effet, en principe, le juge civil ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un professionnel de santé à transmettre des informations couvertes par le secret sans l'accord de la personne concernée ou de ses ayants droit, le secret médical constituant un empêchement légitime que le professionnel a la faculté d'invoquer¹⁴²⁶. En d'autres termes, le secret est un « empêchement légitime » qui peut aller jusqu'à conduire un médecin à refuser au juge civil (ou à l'expert nommé par lui) la production que celui-ci viendrait à réclamer sans l'accord de la personne concernée ou de ses ayants droits¹⁴²⁷.

1423. Cass. crim., 21 octobre 2008, n° 07-82241, 07-88753.

1424. Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 1997, Bull., I, n° 99, p. 65, concernant une action en concurrence déloyale entre médecins.

1425. CDMPF, 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 ».

1426. Cass. civ. 2^e, 22 novembre 2007, n° 06-18250.

1427. Voir Cass. civ. 1^{re}, 7 décembre 2004, n° 02-12539. Dans un premier temps, la haute instance commence par récapituler les arguments des juges du fond 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

Mais en fait, il ne faut pas oublier que, de manière pratique, le juge peut toujours tirer toutes les conclusions d'un refus obstiné du défendeur¹⁴²⁸.

Et en droit pur, «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»¹⁴²⁹. En d'autres termes, «le secret médical ne saurait être opposé à un médecin-expert appelé à éclairer le juge sur les conditions d'attribution d'une prestation sociale, ce praticien, lui-même tenu au respect de cette règle, ne pouvant communiquer les documents médicaux examinés par lui aux parties et ayant pour mission d'établir un rapport ne révélant que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées et excluant, hors de ces limites, ce qu'il a pu connaître à l'occasion de l'expertise»¹⁴³⁰.

* * *

un empêchement légitime lorsqu'il tend à faire écarter un élément de preuve contraire aux prétentions d'une partie et à tenir en échec l'exécution de bonne foi d'un contrat, que les dispositions de l'article L. 113-8 du Code des assurances (applicable en PF depuis la loi n°81-5 du 07/01/1981, *JOPF* du 31/03/1981) 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 (applicable à la PF depuis la loi n°81-5 du 07/01/1981, *JOPF* du 31/03/1981) 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 droit 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 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 droit, 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.»

1428. Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 2004, n° de pourvoi: 01-02338 et Cass. civ. 1^{re}, 7 décembre 2004, n° 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».

1429. Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 2002, n° de pourvoi: 01-00030.

1430. Cass. civ. 2^e, 22 novembre 2007, n° 06-18250.

Le médecin requis par un officier de police judiciaire pour examiner un accusé au cours de sa garde à vue peut communiquer ce qui lui est demandé dans le cadre de la procédure en cours. Et ensuite « aucune violation du secret médical ne saurait résulter de la lecture à l'audience, par le président, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, du certificat médical du médecin requis par l'officier de police judiciaire pour examiner l'accusé au cours de sa garde à vue, ledit certificat ayant été versé au dossier en application des dispositions de l'article 63-3, alinéa 3, du Code de procédure pénale »¹⁴³¹.

* * *

Malgré une pratique médicale qui tend obstinément 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 concernant¹⁴³². En d'autres termes, les médecins ne peuvent échanger des informations sur l'état de santé d'un patient que dans un but thérapeutique et si le patient ne s'y est pas opposé.

Tout d'abord, afin de garantir la continuité des soins, la circulation de l'information médicale indispensable est possible entre le médecin traitant et le praticien appelé d'urgence¹⁴³³, le PH prenant en charge le malade hospitalisé¹⁴³⁴, le médecin-conseil nommément désigné de l'organisme de protection sociale dont dépend le patient et le médecin relevant d'un organisme public décidant de l'attribution d'avantages sociaux¹⁴³⁵.

Tous sont tenus au secret (même le médecin-conseil d'une compagnie d'assurances 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 caution¹⁴³⁶, quoiqu'un arrêt semble avoir admis sa légalité¹⁴³⁷.

En second lieu, le secret peut être partagé au sein d'une équipe médicale¹⁴³⁸, par exemple à l'intérieur d'un établissement de santé, voire d'un centre mutualiste¹⁴³⁹, lorsque le suivi du malade nécessite un échange d'informations¹⁴⁴⁰ entre professionnels de santé eux-mêmes soumis au secret vis-à-vis de l'extérieur. *A contrario*, s'il n'y a pas de nécessité thérapeutique,

1431. Cass. crim., 27 juin 2007, n° 06-87642.

1432. CSP, art. L. 1110-4 al. 3.

1433. CDMPF, art. 59.

1434. CDMPF, art. 63.

1435. CDMPF, art. 50.

1436. 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 » (CDMPF, art. 46), ce qui paraît être le cas du médecin mandaté par la compagnie.

1437. CA Paris, 28 septembre 1988, *D.* 1989, somm. p. 319.

1438. Création jurisprudentielle (CE, sect. Soc., 2 juin 1953, *Bull. Ordre méd.*, 1952-1953, p. 194), le secret partagé a été consacré par la loi du 4 mars 2002 (CSP, art. L. 1110-4 al. 3 adapté à la PF par l'art. L. 1541-2).

1439. CE, 11 février 1972, *JCP G* 1973, II, 17363, note R. Savatier.

1440. CDMPF, art. 64.

l'information ne peut pas circuler¹⁴⁴¹. Et, en toutes hypothèses, le patient peut toujours faire opposition à celle-ci.

b) Les différents cas dans lesquels le médecin peut dénoncer aux autorités certains faits graves, ce qui est vivement encouragé

Un certain nombre de procédures en justice 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.

Ceci procède de l'idée que toute atteinte à la vie privée (et au secret) n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence¹⁴⁴².

Assurément la définition de cette proportionnalité pose problème.

C'est ainsi qu'une vieille jurisprudence civile ne reconnaît pas au médecin poursuivi en justice la possibilité d'assurer sa défense en révélant des éléments normalement couverts par le secret professionnel. Le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions est, à mon sens, une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la CEDH et il est douteux que cette règle se maintienne dans des formes aussi générales.

En tout cas, la jurisprudence pénale autorise le médecin à dévoiler des informations secrètes pour les besoins de sa propre défense¹⁴⁴³.

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. Ce qui signifie que, quelle que soit la décision prise à cet égard, le médecin ne peut plus être théoriquement en situation d'avoir commis une faute.

Sauf cas particulier. Ainsi, dans l'affaire Chouraqui (antérieure aux lois du 17 janvier 2002 et du 2 janvier 2004), 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 médical¹⁴⁴⁴.

1441. CA Rennes, 8 juillet 1998, Juris-data n° 043940.

1442. Cass. comm., 15 mai 2007, n° 06-10606.

1443. 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 (CA Bordeaux, 17 janvier 1996, Juris-data n° 042172).

1444. Cass. crim., 8 octobre 1997, Bull. criminel 1997 n° 329 p. 1079; *Gaz. Pal. Rec.* 1998, chr. crim., p. 19; *Gaz. Pal. Chr. Dr. Crim.* du 28 avril 1998, p. 4, note J. Bonneau : « 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 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

Là encore il y a des intérêts antinomiques. En effet, il y a dans ce domaine un conflit évident entre l'exigence de secret¹⁴⁴⁵ et l'obligation d'assistance à personne en péril¹⁴⁴⁶, notamment la protection de l'enfance qui a fait l'objet de la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 (partiellement applicable à la Polynésie française¹⁴⁴⁷). Le droit le résout en permettant au professionnel de communiquer des informations dans certains cas.

En premier lieu, bien que ceci ne figure explicitement dans aucun texte, la jurisprudence criminelle¹⁴⁴⁸ – mais aussi administrative¹⁴⁴⁹ – 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.

En second lieu, la violation du secret peut être admise par autorisation explicite de la loi dans deux cas : sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale applicable aux médecins ayant le statut de fonctionnaires et sur la base de l'article 226-14 du Code pénal, qui vise tout professionnel.

L'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose de façon générale 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 ». Curieusement cette disposition n'est assortie d'aucune sanction pénale, comme l'a noté la Cour de cassation¹⁴⁵⁰. À notre connaissance, aucun médecin n'a jamais été condamné pour avoir violé cette obligation en faisant prévaloir le secret.

L'article 226-14 du Code pénal énumère strictement les hypothèses dans lesquelles une information couverte par un secret peut être révélée¹⁴⁵¹. Cet article prévoit d'abord deux hypothèses très ciblées en ses al. 1 et 2 :

- l'information par le professionnel des autorités judiciaires, médicales ou administratives « de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles », subies par un mineur ou une personne vulnérable « en raison de son âge ou de son état physique ou psychique »¹⁴⁵²,
- 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

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).

1445. CP, art. 226-13.

1446. CP, art. 223-6.

1447. 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, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna ».

1448. Cass. crim., 20 décembre 1967, *D.* 1969, jurispr. p. 309 ; Cass. crim., 29 mai 1989, *Bull. crim.* n° 218.

1449. CE, 13 janvier 1999, *Juris-data* n° 1999-050021.

1450. Cass. crim. 13 octobre 1992, n° 91-82456.

1451. Cass. crim. 2 septembre 2008, n° 07-87169.

1452 CP, 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 PF).

loi du 2 janvier 2004¹⁴⁵³.

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 – 3 % des signalements à peine – car les praticiens ne disposent pas d'une immunité totale s'ils s'engagent dans cette voie. Au printemps 2003, 150 médecins ont lancé une pétition faisant état d'une cinquantaine de poursuites intentées à ce sujet contre des confrères. Et effectivement, le médecin auteur du signalement pouvait encourir des poursuites pénales et/ou disciplinaires si sa démarche aboutit à un non-lieu. La loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, précitée, s'est efforcée d'y remédier en abrogeant l'article L. 4124-6 avant-dernier alinéa¹⁴⁵⁴, mais cette abrogation n'a pas été transposée à la Polynésie française. En revanche, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 précitée a interdit par avance les poursuites disciplinaires en un tel cas et cette disposition est localement applicable. Mais le médecin consciencieux qui souhaite signaler une maltraitance doit veiller à rester très prudent quant au signalement de son possible auteur et aux risques de poursuites pénales auxquels il s'expose.

La seconde hypothèse, propre aux violences sexuelles, présuppose l'accord de la victime (sauf si elle est mineure), ce qui délie alors le professionnel de l'obligation de secret. Peut-il être ensuite condamné pour dénonciation calomnieuse¹⁴⁵⁵, 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 médecins¹⁴⁵⁶.

Dans les deux cas, la dénonciation n'est pas théoriquement obligatoire, même si l'abstention du médecin peut entraîner à son encontre des poursuites pénales pour non-assistance à personne en danger et des poursuites disciplinaires sur le fondement des articles 10 et 44 du Code de déontologie¹⁴⁵⁷. Certes il ne faut pas négliger le risque de survenance de

1453 CP, 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 PF).

1454. L. n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, art. 12.

1455. Celle-ci est réprimée par l'article 226-10 CP qui prévoit que « la dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée, est punie de 5 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

1456. CA 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.

1457. 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

celles-ci. Toutefois, il ne fait pas de doute que le professionnel taisant ne peut voir sa responsabilité pénale retenue au titre de la non-assistance à personne en péril que s'il a « conscience, au moment précis de l'omission reprochée, de ce que la personne à secourir se trouvait en état de péril imminent et constant et nécessitant une intervention immédiate »¹⁴⁵⁸, ce qui est restrictif. En effet, l'infraction étant un délit intentionnel, elle n'est caractérisée que s'il est acquis que la personne poursuivie avait conscience du péril grave, actuel ou imminent. En règle générale, la tendance actuelle est de favoriser la divulgation de tels faits, comme le montrent la jurisprudence disciplinaire¹⁴⁵⁹ – qui, exceptionnellement, est encadrée par un texte imposant à la chambre de discipline de surseoir à statuer jusqu'à décision définitive de la juridiction pénale¹⁴⁶⁰ – et les changements normatifs impulsés par les pouvoirs publics¹⁴⁶¹.

La dénonciation est possible parce que la loi autorise le médecin ; toutefois, il n'a pas toute latitude pour agir. Il doit respecter les conditions

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, l'accord des intéressés n'est pas nécessaire ».

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 ».

1458. Cass. crim., 24 juillet 2002, n° 02-83.677.

1459. L. Delprat, *La loi du 2 janvier 2004 relative à la protection de l'enfance et le secret médical*, op. cit., p. 729, qui évoque une décision du CNOP du 3 octobre 2000 qui a relaxé un médecin ayant opéré un signalement qui pouvait manquer de prudence.

1460. CSP, art. L. 4124-6 (adapté à la PF par l'art. L. 4441-7 et L. 4441-10).

1461. Il faut citer à ce titre la loi n° 2002-3 du 17 janvier 2002, art. 89 (complétant l'article 226-14 CP d'un alinéa 3 – aujourd'hui alinéa 4 – ainsi rédigé : « Aucune sanction disciplinaire ne peut être prononcée du fait du signalement de sévices par le médecin aux autorités compétentes dans les conditions prévues au présent article ») dont le texte a été reproduit à l'art. L. 4124-6 et – avant d'être abrogé en métropole – transposé en PF par les art. L. 4441-7 et 4441-10), la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 (qui a réintégré la mention expresse du corps médical dans le cadre des levées possibles du secret prévues à l'article 226-14 CP dans un nouvel alinéa 3) et dernièrement la L. n° 2007-297 du 5 mars 2007, qui a abouti à une réécriture de l'article 226-14 : « L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :

1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ;

2° Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ;

3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.

Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire ».

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 plainte¹⁴⁶².

Pour en terminer avec l'article 226-14, depuis la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, son alinéa 3 permet aux professionnels de la santé ou de l'action sociale de dénoncer les personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.

Dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure d'injonction de soins¹⁴⁶³, le médecin traitant du délinquant sexuel est autorisé à informer le juge, ou le médecin coordonnateur, de l'interruption du traitement, sans que ne puisse lui être opposé le secret médical¹⁴⁶⁴.

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»¹⁴⁶⁵. 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 médicale de la Polynésie française peut justifier qu'il ne dénonce pas à la justice la personne coupable d'un crime si celle-ci a été son patient¹⁴⁶⁶. 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 secret¹⁴⁶⁷».

1462. J.-M. Auby (éd. *princeps*), *Droit médical et hospitalier*, op. cit., D. Thouvenin, *Le secret médical. Droit pénal*, fasc. 11 (7, 1998), p. 23.

1463. CP, art. 131-36-4.

1464. CSP, art. L. 3711-3. Une prérogative identique est reconnue au profit du médecin, coordonnateur (CSP, art. L. 3711-1 3°).

1465. CP, art. 434-1.

1466. CDMPF, 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».

1467. J.-M. Auby (éd. *princeps*), *Droit médical et hospitalier*, op. cit., D. Thouvenin, *Le secret médical. Droit pénal*, fasc. 11 (7, 1998), p. 31.

En revanche, certains auteurs¹⁴⁶⁸ considèrent que le médecin qui, se fondant sur l'état de nécessité¹⁴⁶⁹, révélerait des faits couverts par le secret « si toutes les mesures de persuasion ont échoué » pour 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.

Indépendamment de tout intérêt personnel, le médecin peut aussi 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'office¹⁴⁷⁰ ou sur demande d'un tiers¹⁴⁷¹.

Par ailleurs, la révélation de faits dont le médecin a eu connaissance dans l'exercice de sa profession peut être faite aux experts et à des personnes qui ont un intérêt légitime à faire valoir cette protection, de sorte que la remise d'un certificat par un médecin à ces experts n'est pas irrégulière, dès lors que ce témoignage constituait l'un des moyens de rapporter la preuve de l'insanité d'esprit d'une personne lors de la rédaction de testaments litigieux et que, dans le cas contraire, l'héritier ou les légataires auraient été empêchés de faire valoir leurs droits. Dans un tel cas, les experts, eux-mêmes tenus au secret, ne doivent pas communiquer les documents médicaux aux parties, auxquelles il incombe de désigner un médecin pour en prendre connaissance¹⁴⁷². Néanmoins, 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 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 protection¹⁴⁷³.

En conclusion, on pourra observer que si le droit apporte de la clarté sur un certain nombre de points, nombre de ceux-ci demeurent assez flous. On peut le regretter, mais on peut aussi considérer que cette part d'incertitude relativement au secret est le reflet de la latitude que le droit reconnaît au professionnel de santé. Celui-ci est regardé comme apte à décider et sa responsabilité n'est mise en cause que si le manquement est réel – ou si quelqu'un l'assigne en justice, ce qui ne veut pas dire qu'il y aura condamnation.

1468. S. Porchy-Simon, « Santé – Responsabilité médicale – Responsabilité pour faute d'éthique médicale – Consentement libre et éclairé du patient – Secret médical », *Responsabilité civile et Assurances*, Éd. du Juris-Classeur, fasc. 440-30 (11, 2002), p. 24.

1469. CP, art. 122-7 (appréhendant l'état de nécessité comme un fait justificatif général).

1470. CSP, art. L. 3213-1 à 3213-10.

1471. CSP, art. L. 3212-1 ss.

1472. Cass. civ. 1^{re}, 2 mars 2004, Bull., I, n° 69, p. 55, s'agissant d'une expertise pour laquelle les experts avaient pour mission de déterminer si une personne était saine d'esprit au moment de la rédaction de testaments olographes ; Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2002, Bull., I, n° 144, p. 111, s'agissant d'une donation.

1473. Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2002, n° 00-16305.

§ 2 – Le devoir d’information, de conseil et de recueil du consentement éclairé

Il comporte deux volets successifs : le premier suppose que le médecin joue un rôle actif en informant et en conseillant le patient ou son ayant droit, le second lui assigne pour obligation de recueillir le consentement de celui-ci.

I – Le devoir d’information et de conseil

L’idée d’informer le patient n’est pas d’origine médicale. D’ailleurs, pendant longtemps, les médecins ont préféré taire aux maladies les informations relatives à leur état de santé, voire leur mentir, afin de ne pas les alarmer inutilement¹⁴⁷⁴.

Cette vieille conception n’en est pas moins devenue juridiquement intenable dans le courant du XX^e siècle¹⁴⁷⁵. En effet, les tribunaux ont peu à peu renforcé l’exigence d’informer les malades. En 1905, les juges de la Cour d’Amiens affirmèrent ainsi la nécessité de différer une intervention médicale non-urgente afin de pouvoir informer préalablement un patient en état d’ébriété¹⁴⁷⁶. L’année suivante, ce sont les juges de la Cour d’Aix-en-Provence qui condamnèrent un praticien qui, « avant de commencer ses investigations au moyen d’un agent dont il connaissait l’action nocive, n’a(vait) point avisé le malade des risques qu’il était exposé à courir »¹⁴⁷⁷.

Il en est sorti une jurisprudence qui est allée en s’affermissant, avec en point d’orgue la première condamnation frappant un hôpital public en 1942¹⁴⁷⁸.

Le médecin – comme tous les professionnels libéraux (avocat, agent immobilier ou assureur)¹⁴⁷⁹ – est aujourd’hui tenu à une obligation d’information

1474. B. Hoerni, « Vie et déclin du "mensonge médical" », *Revue d’histoire des sciences médicales*, t. XXXIX, 2005-4, p. 349 et suivantes. La littérature s’en est faite l’écho. Ainsi, dans l’un de ses romans en 1937, Forum de l’article, Stefan Zweig fait dire à un médecin : « Tout cela ne vous plaît pas particulièrement, n’est-ce pas ? C’est en contradiction avec vos conceptions du médecin [...] ami de la vérité ? Dans votre enthousiasme juvénile vous vous étiez représenté autrement la morale du médecin et vous êtes maintenant [...] un peu désillusionné et même dégoûté par de telles pratiques ? Mais, je regrette, la médecine n’a rien à voir avec la morale : chaque maladie est [...] une révolte contre la nature, et c’est pourquoi il faut employer contre elle tous les moyens, tous... Il faut, comme envers toute révolte, agir sans ménagement, utiliser tout ce qui vous tombe sous la main, car avec [...] la vérité on n’a jamais guéri personne. Si une supercherie sert à quelque chose, ce n’est plus une supercherie, mais un excellent remède » (*La Pitié dangereuse*, Grasset, Paris, 1990, p. 153).

1475. M.-D. Grmek, « Le pieux mensonge du médecin et le droit du malade à la vérité. I – Aperçu historique », *Concours méd.* 1964, 86, 3855-8 & « II – La controverse actuelle entre médecins et juristes », *Concours méd.*, 1964, 86, 4021-30 ; L. Denervaud-Blais, *L’obligation d’information du médecin. Sa construction par le juge judiciaire des origines à aujourd’hui (1853-2003)*, Thèse Droit, Douai, 2003, p. 37 et suivantes.

1476. Trib. de Château-Thierry, 7 juin 1905 et CA Amiens, 14 février 1906 (S. 1909, 2, p. 225-227, note E.-H. Perreau, GP 1906, 2, p. 433-434, D. 1907, 2, p. 44-46, note A. Mérignhac), p. 37.

1477. CA Aix, 22 octobre 1906, D. 1907, 2, p. 41, note A. Mérignhac ; S. 1909, 2, p. 321, note E.-H. Perreau.

1478. Cass., 28 janvier 1942, Teyssier, D. C. 1942, p. 63.

1479. Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 29 avril 1997, *Gaz. Pal.*, Rec. 1997, panor. Cass. p. 180, *JCP G* 1997, n° 22948, note R. Martin, Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1999, *Gaz. Pal.*, Rec. 1999, panor. Cass. p. 178 (993216), D. 2000, somm. comm., p. 153 (pour l’avocat) ; CA Paris, 17^e ch. A, 10 septembre 2001,

et de conseil, qui est susceptible de revêtir certaines spécificités¹⁴⁸⁰, notamment en matière dentaire¹⁴⁸¹. Avec le développement du consumérisme et l'influence croissante du droit de la consommation¹⁴⁸² sur la relation médicale¹⁴⁸³, cette obligation connaît aujourd'hui un vif développement¹⁴⁸⁴. D'autant que l'émergence de la notion de droit de la personne soignée à la fin du XXe siècle a conféré une importance majeure au droit à l'information du malade¹⁴⁸⁵, regardé parfois comme « le plus important des droits de la personne aux soins »¹⁴⁸⁶.

A/ Les personnes et le contenu visés

Les personnes visées sont en principe le médecin et/ou l'établissement de santé et le malade et/ou ses ayants droit (a). Le contenu de l'information s'entend de son étendue et de ses limites (b).

a) Les personnes concernées

En principe l'information est une obligation dont la personne soignée est normalement le premier créancier mais le médecin n'en est pas le débiteur exclusif. C'est ce qui apparaît si l'on considère la personne chargée d'informer et celle qui a droit de recevoir l'information.

L'information est normalement due à la personne soignée. Elle existe par et pour le patient. Ceci permet de comprendre pourquoi la jurisprudence valide le refus d'information exprimé valablement par le malade¹⁴⁸⁷. Elle correspond à un droit du patient, qui a été élevé au rang de « principe constitutionnel de

Gaz. Pal. Rec. janv. fév. 2002, p. 263 (pour l'agent immobilier), Cass. civ. 1^{re}, 30 janvier 2001, Bull. n° 14, 9 mai 2001, Bull. n° 118, 17 juillet 2001, Bull. n° 229 (pour l'assureur), etc.

1480. Voir par ex. F. Chabas, « L'information en matière de pédiatrie », *Gaz. Pal. Rec.*, 2004-3, p. 1478-1284.

1481. CA Nancy, 1^{re} ch. civ., 27 septembre 2004, *JCP* 2005, IV, 1954 ; *Gaz. Pal. Rec.* 2005-1, p. 542 (condamnation d'un praticien ayant omis de remettre avant le commencement des soins le formulaire d'entente préalable dûment complété et signé).

1482. 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 »).

1483. Ce mouvement remonte à la seconde moitié du XXe siècle. On pourrait en trouver les prémices dans CE, 23 février 1949, Favert, Rec., p. 88 assimilant déjà le malade à un consommateur de soins.

1484. B. Hoerni, M. Nénézech, *L'information en médecine. Évolution sociale, juridique, éthique*, Masson, Paris, 1994, p. 19 (où les auteurs placent le droit à l'information parmi les « cinq droits fondamentaux » des patients). Voir surtout : C. Pivard *Un attribut du patient dans sa relation avec le médecin : l'information*, Thèse Droit, Aix-Marseille 2001, qui serait très largement à citer. Et le résumé de G. Rebecq, « L'information médicale du patient à la lumière de la loi du 4 mars 2002 », *Journal de Médecine Légale Droit Médical*, 2004, vol. 47, n° 4, p. 83-93.

1485. L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, modifiant CSP art. L. 1111-2, al. 1° (adapté par l'art. L. 1541-3) : « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ».

1486. C. Evin, « Les droits de la personne malade », *Rapport au Conseil économique et social*, 1996, p. 83.

1487. Cass. 7 octobre 1998, Bull. civ. I, n° 291 ; CE, 5 janvier 2000, Consorts Telle, Rec. p. 5, concl. M. Chauvaux, *Juris-data* n° 2000-117157.

sauvegarde de la dignité de la personne humaine»¹⁴⁸⁸. Son fondement est de permettre au patient 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»¹⁴⁸⁹.

Dans certaines situations pathologiques, le destinataire de l'information pourra être quelqu'un d'autre que le patient.

En premier lieu, si, de manière particulière, le malade est hors d'état d'être informé et d'exprimer sa volonté, le médecin doit informer les proches (et recueillir leur consentement) à moins d'urgence ou d'impossibilité¹⁴⁹⁰.

En second lieu, il existe une réserve générale pour les incapables. En effet, ce sont leurs ayants droit qui doivent être informés (et en principe consentir pour eux aux soins).

S'agissant des mineurs dans des situations familiales difficiles, le mineur peut exiger que l'accès de ses parents aux informations le concernant soit réalisé par l'intermédiaire d'un médecin ou même qu'elles soient couvertes par le secret professionnel¹⁴⁹¹.

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 médical¹⁴⁹².

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 professionnel. Dans la mesure où la loi Kouchner de 2002 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 par l'une ou l'autre de 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 décédée¹⁴⁹³.

* * *

L'information est normalement à la charge du médecin, mais celui-ci n'en est pas le débiteur exclusif

L'obligation d'informer pèse sur tout médecin, quel que soit son statut. La pratique antérieure d'un même geste médical par un autre praticien n'exonère

1488. Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, n° 0014564, Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001.3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; RTDC 2002.176, obs. R. Libchaber.

1489. Cass. civ., 19 avril 1988, Baud, Bull. civ. I, n° 107.

1490. CSP, art. L. 1111-4, al. 4 (adapté par l'art. L. 1541-3). *A contrario*, si le patient est en mesure d'être informé et de consentir, le praticien n'est pas tenu d'informer les proches (Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1955, D. 1956, jur. p. 3 ; Cass. civ. 1^{re}, n° 0619301, *Lamy Droit de la santé*, n° 309-11 et 309-29 (janvier 2008)).

1491. D. n° 2002-637 du 29 avril 2002, art. 6.

1492. D. n° 2002-637 du 29 avril 2002, art. 6.

1493 CSP, art. L. 1111-7 (adapté par l'art. 1541-3) et L. 1110-4 (adapté par l'art. L. 1541-2)

pas le professionnel y recourant de son obligation personnelle d'information¹⁴⁹⁴.

Cette situation très lourde faite au médecin ne signifie pas que l'information de la personne requérant des soins ne pèse que sur lui. Formellement, la loi vise « tout professionnel de santé »¹⁴⁹⁵. La jurisprudence en a déduit que cette disposition visait aussi l'établissement de santé dans lequel exerce le médecin, étant précisé que s'opèrent 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 lui. De sorte qu'une clinique est redevable vis-à-vis des personnes hospitalisées d'une obligation de renseignements concernant les qualifications des praticiens libéraux y exerçant¹⁴⁹⁶ et les prestations de soins qu'elle est en mesure d'assurer : un établissement a été ainsi condamné pour ne pas avoir informé des futurs parents qu'il ne disposait pas de la présence permanente d'un gynécologue, dont l'absence a contraint une sage-femme à faire face à un accouchement dystocique qui aurait nécessité la présence d'un médecin¹⁴⁹⁷.

Le médecin doit aussi une part de l'information à la clinique où il exerce, par exemple lui signaler qu'un patient exige une surveillance particulière¹⁴⁹⁸ notamment un malade maniaco-dépressif, dont le psychiatre aurait dû voir qu'il risquait de se suicider et faire inscrire des précautions particulières sur le cahier infirmier¹⁴⁹⁹.

b) Le contenu de l'information médicale

De façon générale, il 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 gratuitement¹⁵⁰⁰ « à l'ensemble des informations [...] détenues par des professionnels et établissements de santé »¹⁵⁰¹. Les règles élaborées en droit

1494. Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2004, X, n° 02-17175, *RGDM*, n° 15, p. 306 ; Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 2007, n° 06-18262, *Gaz. Pal.*, Rec. 2007-6, p. 4195.

1495. CSP, art. L. 1111-2, al. 2 (adapté par l'art. L. 1541-3).

1496. Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2009, n° 08-10.642

1497. Cass. civ. 1^{re}, 14 octobre 1997, n° 95-21.390, *D.* 1999.

1498. Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1997, n° 95-14848.

1499. Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 2005, n° 03-18.779.

1500. CSP, art. L. 1111-7, al. 7 (adapté par l'art. 1541-3). Cette gratuité ne fait pas obstacle à ce que le demandeur assume les coûts de reproduction et d'envoi.

1501. CSP, art. L. 1111-2 (adapté par l'art. 1541-3). 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 – adapté par l'art. 1541-3) 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, 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). Bien que cette énumération ne soit pas limitative, il semble que les notes personnelles du médecin demeurent sa propriété. Mais ce n'est pas

hospitalier relativement à l'accès au dossier médical ont de toute évidence inspiré le législateur, qui a renoncé à utiliser cette expression floue¹⁵⁰² et controversée¹⁵⁰³.

Par une regrettable lacune de la loi, aucune sanction pénale n'existe en cas de refus de communication d'informations.

De façon particulière, l'information est à la fois préalable à l'acte médical et postérieure à celui-ci.

Le contenu de l'information médicale préalable à l'acte médical a été défini par la jurisprudence depuis un demi-siècle, entre l'arrêt Teyssier¹⁵⁰⁴ et l'arrêt Hédreul¹⁵⁰⁵, puis codifié par la loi du 4 mars 2002¹⁵⁰⁶ transposée sur ce point à la Polynésie française. Cette information a été doctrinalement décomposée en trois éléments¹⁵⁰⁷ :

- l'ensemble des informations sur l'état de santé du patient, son évolution prévisible et les interventions et soins proposés du fait de cet état – ce qui sous-tend l'existence d'alternatives thérapeutiques entre lesquelles le malade pourrait avoir un choix, par exemple la pose d'une prothèse ou une ablation¹⁵⁰⁸,
- la nature exacte et les conséquences de la thérapie proposée, ce qui suppose un conseil positif du praticien¹⁵⁰⁹,
- les risques inhérents à celle-ci, les risques connus¹⁵¹⁰, normalement prévisibles, dans certains cas les risques exceptionnels¹⁵¹¹, mais certainement pas les risques imprévisibles¹⁵¹² et, bien sûr, par définition, pas les risques inconnus¹⁵¹³ !

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», *LPA*, 19 juin 2002, n° 122, p. 20).

1502. 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 & Droit*, 2000, n° 40, p. 10). Une bonne définition en est donnée *a posteriori* par l'article L. 1111-7 : 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».

1503. P. Jacquin, «Le dossier médical est un fantasme», *Les cahiers de la médecine utopique*, 12/2000-01/ 2001, p. 10.

1504. Cass., 28 janvier 1942, Teyssier, D.C. 1942, p. 63.

1505. Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2000, précité.

1506. CSP, art. L. 1111-2 (adapté par l'art. L. 1541-3).

1507. Cf. P. Sargos, rapport, Cass. civ. 1^{re}, 14 octobre 1997, Guyomar, *JCP* 1997, II, n° 22942.

1508. Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998, Chuine c./ Teissier, pourvoi n° 96 110 54, *Juris-data* n° 1998-001097.

1509. C'est le devoir de conseil (G. Mémeteau, *La responsabilité médicale*, *op. cit.*, n° 149-150).

1510. Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2002, n° 01-03173. Le risque connu est, pour reprendre la formule du commissaire de gouvernement S. Daël, le risque répertorié et mesuré dans la littérature médicale (concl. sur CE, Ass., 9 avril 1993, Bianchi, *op. cit.*, p. 579). En d'autres termes la jurisprudence ne cherche pas à satisfaire aux rigoureuses exigences du principe de précaution.

1511. On va voir plus loin que c'est le choix du Conseil d'État, mais pas celui de la Cour de cassation.

1512. En effet, un médecin ne peut se voir imputer à titre de faute l'absence d'information donnée au patient victime de complications multiples dont l'enchaînement a rendu la survenance du risque totalement imprévisible (Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2002, *Gaz. Pal. Rec.* 2003, somm. p. 1247, J. n° 77). Voir aussi Cass. civ. 1^{re}, 21 janvier 2003, n° 00-18229.

1513. CAA Nancy, ordonnance 14 février 2005, CH de Saint-Dizier, n° 04NC01005 (à propos

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 maladie¹⁵¹⁴, mais cette disposition n'a pas été transposée à la Polynésie française.

Pour le reste, elle ne précise pas la forme de l'information. De toute évidence, 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 mucocèle frontal¹⁵¹⁵. Pour s'assurer que la personne a compris, le comité consultatif national d'éthique recommande de vérifier qu'il peut réexpliquer¹⁵¹⁶. Une information écrite préalable est exigée dès lors que les actes médicaux envisagés comportent un dépassement, ou quand les honoraires totaux des actes et prestations facturés lors de la consultation sont supérieurs ou égaux à 70 euros¹⁵¹⁷. Mais un écrit peut être jugé insuffisant¹⁵¹⁸, notamment s'il est démontré que le patient l'a signé sans être véritablement informé¹⁵¹⁹.

D'autre part, quant au fond, l'information doit être très large. Elle doit être complète, sans cependant noyer le patient dans une énumération fastidieuse : « 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 »¹⁵²⁰.

La loi de 2002 laisse dans l'ombre un point jusque-là clarifié par la jurisprudence¹⁵²¹. Elle mentionne « les risques fréquents ou graves normalement

d'une invalidité consécutive à un traitement par antibiotiques non répertoriée à l'époque des faits); CAA Marseille, 2 décembre 2004, APHM, n°00MA01367, *RGDM*, n° 15, p. 309-310 (concernant l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle).

1514. CSP, art. L. 1111-3.

1515. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, op. cit., p. 18.

1516. Avis n° 58 du 12 juin 1998, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », LC n° 17, octobre 1998, p. 3 ss.

1517. Arrêté du 2 octobre 2008 fixant le seuil prévu à l'article L. 1111-3 du Code de la santé publique (*JORF*, 11 octobre).

1518. CA Toulouse, chambre 1, section 1, 25 octobre 2010, n° 508, 10/01705 et, en droit hospitalier, CAA Douai, 30 juin 2010, n° 09DA00054 : « la production de la notice d'information remise aux patients de l'établissement qui mentionne la perforation de la paroi intestinale parmi les complications possibles d'une coloscopie n'est pas de nature à justifier qu'une information suffisante » ait été donnée au patient (*RGDM*, n° 37, décembre 2010, p. 477).

1519. Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 2003, n° 01-15711, *RGDM* (2003), n° 10, p. 323 et n° 12 (2004), p. 309.

1520. J.-M. Auby (éd. *princeps*), *Droit médical et hospitalier*, fasc. 9 (11, 2001), P. Sargos, *L'information du patient et le consentement aux soins*, p. 11.

1521. Avant 2002, pour reprendre les termes de la Cour de cassation, « 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. civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, n° 00-11525).

prévisibles»¹⁵²² et laisse de côté les risques graves mais exceptionnels¹⁵²³.

Dans un premier temps, on a imaginé que la jurisprudence antérieure serait maintenue sur ces deux points.

C'est ce qu'a fait le Conseil d'État¹⁵²⁴. Mais la Cour de cassation en a jugé autrement, adoptant une lecture très restrictive de la loi¹⁵²⁵.

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 le professionnel de l'obligation d'informer et de solliciter le consentement¹⁵²⁶.

En revanche, on peut présumer le consentement à un acte nécessaire, répondant à une situation grave, urgente¹⁵²⁷ et imprévisible si celle-ci survient au cours d'une intervention chirurgicale à laquelle le patient avait préalablement consenti¹⁵²⁸.

Il est clair qu'informer à tout prix et dans tous les cas relève de l'exploit¹⁵²⁹. Une certaine pratique en établissements de santé consiste à se libérer de cette charge en faisant signer des formulaires plus ou moins complets aux patients. Cela ne peut pas « constituer une information conforme aux exigences légales et jurisprudentielles en la matière »¹⁵³⁰.

1522. CSP, art. L. 1111-2 (adapté par l'art. L. 1541-3). Les risques d'arrêt cardiaque et de séquelles neurologiques inhérents à un double pontage aorto-coronarien à la suite d'un infarctus du myocarde ne peuvent être regardés comme exceptionnels (CE, Ass, 19 mai 2004, n° 216039 et 216040).

1523. CE, 5 janvier 2000, *D.* 2000, IR 28, *JCP 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. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998 (Bull. civ. n° 291, *JCP* 1998 n° 43, act., p. 1843 ; *D.* 1999, jur. p. 145), décision confirmée par Cass. civ. 1^{re}, 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.

1524. CE, 27 septembre 2002, Mme Martine, *AJDA* 2/2003, p. 72, commentaire J. Saison, *RFDA*, 2002, p. 181. Et, en matière civile, CA Poitiers, 4 juin 2002 et 8 octobre 2002, *Juris-data* n° 184841 et n° 187437.

1525. Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2002 et Cass. civ. 1^{re}, 21 janvier 2003, n° 00-18229.

1526. 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. civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, *D.* 2000, IR, p. 217 qui dissipe l'interprétation qu'on avait pu tirer le mois précédent de Cass. civ. 1^{re}, 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).

1527. De manière générale, l'urgence justifie l'absence d'information, comme le confirme la jurisprudence judiciaire (Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, Bull. civ. n° 291, *JCP* 1998 n° 43, act., p. 1843 ; *D.* 1999, jur. p. 145) et administrative (CE, Sect., 5 janvier 2000, 2 arrêts, req. n° 198530, Assistance publique Hôpitaux de Paris et req. n° 181899, Cts Telle, *JCP* 2000.I.243, note Viney, *D.* 2000, I.R. p. 28).

1528. Cass. civ. 1^{re}, 27 octobre 1962, Bull. civ. I, n° 307.

1529. Note J. Guigue sous CA Paris, 6 novembre 2003, *Gaz. Pal.*, 17 avril 2004, p. 15.

1530. CA Toulouse, chambre 1, section 1, 25 octobre 2010, n° 508, 10/01705. L'arrêt mérite d'être cité : « Le document intitulé "Consentement éclairé mutuel – Autorisation d'opérer" signé par Mme M. la veille de l'intervention, est ainsi rédigé : "Je reconnais avoir reçu de mon chirurgien toute l'information souhaitée, simple et intelligible concernant l'évolution spontanée des troubles ou de la maladie dont je souffre au cas où je ne me ferais pas opérer. Il m'a aussi expliqué les risques auxquels je m'expose en me faisant opérer, les bénéfices attendus de cette intervention et les alternatives

Il est évident que le droit est ici très exigeant avec le professionnel de santé. Ce niveau d'exigence ne s'arrête pas avec l'accomplissement de l'acte médical.

* * *

En effet, 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 réalisée¹⁵³¹, afin de lui permettre de prendre des précautions¹⁵³², 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 2002¹⁵³³.

En second lieu, il existe un certain nombre de règles régissant la vieille pratique du dossier médical. Aujourd'hui, tout médecin doit constituer un dossier individuel pour chacun de ses patients et la loi du 4 mars 2002 pose les principes de l'accès au dossier médical¹⁵³⁴.

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 »¹⁵³⁵. Il s'agit donc « de faire figurer au dossier tout ce qui présente une certaine formalisation et une utilité certaine au traitement »¹⁵³⁶. Il y a là deux éléments : l'exigence de formalisme et la finalité, orientée vers l'établissement du diagnostic. De toute évidence, le second prime¹⁵³⁷. Négativement, cette approche exclut en principe les notes personnelles. Ou du moins, c'était là l'intention du législateur¹⁵³⁸.

Mais cette distinction est difficile à utiliser, car souvent (notamment en

thérapeutiques. Je reconnais avoir été informé que toute intervention chirurgicale comporte un certain pourcentage de complications et de risques y compris vitaux, tenant non seulement à la maladie dont je suis affecté(e), mais également à des variations individuelles non toujours prévisibles..." Ce document libellé en termes très généraux ne contient aucune précision quant à la nature des complications et des risques effectivement liés à l'arthroscopie, qui étaient prévisibles et nécessairement connus du Dr M., puisqu'il résulte du rapport d'expertise que l'épanchement sanguin post-opératoire et sa diffusion sont relativement fréquents dans ce type d'intervention. Il ne peut donc constituer une information conforme aux exigences légales et jurisprudentielles en la matière... il convient donc de retenir que le Dr M. a manqué à son obligation d'information».

1531. Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1971, *JCP G* 1971.II.16859. Voir aussi : CE, 31 juillet 1964, *AJDA* 1964, p. 576 (en matière hospitalière).

1532. Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1983, *Juris-data* n° 1983.701105 ; *D.* 1983, jurispr. p. 121.

1533. CSP, art. L. 1111-2 sur « les risques nouveaux identifiés » (adapté par l'art. L. 1541-3). On ignore si cette formulation inclut les risques graves et exceptionnels.

1534. CSP, art. L. 1111-7 (adapté par l'art. L. 1541-3).

1535. CSP, art. L. 1111-7 (adapté par l'art. L. 1541-3).

1536. C. Charbonneau, F.-J. Pansier, « Présentation du titre II relatif à la démocratie sanitaire », *Gaz. Pal.*, -4 mai 2002, *Rec.* 2002-3, p. 689.

1537. CAA Paris, 30 septembre 2004, Ulla G., n° 03PA01769 incluant dans le dossier médical des documents manuscrits, que les médecins n'avaient pas jugé utile de formaliser véritablement.

1538. *Déb. AN*, 1^{re} séance du 4 octobre 2001.

psychiatrie), le dossier d'un malade est composé presque exclusivement de notes personnelles du médecin¹⁵³⁹. Ceci implique que les professionnels apprennent à rédiger différemment leurs dossiers médicaux (avec des dates, des comptes-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 exception et une limite.

L'atténuation 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.

En revanche, constitue une exception l'hypothèse «d'une hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'une hospitalisation d'office». En ce cas en effet, la consultation peut être subordonnée à la présence d'un médecin désigné par le demandeur. Et la personne psychiatriquement examinée ne peut y faire obstacle. En revanche, rien n'interdit au patient «placé d'office» d'accéder au nom du médecin qui a signé son certificat d'hospitalisation... Ceci revient à aborder les limites du droit à l'information.

* * *

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 judiciaire¹⁵⁴⁰ et administrative¹⁵⁴¹, concerne l'urgence ou l'impossibilité d'informer qui dispense le professionnel de donner l'information et de recueillir le consentement de la personne concernée¹⁵⁴². Il s'agit là de deux causes distinctes. En effet, l'impossibilité d'informer n'a aucun lien avec l'urgence : elle survient chaque fois que l'information ne peut être donnée. C'est ainsi qu'on ne peut pas informer sur une pathologie, certes médicalement connue, mais non décelable avant l'intervention¹⁵⁴³.

La seconde exception légale concerne la volonté même du malade de ne pas être informé : 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 transmission¹⁵⁴⁴.

1539. *Bull. Ordre des Médecins*, n° 10 (décembre 2002), p. 16.

1540. Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, 2^e 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.

1541. CE, Ass., 5 janvier 2000.

1542. CSP, art. L. 1111-2, al. 2 (adapté par l'art. L. 1541-3) : « Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser » (le professionnel de santé).

1543. Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2004, n° 03-15120, n° 1479 P, *Rusterucci c./ Swiss Life et a.* En l'espèce, on se trouvait en face d'une suspicion légitime de tumeur cancéreuse. Après l'intervention exploratoire, indispensable pour poser un diagnostic certain, il est apparu que cette tumeur – d'origine nerveuse, ce qui est rare – était bénigne, toutefois, l'intervention ayant laissé des séquelles, la personne soignée avait recherché la responsabilité du professionnel pour défaut d'information.

1544. CSP, art. L. 1111-2, al. 4 (adapté par l'art. L. 1541-3) : « La volonté d'une personne d'être tenue

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 »¹⁵⁴⁵, que les juristes – pas toujours d'accord entre eux – fondent pour le moins sur l'impossibilité d'informer et que les médecins appréhendent comme l'extrême difficulté à dire la vérité¹⁵⁴⁶, lorsque la vérité est, par exemple, un cancer de tel organe, de tel type histologique, qui implique telle courbe de survie et tel pourcentage de survivants à court terme (deux ans). Force est de reconnaître qu'une révélation inopportune peut inquiéter inutilement le malade et le décourager d'entreprendre des soins¹⁵⁴⁷. Le médecin peut donc se taire. En revanche, comme l'a rappelé le Comité consultatif national d'éthique, aucun texte ne l'autorise aujourd'hui¹⁵⁴⁸ à mentir¹⁵⁴⁹.

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 sera pas retenue¹⁵⁵⁰. Ceci nous invite à traiter de la sanction de l'obligation d'information et de conseil.

B/ La preuve et la sanction de l'obligation d'information et de conseil

a) La preuve de l'information

Conformément au droit commun¹⁵⁵¹, la preuve de l'information a longtemps¹⁵⁵² pesé sur le patient qui devait prouver la défaillance du médecin

dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission».

1545. CDMPF, art. 35. Cass. civ. 1^{re}, 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. civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, Bull. civ. I, n° 227).

1546. Révéler, par exemple, une psychose maniaco-dépressive (Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2000, n° 98-18513, Bull. civ. I, n° 159, *JCP* 2000.II.10342, rapp. P. Sargos, *D.* 2000, som. comm., p. 470, obs. P. Jourdain).

1547. Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2000, Bull. civ. I, n° 159, *JCP* 2000.II.10342, rapp. P. Sargos, cité plus haut ; Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, Franck X c./ M. et Y. et autres, *Gaz. Pal.*, Rec. 2001-5, sept. oct. 2001, p. 1703, etc.

1548. Dans le passé, le mensonge charitable a trouvé des défenseurs et au début du XX^e 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° 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 ».

1549. Avis n° 58 du 12 juin 1998, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », LC n° 17, octobre 1998, p. 3 ss.

1550. CA Paris (1^{er} ch. B), 5 avril 2001, Soc. *Le Sou Médical* & autre c./ Nicole Fajardie & autres, *Gaz. Pal.* Rec. janvier. fév. 2002, p. 226.

1551. C. civ., art. 1315 al. 1 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

1552. 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

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 patient¹⁵⁵³. 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'hui¹⁵⁵⁴. Mais comme la preuve est libre, le juge admet aussi des témoignages, indices ou présomptions de nature à emporter sa conviction¹⁵⁵⁵. Ainsi, une succession de rendez-vous suffisamment espacés peut être admise comme commencement de preuve. En pratique cependant, seul l'écrit paraît de nature à donner au médecin toute sécurité dans l'hypothèse où il serait conduit à fournir cette preuve¹⁵⁵⁶. D'autant que la précaution prise par le médecin ne tombe pas sous le coup de la prohibition jurisprudentielle de la preuve pré-constituée pour soi-même¹⁵⁵⁷.

Mais il faut se méfier de ce que certains auteurs appelaient il y a cinquante ans déjà les « permis d'opérer »¹⁵⁵⁸, car, dans certains cas, la faute du médecin tient dans le fait d'accepter d'opérer. En effet, certains écrits n'offrent qu'une protection illusoire¹⁵⁵⁹. La remise d'une note écrite, en particulier, ne suffit pas à justifier de l'obligation d'information¹⁵⁶⁰. 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. Si un médecin a la conviction que la demande de son patient lui

pas informé des risques d'un acte médical (Bull. civ., n° 162). Auparavant la charge de la preuve incombait au médecin.

1553. Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, (premier arrêt) Hédreul, Bull. civ., I, n° 75 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2002, Bull. n° 266. Dans l'intervalle, cette solution a été reprise à son compte par le législateur, avec la loi du 4 mars 2002 (CSP, art. L. 1111-2, al. 7 adapté à la PF par l'art. L. 1541-3). 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 (CSP, art. L. 1111-4 al. 7, adapté à la PF par l'art. L. 1541-3).

1554. 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 ?

1555. Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, Bull. civ. I, n° 75, *D.* 1997, somm. p. 319 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 octobre 1997, Bull. civ. I, n° 278 ; *JCP* 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).

1556. Certains arrêts anciens avaient d'ailleurs demandé un tel écrit (Cass. civ. 1^{re}, sect., 7 novembre 1961, *D.* 1962, somm. 71).

1557. Un écrit émanant de soi-même ne peut être qu'un commencement de preuve par écrit devant être nécessairement corroboré par d'autres éléments extrinsèques (Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996, 93-15978). Cela ne fait pas obstacle à ce qu'un médecin prenne des précautions écrites (Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 2005, n° 02-11.339).

1558. 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.

1559. La jurisprudence n'a pas encore confirmé ce point de vue, usuel dans certains droits étrangers : ainsi, dans un arrêt de 1989, la Cour suprême de la Louisiane a jugé que la signature apposée sur un formulaire de consentement ne suffisait pas à prouver qu'il y ait eu consentement éclairé du patient (aff. *Hondroulis c./ Schumacher*, 546 So. 2d 444 (La. 1989)).

1560. CA Paris, 5 décembre 2008, RG n° 06/13505.

fait courir un risque injustifié¹⁵⁶¹ ou disproportionné¹⁵⁶², il a le devoir de lui opposer un refus. Mais s'il n'a pas une telle certitude et dès lors que l'information sur le risque encouru a été suffisante (par exemple 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 dangereuse¹⁵⁶³.

Lorsque le défaut d'information est constitué, diverses possibilités de réparations sont possibles.

b) Les (trois) différentes possibilités de réparer le préjudice consécutif à un défaut d'information

Tout d'abord, il faut préciser de façon générale 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'existence¹⁵⁶⁴.

En second lieu, «la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé»¹⁵⁶⁵. Il s'agit là sans doute d'une «cote mal taillée» destinée à pallier l'absence de réparation fondée sur le seul défaut d'information¹⁵⁶⁶.

Si l'on entre dans les détails, on peut dire que trois cas de figure sont possibles

1561. L'article 40 du CDMPF interdit à un médecin de faire courir à un patient un risque injustifié. Cf. Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998, Bull. n° 187.

1562. «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» (CSP, art. L. 1110-5 / L. 4 mars 2002).

1563. Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2000, Bull. civ. I n° 13. 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.

1564. Cass. civ. 1^{re}, 26 février 2002, Juris-data n° 013436 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2002 (2 arrêts : pourvois n° 01-00377 et 01-02592), *JCP G* 2003.IV.1008 et 1009 et *JCP G* 2003.I.152, ch. Viney, *Gaz. Pal.*, 14-16 décembre 2003, p. 13-18 (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 fond 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.

1565. Cass. civ. 1^{re}, 7 décembre 2004, n° de pourvoi : 02-10957, *Gaz. Pal.*, Rec. 2005-I (janv.-fév.), p. 618. Voir dernièrement : Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 2006, n° 04-16.515.

1566. Une vieille jurisprudence avait naguère admis la réparation du seul préjudice moral (Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1969, Bull. civ. I, n° 347 ; 14 février 1973, *Gaz. Pal.* 1973, I, p. 34). On est peut être en train d'y revenir (voir dans ce sens : M. Bénéjat, «L'autonomie de la responsabilité médicale (à propos de quelques arrêts rendus en 2010)», *RGDM*, n° 38, mars 2011, p. 206, qui mentionne notamment Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591 dans lequel la Cour s'avance jusqu'à dire que «le non-respect du devoir d'information [...] cause à celui auquel l'information était légalement due un préjudice [...] que le juge ne peut laisser sans réparation».

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.
- s'il est incertain que le patient aurait refusé, le préjudice sera déterminé en référence à la notion de « perte de chance subie par le patient d'échapper par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé »¹⁵⁶⁷ : « 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 »¹⁵⁶⁸. En ce cas, la réparation ne sera que partielle.
- s'il est établi que l'intéressé aurait de toute façon accepté les soins ou l'intervention, la réparation du préjudice afférent à la réalisation du risque sera exclue¹⁵⁶⁹ – a fortiori s'il n'y a pas eu de « conséquence fâcheuse permanente »¹⁵⁷⁰. 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 risque¹⁵⁷¹.

Si l'obligation d'informer s'est tellement développée, c'est pour donner de la consistance à l'exigence du consentement aux soins. En droit espagnol on parle de « consentement informé », expression à laquelle le français préfère celle de « consentement éclairé ».

II – Le défaut de consentement du patient

On a pu valablement écrire que « la participation des patients au processus de décision est une idée étrangère au génie de la médecine »¹⁵⁷². Certes, les

1567 Cass. civ. 1^{re}, 7 décembre 2004, n° 02-10957. Voir aussi : Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 2006, n° 04-16.515.

1568 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.*, p. 26-27.

1569 Cass. civ. 1^{re}, 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 ; cf. également CAA Nancy, 22 septembre 2005, n° 02NCOO585, Goussanthier et a. ; CE, 12 juillet 2006, n° 271248 (concernant un nouveau-né opéré d'une tumeur cancéreuse dont le décès n'a pas donné lieu à réparation, au motif qu'il n'y avait eu aucune faute autre que le défaut d'information et qu'il n'existait aucune autre alternative thérapeutique) ; Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 2007, pourvoi n° 03-19.365 (concernant un accouchement par les voies naturelles sans l'information de la patiente sur l'abandon inévitable du recours à la césarienne initialement prévue).

1570 CA Paris, 1^{re} ch. B, 5 avril 2001, Soc. *Le Sou Médical* & autre c./ Nicole Fajardie & autres, *Gaz. Pal. Rec. janv. fév.* 2002, p. 226.

1571 P. Sargos, « L'information du patient et le consentement aux soins », dans J.-M. Auby (éd. princeps), *Droit médical et hospitalier*, fasc. 9 (11, 2001), p. 26.

1572. J. Katz, « The silent world of doctor and patient », *Free Press*, New-York, 1984 ; B. Hoerni, R.

médecins se sont traditionnellement voués à l'art de guérir, notamment les plus faibles. Mais pas plus qu'un père ne requiert le consentement de ses enfants pour agir, le prêtre, le consentement de ses fidèles, le maître d'école, celui de ses élèves, on n'a jamais exigé du médecin qu'il communique son diagnostic¹⁵⁷³ et sollicite l'assentiment du malade qu'il examine avant d'entamer la thérapie. Mais celui-ci devait 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»¹⁵⁷⁴. Historiquement, le consentement aux soins est étranger à la tradition hippocratique et même chrétienne.

À la différence du secret médical venu de la médecine (hippocratique) au droit, le consentement est venu du droit pour entrer ensuite dans la médecine. L'exigence du consentement aux soins a émergé au terme d'une maturation lente, marquée par des décisions ponctuelles¹⁵⁷⁵, il a été introduit par la jurisprudence civile à partir des années 1890¹⁵⁷⁶, consacré par deux arrêts de 1906¹⁵⁷⁷ et a commencé à cheminer dans la doctrine¹⁵⁷⁸. Dès avant l'arrêt Mercier de 1936

Saury, *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine*, Masson, Paris, 1998, p. 1.

1573. Le traité hippocratique, *De la bienséance*, recommandait de «cacher la plupart des choses au patient pendant qu'on s'occupe de lui [...] sans dire un mot de son état présent ou futur. Car, à cause de cela, nombreux sont les patients dont l'état a empiré» (D. Lecourt [dir.], *Dictionnaire de la pensée médicale*, op. cit., v. «Diagnostic», p. 331. Voir aussi : S. Fainzang, *La relation médecins-malades. Information et mensonge*, PUF, Ethnologies, 2006, p. 14 note 1).

1574. B. Hoerni, R. Saury, *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine*, Masson, Paris, 1998, p. 10.

1575. 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).

1576. 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 CA Liège, 30 juillet 1890, D.P. 1891, 2, 281). En France on peut citer CA Alger, 17 mars 1894, S. 1895.2.257 : le chirurgien qui ne prend pas avant une opération le consentement du malade ou de sa famille engage sa responsabilité civile (mais pas sa responsabilité pénale) et deux arrêts de 1906 : CA Aix, 22 octobre 1906, D. 1907, 2, p. 41, note A. Mérignac ; S. 1909, 2, p. 321, note E.-H. Perreau, sur la nécessité que le malade, soumis par le praticien à une expérimentation dont il ne l'avait pas informé, soit «prévenu du danger» qu'une telle opération pouvait lui faire courir et donne son consentement à celle-ci ; CA Amiens, 14 février 1906, S. 1909.2.225, note E.-H. Perreau D.P. 1907, 2, p. 44 concernant une anesthésie au chloroforme ayant entraîné le décès dans lequel la Cour a jugé que le consentement du patient exonérait de toute responsabilité le professionnel.

1577. CA Amiens, 14 février 1906 et CA Aix, 22 octobre 1906, précités.

1578. Dès la dernière décennie du XIX^e siècle, plusieurs ouvrages médicaux évoquent la nécessité du consentement du patient à une opération chirurgicale, que consacre l'analyse du juriste B. Guenot, *Du consentement nécessaire au médecin pour pratiquer une opération chirurgicale*, Thèse Droit, Paris, 1904 (qui serait tout entier à citer). Dans les années 1930, l'existence juridique de la règle semble évidente et sa portée concerne tous les traitements médicaux (cf. P. Appleton et M. Salama, *Droit médical*, Librairie du monde médical, Paris, 1931, p. 70-71 qui exige un «consentement réfléchi») ; N.-J. Mazen, *Essai sur la responsabilité civile des médecins*, Thèse Droit, Grenoble, 1934, p. 129 : «Chaque individu possède un droit intangible sur sa personne et le médecin ne peut violer ce droit... Ainsi un malade doit consentir au traitement que le médecin a décidé d'employer».

«sauf le cas d'extrême urgence, le médecin qui pratiqu[ait] une opération sans le consentement du malade s'expos[ait] à une action en responsabilité civile»¹⁵⁷⁹.

Il n'en demeure pas moins que la notion de consentement n'a été consacrée pour la première fois par la Cour de cassation qu'avec l'arrêt Teyssier de 1942¹⁵⁸⁰. Celui-ci l'a clairement érigée au rang de principe général du droit. À compter des années 1950 a émergé jurisprudentiellement la notion de consentement libre et éclairé¹⁵⁸¹, malgré un certain nombre de réticences médicales¹⁵⁸². Puis, dans les années 1980, ce principe d'autonomie a émergé au premier rang des principes éthiques en médecine¹⁵⁸³. La décennie suivante verra sa consécration. 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»¹⁵⁸⁴, car, indépendamment du consentement du patient, «il ne peut être porté atteinte

1579. P. Appleton et M. Salama, *Droit médical, op. cit.*, p. 71. On peut en donner comme illustration : Trib. civ. Lannion, 15 décembre 1932 : «Il est de principe certain que le consentement du patient doit être obtenu avant toute opération, chacun étant maître de son corps et seul juge du risque à courir», jugement confirmé en appel par CA Angers, 4 mars 1947, Birot c./ Héritiers J. et M. Cf. L. Denervaud-Blais, *L'obligation d'information du médecin. Sa construction par le juge judiciaire des origines à aujourd'hui (1853-2003)*, Thèse Droit, Douai, 2003, p. 84). Voir aussi : CA Douai, 18 décembre 1934, GP Tables 1935, n° 162, Rec. Douai, 38.

1580 *Supra* notes n° 784-785.

1581 CA Lyon, 17 novembre 1952, Demoiselle Beynel c./ Dr X, D. 1953, jurispr., p. 253-256 ; Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1955, JCP 1955, 90, 14, note Savatier.

1582. En 1964, le Dr L. Portes (premier président de l'Ordre des médecins) en contestait encore la légitimité : «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. D'ailleurs chez les médecins français, il n'était toujours pas pleinement admis au milieu du XX^e siècle. Le Code de déontologie de 1947 n'en soufflait mot. Son article 30 disposait même qu'après un diagnostic ferme, «le médecin [devait] s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision» (D. n° 47-1169 du 27 juin 1947, JO, 28 juin). 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» (art. 7). Il a fallu attendre celui de 1995 pour que le consentement aux soins reçoive pleine et claire consécration (art. 36) – que l'on retrouve dans le Code de déontologie de la Polynésie de 1996.

1583. B. Hoerni, «L'éthique médicale. Principales évolutions au fil des siècles», *Revue Histoire des sciences médicales*, t. XXXVII, n° 3, 2003, p. 335.

1584. C. civ., art. 16-3 al. 2 (L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 adaptée à la PF par l'A. n° 1152 DRCL du 18 octobre 1994, JOPF du 3 novembre) : «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 peuvent être faites que s'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes contraceptives ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement (L. n° 2001-588 du 4 juillet 2001, JOPF 2 août, art. 27 insérant un art. L. 2123-2)

à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne»¹⁵⁸⁵. Les Codes de déontologie s'inscriront dans ce sillage. 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»¹⁵⁸⁶ en mettant au premier plan le consentement de la personne et au second plan la nécessité thérapeutique¹⁵⁸⁷.

Le consentement est un. En effet, le droit français ne connaît pas le consentement hypothétique du droit suisse¹⁵⁸⁸. En principe, il émane du patient et doit être recueilli par le médecin (A). Son étendue est vaste – ce qui ne veut pas dire qu'elle n'a pas de limites (B).

A/ Les personnes appelées à consentir

À l'origine, le consentement aux soins était le consentement de l'intéressé, majeur et capable, ou, à défaut de ses proches¹⁵⁸⁹ au sens familial et conjugal du terme. Si le patient était incapable de droit, d'après la loi de 1968, c'était à son représentant légal de consentir pour lui¹⁵⁹⁰.

Aujourd'hui, «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»¹⁵⁹¹. La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs – appliquée en métropole à partir du 1^{er} janvier 2009 mais

1585. 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 CMU, 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.

1586. J.-P. Gridel, «Le refus de soins au risque de la mort», *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, p. 8.

1587. Le droit à l'information des usagers et celui d'exprimer leur volonté apparaît à compter de l'article L. 1111-2 (adapté par l'art. L. 1541-3). La nécessité thérapeutique n'apparaît qu'à partir de l'article L. 1111-4 (adapté par l'art. L. 1541-3) lorsqu'il est indiqué que le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre le malade d'accepter les soins indispensables.

1588. En l'absence de consentement éclairé, si la situation de fait s'y prête, le médecin helvétique peut faire valoir que le consentement était en quelque sorte implicite et, en ce cas, le patient doit rendre vraisemblable ou au moins alléguer les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération si on lui avait valablement demandé son consentement (Trib. féd., 9 février 2007, arrêt 4C.366/2006 ATF 133 III 121 ; *RSDS*, p. 47-48).

1589. Voir toujours CSP, art. R. 4127-36 précité.

1590. Cette dernière règle est toujours de droit positif (CSP, art. L. 1111-2, al. 5 – adapté en PF par l'art. L. 1541-3). Mais en métropole trois types d'interventions médicales sont désormais soumises à une réglementation y dérogeant lorsqu'elles sont demandées par le représentant légal d'un incapable – la stérilisation à visée contraceptive d'une personne majeure dont l'altération des capacités mentales constitue un handicap suppose une intervention judiciaire (CSP, art. L. 2123-2 créée par la L. n°2001-588 du 4 juillet 2001, adapté à la PF par l'A. n°409/DRCL du 23 juillet 2001, *JOPF* 2 août) et celle d'une mineure est prohibée (CSP, art. L. 2123-1 et 2) – ou par l'incapable lui-même – qui a un accès direct à la contraception, voire à l'IVG (CSP, art. L. 2212-7). Par ailleurs, la jurisprudence, originellement très claire sur la pleine capacité du représentant légal (Voir encore CE, 4 février 1976, n°98.917) est maintenant devenue plus nuancée et complexe.

1591. CSP, art. L. 1111-4, al. 5 (adapté en PF par l'art. L. 1541-3).

non transposée en Polynésie – dispose très clairement que la personne protégée prend seule les décisions la concernant dans la mesure où son état le permet¹⁵⁹². Même si le texte n'est pas en vigueur en Polynésie, c'est dans cette perspective qu'il faut interpréter la législation locale.

De même il ne fait aucun doute que le refus abusif du titulaire de l'autorité parentale n'empêche plus le médecin de délivrer « les soins indispensables »¹⁵⁹³. Par ailleurs, il semble que le majeur sous sauvegarde de justice puisse en principe consentir seul à tous les actes médicaux à but curatif¹⁵⁹⁴ et que le majeur sous curatelle puisse consentir seul aux actes médicaux à but thérapeutique non graves¹⁵⁹⁵, le consentement du curateur restant nécessaire pour les actes comportant des risques importants. D'autant que, 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. Ce qui a fait dire à certains auteurs que son intervention n'offrait pas de garantie solide pour le médecin¹⁵⁹⁶.

Il est impossible de ne pas noter au passage que l'émergence de cette « personne de confiance » n'intéresse pas que ces incapables. C'est une garantie générale pour le patient, qui la désigne (ou la révoque) par écrit¹⁵⁹⁷, que les décisions prises pour lui n'émaneront pas des seuls médecins s'il se retrouvait hors d'état d'être informé et *a fortiori* de consentir. Une tierce personne s'introduit dans le « colloque singulier », à la demande de la personne soignée, et le secret médical ne peut pas lui être opposé. En revanche, cette insertion n'aboutit pas à l'éviction du patient en ce sens que la « personne de confiance » ne se

1592. CASF, Annexe 4-3, Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée créée par le D. n°2008-1556 du 31 décembre 2008.

1593. CSP, art. L. 1111-4, al. 5 (adapté en PF par l'art. L. 1541-3). Sur les conséquences de la défaillance parentale en matière de soins médicaux, cf Y. Favier, "La défaillance parentale en matière de santé : protection judiciaire et protection médicale", *RGDM*, n° 17, 2005, pp. 51-64, à compléter par A. Péliissier, "La responsabilité civile des personnels soignants à l'égard de l'enfant", *RGDM*, n° 17, 2005, pp. 65-100.

1594. T. Fossier et M. Harichaux, "La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical", *RDSS*, janv. – mars 1991, p. 9.

1595. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1997, *RTDC* 1997, p. 397, obs. J. Hauser ; T. Fossier et M. Harichaux, "La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical", *op. cit.*, p. 9.

1596. C. Taglione, "La personne de confiance : facteur de progrès ou source de difficultés à venir. Réflexions autour d'un dispositif juridique incertain", *RGDM*, n° 17, 2005, p. 418, qui regrette par ailleurs que le législateur n'ait pas profité de la création du médecin traitant pour imposer également le recours obligatoire à une personne de confiance (*ibid.*, p. 403).

1597. CSP, art. L. 1111-6 (adapté en PF par l'art. L. 1541-3) : "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. Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci".

substitue pas à la personne malade, même si celle-ci est inconsciente. D'ailleurs le professionnel de santé n'est pas lié par l'avis émis par cette « personne de confiance », cette dernière n'étant que consultée. Dans un autre ordre d'idée, le médecin qui recueille le consentement d'un proche du patient, alors que celui-ci aurait été en mesure d'exprimer son consentement éclairé, commet une faute¹⁵⁹⁸.

Que le mineur et le majeur vulnérable soient entendus de la sorte est remarquable car le postulat d'un contrat est la capacité et le mineur et le majeur vulnérable sont en principe des incapables, qui ne devraient pas pouvoir contracter¹⁵⁹⁹. La loi invite le médecin à apprécier son degré de « maturité », alors qu'elle aurait pu exiger que son niveau de « discernement » soit préalablement opéré par un juge, sur la base de l'article 388-1 du Code civil¹⁶⁰⁰. Il en est de même pour le majeur en état de détérioration mentale, à une réserve près¹⁶⁰¹.

L'idée est que le patient, une fois informé, est libre de choisir. Il est loisible de la contester¹⁶⁰², d'autant que la réalité vécue est parfois éloignée du respect dû au patient souffrant¹⁶⁰³, mais sur le terrain juridique la notion n'est pas contestable¹⁶⁰⁴. 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 »¹⁶⁰⁵.

1598. Et les proches du malade non informés par le médecin qui pouvait valablement recueillir le consentement de celui-ci ne peuvent pas demander au juge une indemnisation au titre du préjudice moral invoqué par eux en lien du fait du défaut d'information (Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 2007, n°06-19.301 ; Juris-data n°2007-041766 ; Bull. civ., I, n°380 ; *RGDM*, n°27, p.376).

1599. Il est vrai qu'en droit civil, la minorité de la jeune fille pubère ne la prive pas de la capacité de se marier.

1600. C. civ., art. 388-1 (L. n°93-22 du 8 janvier 1993) : "Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure".

1601. Le législateur a opportunément prévu que la désignation par le majeur incapable d'une personne de confiance puisse être révoquée par le juge des tutelles.

1602. M.-I. Malauzat, "*Vers une amélioration de la qualité du système de santé ?*", *LPA*, 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".

1603. « 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 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).

1604. M.-I. Malauzat, "*Vers une amélioration de la qualité du système de santé ?*", *LPA*, 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".

1605. Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2000, Bull. civ. I n°13, Rapp. C. Cass. 2000, p.377 ; D. 2001, p.3559,

B/ L'étendue du consentement

Nul ne peut être contraint de subir un traitement médical ou une intervention chirurgicale, même la victime d'un accident causé par un tiers qui souhaiterait s'y soustraire¹⁶⁰⁶. On a d'ailleurs pu parler d'hypertrophie du consentement (a), pourtant celui-ci connaît des limites (b).

a) Une étendue très large, jusqu'à l'hypertrophie

Pour comprendre les règles complexes et délicates 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, décidé à exercer son pouvoir d'autodétermination, au médecin, désireux d'agir au nom du principe de bienfaisance. De bonne heure, la jurisprudence a considéré ainsi que la prescription médicale ne s'imposait pas au patient, qui pouvait refuser le traitement¹⁶⁰⁷. Des arrêts dans les années 70 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 soins¹⁶⁰⁸. Des commentateurs en ont tiré le « droit pour le malade de s'exposer librement à la mort ». 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 ancien 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 été abrogé, mais le principe qu'il consacrait a été repris dans le nouvel article L. 1111-4, transposé à la Polynésie. Celui-ci reconnaît à la personne malade la possibilité de prendre toutes « les décisions concernant sa santé » (donc sans exclure celle de refuser des soins indispensables à la sauvegarde de la vie) et développe tous les aspects de cette prise de décision partagée entre le médecin et le malade, en mettant l'accent sur le consentement du second.

Mais, comme le ressort de l'activité médicale est la finalité thérapeutique, qui implique que le médecin intervienne pour protéger la santé et la vie, le droit a tendance à réduire au maximum les cas concrets dans lesquels le refus du malade

note M.-L. Mathieu-Izorce, *JCPG* 2001.II.10473, note A. Dorsner-Dolivet et 2000.I.243, n° 25, obs. G. Viney ; "Conférence des ARAPL. Responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé", *Bulletin* n° 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.

1606. ... sans que ceci puisse avoir pour effet de diminuer l'indemnisation qui lui est due en raison de l'accident (Cass. civ. 2°, 19 mars 1997, *Bull. civ. II*, n° 86 ; Cass. civ. 2°, 19 juin 2003, n° 01-13.289).

1607. T. civ. Seine, 3 janvier 1939, *DH* 1939, somm. p. 15 ; Cass. crim., 30 juin 1987 reconnaissant "le refus obstiné pour motifs religieux" constituant l'exercice d'un "choix dérivant d'une liberté essentielle" (S. Gromb et A. Garay, "Consentement éclairé et transfusion sanguine", éd. de l'ENSP, p. 198).

1608. Cass. crim., 3 janvier 1973, n° 71-91820.

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, qui est susceptible d'être interprétée de différentes manières.

En matière hospitalière, en 1998, la cour administrative d'appel de Paris avait fait prévaloir l'obligation de soin vital du médecin sur le refus du patient, en jugeant que « l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer [...] trouvait [...] 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 »¹⁶⁰⁹. Or le Conseil d'État a censuré ce raisonnement et reproché à la CAA d'avoir « entendu faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade »¹⁶¹⁰. En effet, à une époque où le paternalisme médical est mal vu et les droits des malades sont sacralisés, une telle affirmation n'était pas conforme au principe du « juridiquement correct ». Néanmoins, la haute instance n'a pas poussé la fiction jusqu'à condamner les médecins qui avaient méconnu le refus de la personne soignée.

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 ? Certes, on dispose de décisions dans lesquelles le professionnel n'a pas été sanctionné, notamment en matière hospitalière¹⁶¹¹. Mais le médecin court toujours le risque de voir sa responsabilité engagée pour manquement à l'obligation de secours, déontologiquement et pénalement sanctionnée, bien qu'il puisse espérer échapper à une condamnation.

En matière disciplinaire, il faut remarquer qu'en principe, sous l'empire du Code de déontologie de la Polynésie française, le refus des investigations ou traitement par un malade dûment éclairé s'impose au médecin¹⁶¹². Et déjà, en 1981, le Conseil d'État avait censuré une décision du CNOM qui avait analysé comme une faute disciplinaire le comportement d'un médecin qui s'était borné

1609. CAA Paris, 9 juin 1998, Mme Donyoh et Mme Senanayake ; D. 1999, p. 279, note G. Péliissier ; *RFDA* 1998, p. 1231, concl. M. Heers ; *RDP* 1999, p. 235, note J.-M. Auby ; *LPA*, 23 avril 1999, n° 99, note G. Mémeteau.

1610. CE, 26 octobre 2001, *Juris-data* n° 2001-063069 ; *JCP G* 2002, II, 10025, note J. Moreau, *RFDA* 2002, p. 146, concl. D. Chavaux, note D. de Béchillon ; *AJDA* 2002, p. 259, note M. Demergue ; *JCP* 2002.II.10125, note J. Moreau.

1611. CAA Lyon, 6^e chambre, 10 juin 1998, n° 05LY01218 concernant une patiente musulmane dont le mari avait refusé, pour des raisons religieuses, qu'un obstétricien homme intervienne lors de l'accouchement qui a finalement donné lieu à la naissance d'un enfant dont le handicap aurait pu être évité : la Cour a jugé qu'en ne faisant pas appel aux forces de police pour expulser le mari "l'hôpital n'a pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité ; qu'ainsi l'état de l'enfant est totalement imputable" à l'attitude de ses parents, exonérant les professionnels de toute responsabilité.

1612. *CDMPF*, art. 36 al. 2 : "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" et 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".

à dispenser des soins palliatifs à une malade atteinte d'un cancer qui avait refusé toute thérapie¹⁶¹³.

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 dû s'abstenir de transfuser une personne qui l'avait préalablement refusé, alors qu'ils étaient confrontés à la fois au risque vital, à l'urgence et à l'absence d'alternative thérapeutique¹⁶¹⁴.

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 présumée¹⁶¹⁵. Sa position n'a aucune force obligatoire, mais elle est révélatrice d'un arrière-plan de plus en plus favorable à l'individualisme. À l'extrême fin du XXe siècle, la jurisprudence judiciaire elle-même en était venue à considérer que le médecin méconnaissant le refus de soin d'un malade en état de refuser son consentement commettait une faute, mais les décisions dont on dispose concernent des situations qui avaient en commun de ne pas comporter de risque de mort pour le patient concerné¹⁶¹⁶.

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 s'il fait le choix de s'abstenir. 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 illusoire¹⁶¹⁷. Depuis la loi Kouchner de 2002¹⁶¹⁸, 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 responsabilité¹⁶¹⁹. Ce véritable «droit au refus des soins»

1613. CE, 6 mars 1981, Puech, *RDSS* 1981, p. 413, concl. Labetoulle, note L. Dubouis.

1614. CE, 26 octobre 2001, Cls D. Chauvaux, note D. de Béchillon, *RFDA* 2002, 146, *JCP* 2002, II.10125, note J. Moreau.

1615. 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.

1616. Voir par ex. Cass. civ. 2°, 19 mars 1997, Bull. civ. II, n° 89, *RTDC* 1997, p. 674, obs. P. Jourdain). En matière hospitalière, cette solution se rapproche de CE 27 janvier 1982, Benhamou, D. 1982, inf. rap. p. 275, obs. J. Penneau; CE 29 juillet 1994, *RDSS*, 1997, p. 57, obs. L. Dubouis, où le Conseil a jugé que le PH n'aurait pas du passer outre 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 transfusions 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 (CE ass. 26 octobre 2001, *Juris-data* n° 2001-063069, *JCP G* 2002, II, 10025, note J. Moreau, *RFDA* 2002, p. 146, concl. D. Chavaux, note D. de Béchillon; *AJDA* 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. Éditions du Juris-Classeur*, décembre 2002, p. 4).

1617. CE, 29 juillet 1994, Garnier, *JCP* 1994, IV, 1361, *RDSS*, 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; A. Garay, *Le refus éclairé de soin*, *Juris-santé actualités*, Éd. du CNEH, 1997, p. 12 ss.

1618. CSP, art. L. 1111-4 (adapté en PF par l'art. L. 1541-3).

1619. S. Porchy-Simon, *Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002*, *op. cit.*, p. 6. Cette

(P. Sargos)¹⁶²⁰ est exprimé en des termes absolus qui ne prévoient aucune limite relative aux conséquences du refus sur la santé de l'intéressé.

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 responsabilité¹⁶²¹. 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 disciplinaires¹⁶²² et aussi pénales sur le fondement de l'infraction de non-assistance à personne en danger.

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 péril¹⁶²³.

C'est dire que le refus de soin d'une personne qui s'exposerait ainsi à la mort reste juridiquement délicat. Il ne fait pas de doute que le médecin qui ignorerait le refus de celle-ci serait susceptible d'engager sa responsabilité.

Mais à ce jour, on ne dispose toujours pas d'une décision allant dans ce sens¹⁶²⁴. En d'autres termes, en l'état actuel du droit, il vaut mieux recommander au praticien 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.

solution peut s'appuyer sur des précédents. Voir par ex. Cass. crim., 3 janvier 1973, Bull. crim. n° 2, D. 1973, jurispr., p. 220, RSC 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.

Ceci est transposable en droit hospitalier : CE, 27 janvier 1982, Benhamou, D. 1982, inf. rap., p. 275. 1620. Cass. civ. 2°, 19 mars 1997, Bull. civ. II, n° 86 ; *JCP* 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".

1621. D. n° 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".

1622. CE, 29 juillet 1994, Garnier, *JCP* 1994, IV, 1361, *RDSS*, 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. 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.

1623 CE, sect. cont., 1° et 4° 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 patiente, dont le refus ne mettait pas sa vie en danger.

1624. En droit hospitalier, la solution adoptée par la juridiction administrative antérieurement à la loi Kouchner (CE, Ass., 26 octobre 2001, *Juris-data* n° 2001-063069), n'a pas été affectée par la nouvelle loi, comme on se l'est d'abord imaginé : c'est ce que montre notamment une décision rendue par le Conseil d'État le 16 août 2002 à propos d'une Dame F., témoin de Jéhovah, qui avait fait connaître au CH de Saint-Etienne son refus de transfusion sanguine, lequel avait été méconnu dans une situation mettant en jeu un pronostic vital (*Gaz. Pal. Rec.* 2002, jur., p. 1346, J n° 260, 17 septembre 2002, p. 9 ; *Gaz. Pal. Rec.* 2003-3, pp. 1470-1471 ; 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).

b) Les limites au consentement

Elles sont de deux types.

En premier lieu, en cas d'urgence, il existe une exception légale d'ordre général autorisant la dispensation de soins sans consentement lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, notamment parce qu'elle est inconsciente. En ce cas, le médecin peut et doit se porter à son secours, sans devoir en aviser quiconque. On se souvient de la célèbre formule du Commissaire du gouvernement Romieu, dans l'affaire « Société immobilière de Saint-Just », « quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers »¹⁶²⁵.

Négativement, en l'absence d'urgence, « aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée » par le médecin agissant de son propre chef. En effet, dans ce cas, le praticien doit surseoir à soigner la personne hors d'état d'exprimer sa volonté, pour consulter la « personne de confiance » prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille, ou en dernier lieu un de ses proches¹⁶²⁶.

Toute la difficulté pratique va être d'apprécier l'urgence, dans la mesure où celle-ci échappe à toute définition rigoureuse. On pourrait définir juridiquement cette notion comme « un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent »¹⁶²⁷. Du point de vue particulier du droit médical, pour le juge administratif comme pour le juge judiciaire, elle peut s'analyser comme un danger grave et immédiat à la vie ou à la santé d'un individu. Bien qu'à la lecture des décisions en la matière, on puisse noter que les formulations employées renvoient à d'autres notions telles que le péril immédiat, l'absence d'alternative thérapeutique ou encore la nécessité vitale, c'est bien toutes de l'urgence dont elles parlent.

Mais le cas du patient qui n'est pas en mesure de donner ou de refuser de donner son consentement englobe des situations diverses et variées, autre que celle du majeur inconscient. Tel est le cas des mineurs et des majeurs sous tutelle. Ils doivent être consultés lorsqu'ils sont en âge ou en situation de comprendre¹⁶²⁸, mais, en règle générale¹⁶²⁹, la portée effective d'une telle

1625. CE, 2 déc. 1902, Société immobilière de Saint-Just, Rec., p. 713.

1626. "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, précité, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté" (CSP, art. L. 1111-4, al. 4 – adapté à la PF par l'art. L. 1541-3).

1627. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Urgence.

1628. CSP, art. R. 4127- 42; CSP, art. L. 1111-2, al. 5 et art. L. 1111-4, al. 5 sur l'association de l'incapable à la prise de décision.

1629. Certains textes spéciaux reconnaissent au mineur un véritable droit à opposition : ainsi en est-il dans le cadre des recherches biomédicales (CSP, art. L. 1122-2) ou des prélèvements d'organes sur le vivant (CSP, art. L. 1231-3, al. 3).

Par ailleurs et surtout autre est le régime de la contraception (CSP, art. L. 5134-1) – à laquelle on assimile la "pilule du lendemain" – et de l'IVG (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

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 parents¹⁶³⁰.

Si un seul la détient, il décide seul, à charge d'informer l'autre¹⁶³¹.

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 agir¹⁶³².

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 médical constitué dans les conditions fixées par la réglementation applicable localement¹⁶³³.

* * *

En second lieu, il existe des exceptions légales limitées autorisant la dispensation de soins sans consentement. Certes, même en cas de menace grave contre les intérêts publics, il n'existe pas d'obligation générale de soins en droit français. Pourtant la nation a des responsabilités constitutionnelles en matière de santé¹⁶³⁴. C'est à ce titre que des soins peuvent toujours être rendus obligatoires. Formellement, existent d'ailleurs un certain nombre d'exceptions et d'atténuations légales limitées.

À ce titre il faut mentionner les vaccinations obligatoires¹⁶³⁵.

ses parents. Les textes disent seulement que la jeune fille peut se faire accompagner par une personne majeure de son choix.

1630. C. civ., art. 371-1 ss. ; CSP, art. L. 1111-2, al. 4.

1631. C. civ., art. 373-2-1.

1632. 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". La jurisprudence est rare sur la notion d'acte usuel de l'autorité parentale et quasiment inexistante relativement aux actes médicaux. Toutefois, il paraît difficile d'inclure dans cette catégorie une opération chirurgicale (voir dans ce sens CA Paris, 29 septembre 2000, Juris-data n° 2000-145100, D. 2001, jurispr. p. 1585). En effet, même une opération bénigne peut entraîner le décès de l'enfant (ex. tragiques : CE, 3 novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, n° 153686 ; Cass. crim., 29 novembre 2005, n° 05-80.017).

1633. CSP, art. L. 1272-2 (adapté à la PF par l'art. L. 1543-8).

1634. "Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé" (Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946). L'urgence, notamment, qui pourrait apparaître avec le développement rapide d'une épidémie, autoriserait sans doute l'institution de soins obligatoires par voie de police.

1635. Cf pour les enfants la délibération n° 99-210 APF du 18 novembre 1999 modifiant la délibération n° 95-63 AT du 23 mai 1995 portant réglementation des vaccinations et revaccinations contre certaines maladies transmissibles chez l'enfant, article 3 (JOPF du 25 novembre 1999). La liste des vaccinations obligatoires est évolutive. C'est ainsi que le décret du 20 mai 1910 et l'arrêté 583 S du 9 avril 1954 avaient jadis imposé localement la vaccination antivariolique. Celle-ci a disparu

De même, il faut citer les soins obligatoires aux alcooliques autorisés par la loi n° 54-439 du 15 avril 1954 sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui¹⁶³⁶ et la délibération n° 87-75 AT du 12 juin 1987 portant adaptation et modalités d'application de la loi n° 54-439 sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui¹⁶³⁷.

On peut en rapprocher les soins obligatoires aux toxicomanes autorisés par la loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses¹⁶³⁸ et la délibération n° 71-98 du 1^{er} juillet 1971 relative à l'organisation des mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie en Polynésie française¹⁶³⁹. Le procureur de la République a de surcroît la possibilité d'enjoindre aux personnes ayant fait un usage illicite de stupéfiants de subir une cure de désintoxication¹⁶⁴⁰. Un traitement comparable existe pour les délinquants sexuels à l'initiative du juge de l'application des peines¹⁶⁴¹.

Enfin, existent dans le domaine psychiatrique les traitements coercitifs autorisés par l'ordonnance n° 2008-858 du 28 août 2008¹⁶⁴² à l'attention des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux (hospitalisation d'office ou à la demande d'un tiers).

Chapitre 2. La mise en œuvre de la responsabilité civile du médecin

On va s'efforcer d'analyser la notion de responsabilité civile et les conditions pratiques présidant à sa mise en œuvre. Les médecins sont susceptibles d'engager leur responsabilité personnelle au plan civil (sec. 1). Par ailleurs, depuis, le XX^e siècle, le développement de la pratique collective de la médecine a généré l'apparition de règles inédites (sec. 2).

depuis la délibération n° 85-1021 AT du 8 mars 1985 portant suspension de l'obligation de première vaccination contre la variole sur le territoire de la Polynésie française (*JOPF* 1^{er} avril). En revanche, les arrêtés n° 30 S du 11 janvier 1946 rendant la vaccination anti-tiphoidique obligatoire dans l'île de Tahiti et n° 459 TG du 7 novembre 1958 concernant son extension aux Tuamotu-Gambier sont toujours en vigueur.

1636. Arrêté de promulgation n° 852 AA du 26 mai 1954 (*JOPF* 15 juin).

1637. *JOPF* 25 juin 1987.

1638. Arrêté de promulgation n° 407 AA du 5 février 1971, *JOPF* 28 février.

1639. *JOPF* 15 août 1971.

1640. CSP, art. L. 3423-1 (adapté à la PF par l'art. L. 3842-4).

1641. CSP, art. L. 3711-1 et suivants (adapté à la PF par l'art. L. 3843-1).

1642. Ni la loi n° 7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés, ni la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leur conditions d'hospitalisation n'ont jamais été étendues à la PF. Jusqu'en 2008, on y a appliqué un texte spécial, le décret gubernatorial du 28 août 1913 portant création à Papeete d'un établissement public destiné à recevoir les personnes atteintes d'aliénation mentale, qui autorisait l'internement au vu d'un seul rapport médical qui pouvait être rédigé par le médecin de l'établissement visé. Mais le titre III de l'ordonnance n° 2008-858 du 28 août 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit de l'outre-mer (*JORF*, 29 août) a abrogé ce texte (art. 8) et modernisé le régime de l'hospitalisation des personnes sans leur consentement en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna, en y introduisant un dispositif législatif présentant des garanties similaires à celles applicables en métropole.

Section 1. La responsabilité personnelle pour les préjudices subis par les patients

par Antoine Leca

Elle est régie par les règles du droit commun, figurant dans le Code civil (1804) et précisées au fil du temps par le 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 et du 30 décembre 2002 qui ont introduit certaines règles dérogatoires.

Il en a résulté une altération de la nature juridique de la responsabilité médicale en droit civil français.

§ 1 – La nature juridique de la responsabilité médicale en droit civil français

À la suite de péripéties historiques qu'il n'y a pas lieu de rappeler ici¹⁶⁴³, le droit civil français, comme le droit romain dont il est issu, connaît deux types distincts de responsabilité (contractuelle et extracontractuelle) suivant que cette obligation naît ou non entre deux personnes réputées liées entre elles par un accord mutuel.

La responsabilité contractuelle est mise en œuvre chaque fois qu'il y a un manquement à une obligation résultant d'une convention. Elle résulte des termes de l'article 1147 du Code civil¹⁶⁴⁴.

La responsabilité délictuelle procède d'un manquement à une obligation légale. Elle se fonde sur les articles 1382¹⁶⁴⁵ et 1383¹⁶⁴⁶ et 1384 al. 1¹⁶⁴⁷ du Code civil.

Cette distinction peut sembler byzantine, tant elle manque parfois de

1643. 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», *RTDC* 1997, p. 323. Voir à ce sujet la réponse d'E. Savaux, «La fin de la responsabilité contractuelle», *RTDC* 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).

1644. C. civ., art. 1147 : «Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part».

1645. 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».

1646. 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».

1647. 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».

clarté¹⁶⁴⁸. Mais elle présente des intérêts pratiques. En effet, bien qu'ils se soient beaucoup rapprochés¹⁶⁴⁹, l'un et l'autre de ces deux systèmes conservent un certain particularisme. Dans le temps, par exemple, la responsabilité contractuelle est trentenaire¹⁶⁵⁰, alors que la responsabilité délictuelle est décennale¹⁶⁵¹. 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.

Avant 1936, la responsabilité médicale était de type délictuel¹⁶⁵². Elle aurait très bien pu le rester, comme le montre le droit anglais¹⁶⁵³. Mais tel n'est pas le cas chez nous.

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 privés¹⁶⁵⁴. Mais autre est le fondement traditionnel de la responsabilité hospitalière¹⁶⁵⁵ 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

1648. 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 aquilienne en droit commun*, Helbing & Lichtenhahn, Genève-Bâle-Münich, 2002, p. 158, note 11).

1649. 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*, PUF coll. «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.

1650. C. civ., art. 2262. Exception faite des recherches biomédicales (J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 1996, p. 15).

Il est actuellement question de revoir ce délai de droit commun, pour le porter à dix ans (cf. Rapport de la Cour de Cassation 2001, dans *RGDA* 2-2002, *LGDJ*, Paris, p. 579).

1651. Elle est de dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation (C. civ., art. 2270-1).

1652. Cass. 18 juin 1835, S. 1835, 1, 401. Cf J.-C. Careghi, «La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier : un préalable inutile?», *RGDM*, n° 18, p. 109-151.

1653. M. Brooke, *La responsabilité médicale...*, Cour de cassation, Institut des hautes Études sur la Justice, séminaire du 27 mai 2004, [www.ffsa.fr/webffsa/webffsa.nsf/html/438FCE4386AB8F95C1256EAC00528620/\\$file/Responsabilitemedicale.pdf](http://www.ffsa.fr/webffsa/webffsa.nsf/html/438FCE4386AB8F95C1256EAC00528620/$file/Responsabilitemedicale.pdf)

1654. Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1945, Clinique sainte Croix, *D.* 1945, p. 217.

1655. Peu après l'arrêt Mercier, la Cour de Paris a précisé qu'il n'existait pas de contrat médical à l'hôpital public (CA Paris, 18 mars 1938, S. 1938, p. 372 : «la formation du contrat médical implique le libre choix du médecin par le client et l'acceptation de ce choix par le médecin, un tel contrat ne peut exister entre les médecins des hôpitaux [...] et les malades hospitalisés par les services de l'Assistance publique puisque le concours de volonté permettant cet accord ne saurait intervenir»).

contractuelle et délictuelle¹⁶⁵⁶. 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 lourde¹⁶⁵⁷.

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 en réalité 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 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.

Par ailleurs, on est en train de progresser vers un type unifié de responsabilité légale. 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 ne se trouve pas désormais en présence d'une responsabilité médicale unique.

Un certain nombre d'arguments militent en faveur de cette conception. Issu de la loi Kouchner¹⁶⁵⁸, l'article nouveau L. 1142-1 énonce que « hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé ne sont responsables des conséquences

1656. Cass. civ., 21 juillet 1890, D.P. 1891, I, p. 380 ; Cass. civ., 11 janvier 1922, D.P. 1922, I, p. 16 ; S. 1924, I, p. 105, note Demogue... et, plus récemment, Cass. civ. I^{re}, 14 novembre 1992, Bull. Civ. I, n° 276. On a pu cependant noter qu'en matière de responsabilité médicale la jurisprudence était assez laxiste en ce qui concerne l'application de ce principe de non-cumul (cf. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Thèse Droit, Lyon III, 2005, p. 131 s.).

1657. CE, 10 avril 1992 : Rec. CE, p. 171, concl. Legal ; Dr. Adm. 1992, comm. 265 ; AJDA 1992, p. 355 ; JCP G 1992, II, 21881, note J. Moreau.

1658. L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, JO du 5 mars 2002, p. 4118. F. Vialla, « Premières vues sur le projet relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé », JCP E 2002, Cah. Dr. Entr. p. 9 ; Y. Lambert-Faivre, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », D. 2002, p. 1291 et 1367. P. Mistretta, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », JCP G 2002, I, 141. 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 », Resp. civ. et assur. 2002, chron. 7. A. Laude (ss la dir. de), « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », LPA du 19 juin 2002.

dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute», sans distinguer privé ou public. Tous les dommages ne résultant pas d'une faute d'un professionnel de santé, comme par exemple les conséquences de l'aléa thérapeutique, relèvent désormais, sous réserve d'une gravité suffisante, d'un système de garantie à la charge de la solidarité nationale. De plus, un délai de prescription unique est fixé : dix ans, à compter de la consolidation du dommage¹⁶⁵⁹. Antérieurement, les actions en responsabilité à l'encontre des établissements hospitaliers publics étaient soumises à la prescription quadriennale, tandis que les actions en responsabilité civile contractuelles étaient soumises à la prescription trentenaire de droit commun. C'est finalement un délai de dix ans qui a été retenu, inspiré par celui de la responsabilité civile délictuelle¹⁶⁶⁰. Enfin la jurisprudence est de plus en plus indifférente à la qualification juridique de la relation médecin-patient (au moins lorsqu'il s'agit de la violation de l'obligation d'information du professionnel de santé)¹⁶⁶¹.

On ne peut toutefois pas affirmer que la loi ait voulu instaurer un régime de responsabilité médicale spécifique. Bien que l'argument ne soit pas décisif¹⁶⁶², il faut d'abord noter que la saisine des Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, qui existent en métropole (mais pas en Polynésie française), est strictement facultative. Par ailleurs la dualité de compétence devant les juridictions civiles et administratives subsiste. Le législateur aurait pu substituer aux régimes antérieurs un nouveau type de responsabilité, s'il l'avait voulu. Il ne l'a pas cherché. Il n'a même pas unifié le contentieux médical. Il semble plutôt s'être contenté de soumettre les deux types de responsabilité à des règles légales communes, parfaitement susceptible de continuer à faire l'objet de traitements jurisprudentiels distincts.

Il n'en demeure pas moins que la construction réalisée par l'arrêt Mercier, d'une responsabilité contractuelle parfois un peu artificielle¹⁶⁶³, est remplacée, dans la nouvelle loi, par un régime autonome de responsabilité légale, au bénéfice des victimes de dommages occasionnés par des actes médicaux. Au modèle contractuel antérieur, semble se substituer un modèle statutaire, engendrant une responsabilité médicale qui nous paraît se placer dans une dynamique d'autonomisation croissante.

En effet, de nombreuses lois ont créé des systèmes de responsabilité légale, en vue de faciliter l'indemnisation de certaines catégories de victimes. Tel a été le cas de la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, ou bien de la loi du 19 mai 1998¹⁶⁶⁴ sur la responsabilité du fait des

1659. CSP, art. L. 1142-28 / L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 98.

1660. C. civ., art. 2270-1.

1661. Cass. civ. 1^{re}, 14 octobre 2010, n° 09-69.195 (chr. « Responsabilité médicale », *RGDM*, n° 38, mars 2011, p. 483).

1662. En effet, au regard des autres textes fondant une responsabilité légale, il est aisé d'observer que tantôt ce système légal est interprété comme posant une règle de non-cumul par rapport à la responsabilité contractuelle de droit commun, comme dans la loi de 1985 sur les accidents de la circulation, et tantôt qu'il ménage l'existence de deux voies, générale et spéciale, comme dans la loi de 1998 sur les produits défectueux.

1663. Pour une critique d'ensemble, cf. M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Thèse Droit, Lyon III, 2005.

1664. C. civ., art. 1386-1 et s. (Loi n° 98-389 du 19 mai 1998).

produits, transposant une directive européenne¹⁶⁶⁵, ou encore la responsabilité du promoteur pour les dommages subis par les personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale¹⁶⁶⁶.

Par ailleurs, le modèle contractuel est en évidente régression. C'est ainsi que les mécanismes traditionnels de protection des incapables dans le contrat, ne sont pas transposés à la nouvelle relation médicale. Au contraire, le consentement du mineur et de l'incapable doué de discernement est « systématiquement recherché »¹⁶⁶⁷. Et l'acte projeté peut éventuellement être réalisé sans le consentement du titulaire de l'autorité parentale¹⁶⁶⁸.

Le professionnel de santé semble investi d'une mission d'intérêt public, et la faute susceptible d'engager sa responsabilité s'analyse en la violation d'une de ses obligations statutaires, hormis le cas exceptionnel de responsabilité sans faute des infections nosocomiales.

Cette situation peut être comparée à celle du notaire, choisi librement par son client, avec lequel il se lie par une relation basée sur la confiance et la confidentialité, et dont les honoraires sont réglementés. La doctrine estime que la responsabilité du notaire n'est pas contractuelle, mais délictuelle et du fait personnel¹⁶⁶⁹. La faute notariale est celle de l'article 1382 du Code civil ; c'est la méconnaissance d'une des obligations imposées par la loi, telle le devoir de conseil. Bien sûr, le médecin, contrairement au notaire, n'est pas un officier public, mais il est permis de penser qu'il participe à une mission de service public.

On se trouve donc dans un processus d'autonomisation. Celui-ci est en bonne voie, mais il n'est pas achevé. La preuve en est que la distinction de la responsabilité contractuelle et délictuelle conserve encore un certain intérêt : lorsque le dommage implique une équipe, dans le cadre de la responsabilité

1665. Cons. UE, dir. n° 85/374 du 25 juin 1975.

1666. CSP, art. L. 1142-3 (modifié par les lois n° 2002-303 du 4 mars 2002 et n° 2004-806 du 9 août 2004). Le régime de responsabilité est assorti d'une assurance obligatoire, et s'accompagne d'une attribution de compétence au juge judiciaire.

1667. CSP, art. L. 1111-4 al 5 : « 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 ».

1668. CSP, art. L. 1111-5 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002) : « Par dérogation à l'article 371-2 du Code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix. Lorsqu'une personne mineure, dont les liens de famille sont rompus, bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture complémentaire mise en place par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, son seul consentement est requis ». Cet article est remarquable en ce qu'il déroge explicitement au Code civil et accorde au médecin un pouvoir autonome de décision.

1669. J.-L. Aubert, *Responsabilité professionnelle des notaires*, Éd. du Répertoire Defrénois, 2^e éd., n° 25.

contractuelle chacun répond de ses fautes, alors que dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle, toute l'équipe se voit civilement engagée.

Sous-paragraphe 1 – Le principe de la responsabilité pour faute au titre des actes de prévention, de diagnostic ou de soins

Un médecin illustre, qui a été aussi l'un de nos grands écrivains, Georges Duhamel, de l'Académie française, a écrit à juste titre que «la grandeur de la médecine est dans la responsabilité»¹⁶⁷⁰. Il voulait dire par là qu'au-delà des connaissances techniques qu'il requiert, l'art de guérir supposait le dévouement à autrui, le sens éthique du devoir¹⁶⁷¹, «le juste sentiment de la conscience responsable»¹⁶⁷². C'est ce que le Pr Didier Sicard, alors président du Comité consultatif national d'éthique, a appelé en 1998 la «responsabilité médicale», qu'il opposait à la «responsabilité médico-légale», c'est-à-dire la responsabilité juridique des médecins¹⁶⁷³. Car, bien évidemment, on aurait indigné Georges Duhamel si on lui avait dit que la mise en accusation des médecins devant les tribunaux était autre chose qu'une pernicieuse dérive à laquelle la société s'est abandonnée «dans son aveugle besoin d'assistance et de protection»¹⁶⁷⁴. Pour lui, la responsabilité devant les juges ne pouvait que corrompre la vraie responsabilité, toute morale, des médecins.

On pourrait débattre longuement de cette thèse intellectuellement stimulante, qu'il n'est toutefois pas possible de suivre, dans la mesure où l'existence d'une obligation sous-tend celle d'un mécanisme destiné à répondre à ceux qui s'y dérobent, fussent-ils très minoritaires. Mais ce serait en pure perte, croyons-nous. Car, pour le meilleur et pour le pire, le droit de la responsabilité fait aujourd'hui partie intégrante du paysage médical quotidien. Et les médecins ne sont pas les seuls à s'y voir aujourd'hui assujettis, comme le montrent les exemples des avocats et des notaires¹⁶⁷⁵. D'autant qu'aussi récentes soient-elles, les données actuelles de cette branche du droit ne doivent pas laisser méconnaître l'ancienneté du concept de responsabilité juridique, qui n'était pas perdu de vue

1670. G. Duhamel, *Paroles de médecin*, Éd. du Rocher, Monaco, 1946, p. 56.

1671. «Médecine et chirurgie ne font rien, ne sont rien sans une exacte technique. La technique assiste l'esprit, l'arme, le guide, le défend et marque les points sur la route. Elle ne supplée jamais l'esprit. Elle peut l'opprimer, l'asservir et le réduire à merci. Elle est d'assez bonne mine pour tromper le spectateur. Qu'elle reste seule en scène, et c'est bien "la ruine de l'âme"... la médecine n'intervient qu'au temps d'affliction. Et si la connaissance de la technique nous est indispensable, elle ne saurait nous consoler de l'ignorance de la morale» (*ibid.*, p. 7-8).

1672. *Ibid.*, p. 8.

1673. D. Lecourt (dir.), *Dictionnaire de la pensée médicale*, op. cit., v. «Responsabilité», p. 976.

1674. «Depuis le début du siècle, la société, dans son aveugle besoin d'assistance et de protection, a follement entrepris de plier aux règles du fonctionnarisme une profession qui n'atteint son véritable objet que dans la confiance mutuelle, le libre consentement, l'indépendance et le secret. Les lois d'hygiène, les lois de préservation sociale, l'ingérence inopportune des tribunaux, bref les abus de l'étatisme ont failli compromettre et menacent encore gravement l'exercice de cette profession fondée sur les vertus individuelles et le juste sentiment de la conscience responsable» (G. Duhamel, *Paroles de médecin*, op. cit., p. 8).

1675. Seul subsiste encore un îlot d'immunité dont bénéficient toujours les juges en ce début de XXI^e siècle (J. Borricand [dir.], «Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?», PUAM, Aix, 2000).

des juristes du XIX^e siècle¹⁶⁷⁶. En effet, il ne faut pas se laisser leurrer par les maximes d'impunité fantaisiste que Molière prête aux médecins de son temps¹⁶⁷⁷.

De l'expérience historique, dont il n'est pas possible de retracer ici l'évolution sinueuse, on retiendra trois observations.

* * *

En premier lieu, la « responsabilité médico-légale » est aussi ancienne que la médecine. D'ailleurs, elle existait déjà dans ce qu'on a l'habitude d'appeler « le Code d'Hammourabi »¹⁶⁷⁸, roi de Babylone, probablement en 1728-1686 avant notre ère¹⁶⁷⁹ ainsi qu'en Égypte¹⁶⁸⁰. Elle devait également figurer dans la déontologie hippocratique sous forme de pénalités¹⁶⁸¹. À Rome, une loi de date incertaine, la *lex Aquilia* (vers 287 bc ?), servit de base à la réparation du dommage causé injustement, l'*injuria*¹⁶⁸². 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 profession¹⁶⁸³. Il leur était, en outre, défendu de s'écarter, sous des peines déterminées, des prescriptions écrites dans un *Codex*, qui tomba bientôt en désuétude¹⁶⁸⁴. 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 involontaire¹⁶⁸⁵.

1676. Voir par ex. P. Brouardel, *La responsabilité médicale et le secret médical*, J.-B. Baillière et fils, Paris, 1898, p. 2. Mais l'exemple le plus frappant est à rechercher dans le réquisitoire d'un avocat général à la Cour de cassation, invoquant en 1862, le précédent du *Livre des Assises de la Cour des bourgeois de Jérusalem*, au XII^e siècle (Cass. 21 juillet 1862, S.1862-1-108).

1677. « Ces bévues ne sont point pour nous et c'est toujours la faute de celui qui meurt. Enfin, le bon de cette profession est qu'il est parmi les morts une honnêteté, une discrétion la plus grande du monde » (*Le médecin malgré lui*, acte III). « *Dono tibi et concedo virtutem et puissanciam medicandi, purgandi, seignandi, taillandi, coupandi, et occidendi impune per totam terram* » (*Le Malade imaginaire*, 3^e intermède).

1678. A. Finet, *Le Code de Hammurabi. 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 pénale médicale*, Bull. juridique de la Santé publique, sept. 1999, n° 21.

1679. J. Gilissen, *Introduction historique au droit*, Bruylant, Bruxelles, 1979, p. 64.

1680. E.-L. Manche, *La responsabilité médicale au point de vue pénal*, Thèse Droit, Paris, 1913, p. 8-9.

1681. 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.

1682. J. Gaudemet, *Droit privé romain*, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 1998, p. 282-283.

1683. F. Dislaire, *De la responsabilité civile des médecins*, Thèse Droit (dir. M. Planiol), Lille, 1901, p. 10.

1684. A. Trébuchet, *Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France*, Paris, J.-B. Baillière, 1834, p. 182.

1685. Dig. I, 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

* * *

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 positive¹⁶⁸⁶, à la différence du droit. Elle était initialement abandonnée aux soins des barbiers et des esclaves grecs ou orientaux¹⁶⁸⁷.

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»: au XIII^e siècle, 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*¹⁶⁸⁸. 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 siècle¹⁶⁸⁹, est un arrêt de Paris du 25 avril 1427 condamnant un médecin qui s'était essayé à une transfusion sanguine à être admonesté «de ne plus faire ainsi» car il avait tenté une thérapie qui aurait pu tuer son patient¹⁶⁹⁰.

Sous l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècles), la situation sociale des médecins était encore fragile.

Dans certaines villes du royaume, telles Rouen, Dijon, Limoges, Lille, Clermont-Ferrand, il existait d'ailleurs des communautés qui regroupaient à la

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); Inst., 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. I, 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., p. 3-6).

1686. 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 célèbre et c'est Asclépiade, arrivé en 91 A. E. qui fit accepter définitivement les médecins grecs dans l'*Urbs*.

1687. J.-C. Sourmia, *Histoire de la médecine*, op. cit., p. 49; B. Halioua, *Histoire de la médecine*, op. cit., p. 49 et 53.

1688. Ch. CCXXXV, Éd. Beugnot, t. II, p. 164-166; A. Laingui, J. Illes, *La responsabilité pénale du médecin dans l'ancien droit*, op. cit., p. 3.

1689. Guyot, *Répertoire*, v. «Médecin».

1690. 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.

fois des médecins, des chirurgiens et des 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 élevée¹⁶⁹¹.

La perception de la médecine était volontiers négative. On pourrait en donner pour exemple les Fables de La Fontaine (*Le docteur Tant-Mieux et le docteur Tant-Pis*) et le théâtre de Molière, avec *Le médecin volant* (1659), *Le festin de Pierre* (1659), *L'amour médecin* (1665), *Le médecin malgré lui* (1666) et bien sûr *Le malade imaginaire* (1673)¹⁶⁹². Au siècle suivant, l'*Encyclopédie* se montrait très dure envers l'incompétence des praticiens¹⁶⁹³.

Par voie de conséquence, leur responsabilité était étendue. Un certain nombre d'arrêtés 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-intérêts¹⁶⁹⁴. Le 22 juin 1768, le parlement de Paris 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 chirurgie¹⁶⁹⁵. Il faut cependant faire la part de tendances contraires qui émergèrent au XVIII^e siècle¹⁶⁹⁶, anticipant sur la période suivante.

À l'inverse, si le médecin est un notable en vue et la médecine, auréolée de prestige, comme en France au XIX^e siècle, malgré quelques échos satiriques dans la littérature¹⁶⁹⁷, la responsabilité du praticien sera restreinte. En 1834, l'Académie de médecine (sur le rapport du Dr F.-J. Double, le grand clinicien¹⁶⁹⁸), 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.

1691. D. Baisset, *La Faculté de médecine et le milieu médical roussillonnais au XVIII^e siècle*, p. 113.

1692. F. Millepierres *La vie quotidienne des médecins au temps de Molière*, Hachette, 1965.

1693. Diderot et d'Alembert, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, 1755, t. X, p. 261-292.

1694. A. Trébuchet, *Jurisprudence de la Médecine, de la Chirurgie et de la Pharmacie en France*, op. cit., p. 184.

1695. *Ibid.*, p. 184.

1696. Une tendance plus restrictive (favorable à une limitation de la responsabilité à la faute intentionnelle) a également existé. On pourrait en donner pour exemple un arrêt du parlement de Paris du mois de juin 1696 confirma une sentence du Châtelet par laquelle il avait été jugé «que les chirurgiens ne sont pas garants et responsables de leurs remèdes, tant qu'il n'y a que de l'ignorance ou de l'impéritie de leur part, *quia aegrotus debet sibi imputare curatalem elegerit*, parce que le malade ne peut s'en prendre qu'à lui d'avoir choisi un tel homme. Il n'y a, dit Brillon, qu'un seul cas où l'on ait une action contre eux ; c'est lorsqu'il y a dol, auquel cas c'est un véritable délit. Mais il en est autrement, lorsqu'on ne peut leur imputer qu'un quasi-délit, à la différence du droit romain qui voulait que l'impéritie fut regardée comme une faute» (*Ibid.*, p. 184 ; J.-F. Lemaire, J. Imbert, *La responsabilité médicale*, PUF, Paris, 1985, p. 17 ; C. Careghi, *Une responsabilité médicale de type civil a-t-elle existé en ancien droit français*, op. cit.)

1697. On pourrait citer parmi les plus méchantes *Les Morticoles*, le pamphlet de Léon Daudet (qui était docteur en médecine) paru en 1894, et *Corps et âmes*, de M. Van Der Meersch, qui connut un énorme succès avant la guerre de 1914.

1698. M. Suspène, «Fr.-J. Double et l'auscultation», *Revue d'Histoire des sciences médicales*, XLI, 2007-4, p. 379-384.

Les articles 1382¹⁶⁹⁹ et 1383¹⁷⁰⁰ du Code civil ne leur sont pas applicables dans ces cas »¹⁷⁰¹. « L'Académie, écrivait-il 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 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 »¹⁷⁰². Ce raisonnement, fut balayé par un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1835 dans l'affaire Thouret-Noroy¹⁷⁰³.

* * *

En dernier lieu, force est de constater que les obligations que le droit faisait peser sur les médecins sont longtemps restées légères. Elles se réduisaient 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'inhumation¹⁷⁰⁴, 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).

Elles sont aujourd'hui plus amples, car la place du médecin, de la médecine et de la santé dans notre société ont changé. La médecine d'abord a

1699. 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 ».

1700. 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 ».

1701. 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.

1702. A. Trébuchet, op. cit., p. 194-195.

1703. Cass. 18 juin 1835, S. 1835, I, 401.

1704. Toutefois, l'édiction 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).

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, 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 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.

Une responsabilité fondée d'abord sur un fait délictuel – La soumission du médecin aux règles de droit commun en matière de responsabilité a été introduite par un jugement du tribunal de Domfront de 1830 dans l'affaire Foucault c./ Dr Hélie¹⁷⁰⁵ et elle a été véritablement consacrée dans un arrêt de 1835, concernant un médecin auteur d'une faute flagrante commise en pratiquant une saignée¹⁷⁰⁶. Pendant un siècle, la responsabilité a été de type délictuel, c'est-à-dire extra-contractuel, et a généré une jurisprudence qui n'est pas négligeable¹⁷⁰⁷. On n'imaginait pas alors qu'il y ait eu juridiquement un contrat médical, bien que l'idée ait peu à peu progressée¹⁷⁰⁸. D'autant que, jusque dans le premier tiers du XXe siècle, une présomption de responsabilité pesait 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. Demogue¹⁷⁰⁹ entre obligation de moyens et obligation 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 moyens, une obligation restreinte. Restreinte, parce qu'on s'en dégage en l'absence de faute prouvée par le requérant¹⁷¹⁰.

Une responsabilité désormais fondée sur l'existence d'un contrat médical – 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 contrat¹⁷¹¹ : « 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

1705. *Supra* note n° 898.

1706. Cass. 18 juin 1835, S. 1835, 1, 401.

1707. Étienne-Martin, *Précis de déontologie et de médecine professionnelle*, op. cit., p. 87-88.

1708. CA Nîmes, 26 février 1884, D. 1884, 2, 176.

1709. R. Demogue, *Traité des obligations*, t. V, 1928, n° 1237.

1710. La preuve de l'information incombe au médecin (NDLA).

1711. Indépendamment du contrat de soin, il y a également le contrat de recherche médicale qui sort de l'épure de ce livre (C. Blaizot-Hazard, *Droit de la recherche scientifique*, op. cit., p. 181).

responsabilité de même nature, également contractuelle¹⁷¹²».

Aujourd'hui, dans la jurisprudence judiciaire¹⁷¹³ et dans la doctrine française, on tient encore largement cette position pour fondée¹⁷¹⁴. 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 formé¹⁷¹⁵. Toutefois, la codification opérée par la loi du 4 mars 2002 incite un nombre croissant d'auteurs à considérer que «la responsabilité médicale est désormais fondée sur des textes spécifiques, détachés de la nature juridique des relations existant entre le praticien et son patient»¹⁷¹⁶. Le texte essentiel figure aujourd'hui à l'article L. 1142-1, I, du Code de la santé publique: «Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé [...] ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute». Mais la loi n'apporte aucune précision sur la faute susceptible d'engager la responsabilité médicale et ne dit pas quelles sont les obligations des professionnels de santé. En matière civile, il faut pour cela se rapporter à la jurisprudence antérieure.

L'obligation du médecin est en principe une obligation de moyens – Une jurisprudence qui n'a jamais varié¹⁷¹⁷ 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»¹⁷¹⁸. On retrouve ici le critère même des obligations de moyens: l'aléa affectant le résultat ne permet au débiteur de l'obligation 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 inhérente

1712. 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.

1713. J.-M. Auby (éd. princeps), *Droit médical et hospitalier*, fasc. 18 (5, 2001); *La responsabilité médicale. Principes généraux* par Michèle Harichaux, p. 4-5; G. Mémeteau, *Cours de Droit médical*, op. cit., éd. 2003, p. 287.

1714. Contra: Ph. Malaurie, *La responsabilité civile médicale*, Defrénois, 2002, n° 37632, pp. 1516 ss. et J. Belissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Thèse Droit, LGDJ, 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?».

1715. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 1996.

1716 *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, f. 31 (1^{er} février 2003), p. 2155.

1717. Cass. 15 juin 1937, JCP 1937, 413... 1^{re} civ., 31 mai 1960, JCP G 1961, II, 11914... etc.

1718. Cass. civ., Dr Nicolas c./ époux Mercier, 20 mai 1936, D. 1936, p. 96; A. Sérioux, *Droit des obligations*, PUF, Paris, 1992, p. 164.

à la pratique médicale et chirurgicale¹⁷¹⁹. En effet, l'acte le plus consciencieux, le mieux conduit, peut toujours échouer, blesser ou tuer¹⁷²⁰.

La jurisprudence a adopté la même solution pour les pharmaciens, chirurgiens-dentistes¹⁷²¹ et les vétérinaires¹⁷²². Par ailleurs, la pratique moderne confortée par le législateur¹⁷²³ a fait apparaître un contrat de recherche médicale avec ou sans bénéfice 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 moyens.

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 consciencieux¹⁷²⁴.

Certaines obligations ponctuelles que le contrat médical met à la charge du médecin peuvent s'analyser comme une obligation de résultat – Certes 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)¹⁷²⁵. 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 sida¹⁷²⁶. 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.

Ainsi, si un chirurgien-dentiste est tenu d'une simple obligation de moyens

1719. Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1970, Bull. civ. I, n° 34 : « Il existe une part d'aléa inhérente à tout acte chirurgical ».

1720. P. Sargos, « L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire », *JCP* 2000.I.202, n° 1.

1721. Cass. civ., 29 octobre 1985, *D.* 1986.417.

1722. Cass. civ., 31 janvier 1989, Bull. civ., I, n° 56, p. 36 ; *JCP* 89, IV, 120.

1723. L. 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biologiques (CSP, anc. art. L. 269-1 à L. 209-22). Ce texte a légalisé la recherche sans bénéfice individuel direct pour la personne qui s'y prête. Depuis la loi du 9 juillet 2004, le législateur a abandonné cette référence et introduit un nouveau type de responsabilité basé sur la faute présumée (cf. M. Cirillo-Monti, « L'encadrement de la recherche biomédicale en droit pharmaceutique : aspects de droit interne », dans A. Leca, G. Leonetti, *La recherche biomédicale*, PUAM, 2006).

1724. *Supra* § 088.

1725. CA Paris, 21 novembre 1986, *D.* 1987. Somm. 421, obs. J. Penneau.

1726. CA Paris (1^{re} ch., sect. B), 19 décembre 2002 (précit. note n° 874).

quant aux soins à donner à son patient, y compris la pose d'une prothèse¹⁷²⁷, il est en revanche astreint à une obligation de résultat quant à la délivrance d'une prothèse dentaire sans défauts¹⁷²⁸ ou l'utilisation de ses instruments de travail¹⁷²⁹. Si la défectuosité de la prothèse est avérée, ceci engage en outre la responsabilité du fabricant, sur qui pèse aussi une obligation de résultat¹⁷³⁰.

De même, en ce qui concerne 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 donneurs¹⁷³¹. En revanche, autre est la situation du receveur et les centres ne sont tenus que d'une obligation de moyens¹⁷³². 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 résultat¹⁷³³. 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 syphilis¹⁷³⁴. 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

1727. Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1977, Bull. civ. I, n° 303 ; *JCP G* 1979, II, 1, 9222, note F. Chabas ; Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 1979, Bull. civ., I, n° 107, DS 1980, inf. rap., p. 170, obs. J. Penneau.

1728. Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1972, Bull. civ. I, n° 241, DS 1973, p. 243, *RTDC* 1974, p. 160, obs. G. Durry ; CA Paris, 17 janvier 1982, *Gaz. Pal.* 1983, somm. p. 286). Les juges estiment que la prothèse fabriquée doit être « sans défaut » (Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 1985, Bismuth, *D.* 1986.417 ; 12 juin 1990, Bull. civ. I, n° 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. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, Bull. civ. I, n° 319 ; 12 juin 1990, Bull. civ. I, n° 162) et même renforcée (Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 1994, Bull. civ. I, n° 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 ».

1729. TGI Pontoise, 28 novembre 1986.

1730. CA 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 ou à l'ophtalmologiste).

1731. CSP, anc. art. L. 668-10.

1732. CA Paris, 28 novembre 1991, *JCP G* 1991, II, 21797, note M. Harichaux (censurant la décision du TGI de Paris du 1^{er} 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).

1733. Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 1954 : *JCP G* 1955, II, 8940, note R. Savatier ; *D.* 1955, 269 note Rodière ; *Gaz. Pal.* 1955, I, 54, *RTDC* 1955, p. 300, obs. H. et L. Mazeaud.

1734. *Supra* note précédente.

indécelable du sang¹⁷³⁵. La juridiction administrative a statué dans le même sens en consacrant la responsabilité sans faute des CTS¹⁷³⁶.

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 tenues que d'une obligation de moyens dans la fourniture de produits sanguins livrés par les centres de transfusion¹⁷³⁷, ce qui confirme la règle posée plus haut.

Les examens de laboratoire simples et courants ont été considérés comme des actes médicaux dépourvus d'aléas¹⁷³⁸, par exemple un test de dépistage du sida qui doit communiquer un « résultat fiable »¹⁷³⁹. 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 moyens¹⁷⁴⁰.

La loi peut enfin imposer de plein droit une obligation de résultat pour faciliter la réparation des dommages causés par l'activité médicale.

Jusqu'à la loi du 9 août 2004, le domaine le plus notable était celui des recherches biomédicales, sans bénéfice individuel direct pour celui qui s'y prêtait (c'est-à-dire le sujet en bonne santé). La référence au « bénéfice individuel direct » a disparu aujourd'hui de la partie législative du Code de la santé publique et actuellement, pour les recherches biomédicales, le législateur a posé la règle selon laquelle « les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal »¹⁷⁴¹ et mis en place un système de responsabilité spécifique reposant sur la faute présumée (régime auquel étaient précédemment assujetties les recherches avec bénéfice individuel direct), étant précisé que si le promoteur peut s'exonérer de toute responsabilité, en prouvant qu'il n'a pas commis de faute, les victimes (en métropole seulement) sont alors

1735. Cass. civ. 1^{re}, 12 avril 1995 (2 arrêts), *D.* 1995, inf. rap., p. 131, *JCP G* 1995.II.22467, note P. Jourdain, *Bull. civ. I*, n° 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 énonce 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. civ. 1^{re}, 9 juillet 1996, *Bull. civ.*, I, n° 303).

1736. CAA Lyon, 2 octobre 1997, *LPA*, 8 mai 1998, p. 9, J.A. Bas.

1737. *Supra* note n° 1543.

1738. CA Toulouse, 14 décembre 1959, *JCP G* 1960, II, 11402, note R. Savatier ; *D.* 1960, 180, *RTDC* 1960, p. 298, obs. H. et L. Mazeaud.

1739. TGI Colmar, 25 octobre 1989, *RDSS* 1991, p. 29, obs. L. Dubouis.

1740. Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 1974, *Bull. civ. I*, 4, *D.* 1974, somm. p. 79 ; TGI Montpellier, 15 décembre 1999, *JCP G* 1990, II, 21556 note J.-P. Gridel, *RDSS*, 1991, p. 31, obs. L. Dubouis. Tel est le cas lorsque les conditions de réalisation d'un test sont encore aléatoires (TGI Auxerre, 8 novembre 1999, *Dict. permanent bioth.*, 88, p. 7818).

1741. CSP, art. L. 1121-5 (L. n° 2004-806 du 9 août 2004) pour les femmes enceintes, les parturientes et les mères qui allaitent ; art. L. 1121-6 (L. du 9 août 2004) pour les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative, les personnes hospitalisées sans consentement ; art. L. 1121-7 (L. du 9 août 2004) pour les mineurs ; art. L. 1121-8 (L. du 9 août 2004) pour les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection légale ou hors d'état d'exprimer leur consentement.

indemnisables par l'ONIAM¹⁷⁴².

Mais se trouve toujours soumis à un régime de responsabilité sans faute (c'est-à-dire sans faute à prouver) le dommage subi par un donneur de sang¹⁷⁴³ et un transfusé contaminé par le VIH¹⁷⁴⁴.

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 thérapeutiques¹⁷⁴⁵.

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'attendre¹⁷⁴⁶. Ceci résulte de différents textes, notamment la loi du 1^{er} juillet 1964 (modifiée le 26 mai 1975)¹⁷⁴⁷ 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 produit¹⁷⁴⁸.

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 victime¹⁷⁴⁹.

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, voire inévitable, car l'état le plus avancé des connaissances scientifiques et techniques d'alors ne permettait pas

1742. CSP, art. L. 1121-10 (Loi n° 2004-806 du 9 août 2004) : « Le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche biomédicale pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche. Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées dans les conditions prévues à l'article L. 1142-3 » ; CSP, art. L. 1142-3 al. 2 (L. du 9 août 2004) : « Les personnes qui subissent des dommages dans le cadre de la recherche biomédicale peuvent faire valoir leurs droits en application des deux premiers alinéas de l'article L. 1121-10 auprès des commissions régionales mentionnées aux sections 2, 3 et 4 du présent chapitre. Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées par l'office institué à l'article L. 1142-22, conformément aux dispositions du II de l'article L. 1142-1. Toutefois l'indemnisation n'est pas dans ce cas subordonnée au caractère de gravité prévu par ces dispositions » (Voir également les commentaires de M. Cirillo-Monti, « L'encadrement de la recherche biomédicale en droit pharmaceutique : aspects de droit interne », dans A. Leca, G. Leonetti (dir.), *La recherche biomédicale*, Colloque de Marseille du 12 novembre 2004, PUAM, 2006).

1743. L. 2 août 1961 modifiée, CSP art. L. 1229-9.

1744. L. du 31 décembre 1991, CSP art. L. 3122-1.

1745. CJCE, 10 mai 2000, *D.* 2001, p. 3065, note P. Kayser.

1746. C. de la consommation, art. L. 221-1.

1747. CSP, art. L. 3111-9.

1748. C. civil, art. 1386-1 issu de la loi du 19 mai 1998.

1749. C. civil, art. 1386-16 issu de la loi du 19 mai 1998.

de l'identifier.

Dans un arrêt rendu à propos du vaccin Engerix B, il fut fait application de cette règle et jugé que ce produit, fabriqué par les laboratoires en cause, ayant été le facteur déclenchant de la maladie développée par la victime, le dommage causé à celle-ci établit une absence de sécurité du vaccin à laquelle son utilisateur pouvait légitimement s'attendre et démontre la défectuosité du produit. En conséquence, le fabricant du vaccin a été condamné à réparer le dommage causé à la victime¹⁷⁵⁰. 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 obligatoire¹⁷⁵¹, la puissance publique se réserve une action récursoire contre le praticien vaccinateur en cas de faute de ce dernier¹⁷⁵².

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.

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 moyens renforcée, obligation de sécurité dite parfois « de sécurité-résultat »¹⁷⁵³ ou « de sécurité de résultat »¹⁷⁵⁴) – Dans certains cas, le médecin est tenu d'une obligation complexe, qui va au-delà de l'obligation de moyens, tout en restant en deçà de l'obligation de résultat. Cette obligation singulière, qui ne s'identifie pas entièrement à la catégorie des obligations de moyens, ni non plus tout à fait à celle des obligations de résultat, a reçu des dénominations variables suivant les auteurs : « obligation de moyens 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

1750. CA de Versailles, 14^e chambre, 2 mai 2001, Smithkline Beecham c./ M^{me} Leroy, Dalloz 2001, n°20, JP, Informations rapides, p. 1593.

1751. Il s'agit de la vaccination contre la diphtérie, le tétanos, la poliomyélite et la paratyphoïde. Le Conseil d'État a admis dans le milieu du XX^e siècle une présomption de faute de la part des centres de vaccination (CE, 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^{er} 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. I, Montchrestien, Domat, 11^e éd., 1997, p. 1166-1167). On notera enfin que la jurisprudence admet les pertes de chance lorsque le dommage n'est pas exclusivement dû à une vaccination (CE, 23 février 1972, ministre de la Santé c./ Boghossian, *RDSS*, 1972, p. 354).

1752. L'article L. 3111-9 alinéa 2 du CSP 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 ».

1753. C. Clément, « 1990-2002 : une période jurisprudentielle faste pour les droits du patient », *RGDM* n° 7, Bordeaux, 2002, p. 34.

1754. Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1999, M^{me} Morisot, Bull. civ. I, n° 300 ; *JCP G* 2000, II, 10251, note Ph. Brun.

pure création de la jurisprudence.

C'est la technique dite du « forçage du contrat », découverte dans le contrat de transport, par un arrêt de 1911¹⁷⁵⁵, par lequel la Cour de cassation a imaginé la notion d'obligation de sécurité¹⁷⁵⁶ et assigné au transporteur l'obligation, non seulement d'acheminer le passager à destination, mais encore de le conduire « sain et sauf ».

En matière d'IVG, il existe à la charge du praticien une obligation de moyens renforcée de mettre en œuvre un contrôle efficace du résultat de l'intervention. S'agissant d'IVG, 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). Cette faute offre la possibilité d'une réparation¹⁷⁵⁷. Ce n'est pas une obligation de résultat car l'opération comportera toujours un aléa¹⁷⁵⁸.

En matière d'infection nosocomiale contractée dans un établissement de santé ou un centre de transfusion sanguine¹⁷⁵⁹, il existe à la charge de l'établissement une obligation de sécurité et les juges du fond apprécient souverainement si le patient a contracté une infection nosocomiale¹⁷⁶⁰.

Avant la loi du 4 mars 2002, cette solution valait aussi bien dans le cabinet d'un médecin libéral qu'en établissement de santé¹⁷⁶¹. Aujourd'hui, dans la mesure

1755. Cass. civ., 19 novembre 1911, Zbidi Hamida ben Mahmoud c./ Cie Gale Transatlantique, D. P. 1913, I, 429; S. 1912, I, 73.

1756. Bientôt élevée au rang d'obligation de sécurité de résultat (Cass. civ., 25 juillet 1922, D. P. 1923, I, 210).

1757. Dans un premier temps, en cas d'échec de l'IVG, la jurisprudence judiciaire a refusé toute réparation au motif que la naissance d'un enfant ne pouvait s'analyser comme un préjudice (TGI 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 même sens (CE, 2 juillet 1982, *Gaz. Pal.* 1983, I, p. 193, note F. Moderne avec concl. Pinault, *RDSS*, 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 (CA Nîmes, 15 octobre 1981, *Juris-data* n° 025785; Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1983, Bull. civ. I, n° 140, *JCP G* 1983.1.226).

Il y avait là les germes d'un revirement jurisprudentiel donnant droit à indemnité en cas d'échec de l'IVG.

1758. TGI Bobigny, 15 décembre 1976, DS 1977, p. 245; TGI 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.

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. civ. 1^{re}, 29 juin 1999, 3 arrêts, D. 1999, p. 559, note D. Thouvenin, *JCP* 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 & Droit*, 1999, n° 35, p. 4).

1760. Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 2005, n° 04-12.066.

1761. Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2001, Bertrand M. et autre 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 ».

où celle-ci dispose que « les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère¹⁷⁶² », les praticiens exerçant en cabinet ne paraissent plus concernés¹⁷⁶³. Encore que l'on puisse faire valoir que l'asepsie d'un cabinet est imposée aujourd'hui par « les données acquises de la science ».

En métropole, depuis les lois des 4 mars¹⁷⁶⁴ et 30 décembre 2002, cette dernière entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003¹⁷⁶⁵, les infections nosocomiales consécutives à des soins réalisés à compter du 5 septembre 2001 ayant entraîné une atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieure à 25 % (ou le décès du patient) sont indemnisées par la solidarité nationale¹⁷⁶⁶. Cette règle n'a pas été transposée à la Polynésie française.

En matière de surveillance des hospitalisés, psychiatriques en particulier, il existe à la charge des établissements privés une obligation de moyens renforcée. Mais, en dépit de certaines apparences¹⁷⁶⁷, ce n'est pas une obligation de résultat : le suicide d'un patient ne permet pas de présupposer le défaut de vigilance¹⁷⁶⁸. Une faute doit être établie à l'encontre de la clinique¹⁷⁶⁹. C'est encore plus vrai des personnes hospitalisées dans une maternité¹⁷⁷⁰ ou un service de cardiologie, notamment si le personnel qui y exerce n'a pas été informé de leurs troubles psychiatriques¹⁷⁷¹.

1762. CSP, art. L. 1142-1, I, al. 2/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 98.

1763. 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.

1764. Ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003 prise pour l'application outre-mer de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. (Arrêté de promulgation n° 285 DRCL du 27 mars 2003), *JOPF* 10 avril, p. 853 : CSP art. L. 1544-1 : Les dispositions de l'article L. 1142-1 posant le principe de la responsabilité des établissements concernés relativement aux infections nosocomiales lorsque ceux-ci n'ont pas pu apporter la preuve exonératrice selon laquelle l'infection résultait d'une cause étrangère sont applicables en Polynésie française.

1765. CSP, art L. 1142-1-1 transférant la charge des lourdes affections à l'ONIAM Ce texte n'a jamais été transposé en Polynésie française.

1766. Voir par ex. CE, 13 juillet 2007, ONIAM, n° 293196.

1767. Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 1961 (cassation d'un arrêt ayant débouté le père d'une patiente hospitalisée psychiatrique ayant tenté de se suicider à deux reprises dans la clinique, au motif que l'établissement « est tenu vis-à-vis du malade d'une obligation de soins et d'une obligation de surveillance ; que celle-ci doit se traduire par des mesures appropriées à l'état nerveux du malade et à ses réactions antérieures connues, en vue d'assurer, contre le malade lui-même, sa propre sécurité ; qu'en négligeant ces précautions, l'établissement commet une faute de nature à engager sa responsabilité »).

1768. Cette solution se retrouve en droit hospitalier. Voir par ex. CAA Douai, 16 octobre 2001, *Jurisdata* n° 181778 (le suicidé ayant utilisé un subterfuge pour éloigner la surveillante).

1769. Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998, n° 96-13.775, n° 451 P ; CA Pau, 1^{re} ch., 18 décembre 1996, n° 94003663, Sté Clinique Mirambeau c/ Valle, *RDSS*, 1997, p. 840, obs. G. Mémeteau et M. Harichaux ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 03-18.481, n° 413 FS – P + B.

1770. Les psychoses puerpérales toucheraient 1 à 2 cas pour 1000 accouchements (<http://depression-infantile.site.voila.fr/page3.html>).

1771. Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998, *D.* 1998 IR 88 (ayant exonéré une clinique de toute responsabilité pour le suicide d'un patient dans une chambre d'un service de radiologie, sachant que rien n'établissait que le personnel de la clinique ait été informé des traitements antérieurs de ce patient pour dépression et de la nécessité d'une surveillance particulière, que la chambre où celui-ci se trouvait était située dans le seul service adapté à son état et qu'au moment des faits un médecin et une aide soignante

Enfin, en matière de responsabilité du fait des appareils et instruments qu'il utilise pour l'exécution des actes médicaux d'investigation et de soins, depuis 1999 la jurisprudence fait explicitement peser sur le médecin une obligation de sécurité¹⁷⁷². Tel était déjà le cas dans certaines 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 avait causé un dommage en explosant¹⁷⁷³. De même, depuis quelques années, la Cour de cassation faisait peser sur les chirurgiens-dentistes une obligation de résultat dans les prothèses délivrées aux patients qui devaient être sans défaut¹⁷⁷⁴ – la pose demeurant un acte médical aléatoire régi par une classique obligation de moyens.

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 défectueux¹⁷⁷⁵ ; en effet, lorsque la faute est présumée, on peut considérer que pèse sur le débiteur une obligation de résultat¹⁷⁷⁶.

Si on met bout à bout ces solutions, peut-on dire que le médecin soit 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 » ? 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 suggérer¹⁷⁷⁷, la réponse est négative, car les médecins ne sont pas tenus d'indemniser les conséquences de l'aléa thérapeutique¹⁷⁷⁸. Par ailleurs,

étaient sur place).

1772. « 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 médical d'investigation et de soins, encore faut-il que le patient démontre qu'ils sont à l'origine de son dommage » (Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1999, M^{me} Morisot, dit « arrêt de la table », Bull. civ. I, n° 300 ; *JCP G* 2000, II, 20251, note Ph. Brun, *D.* 2000, p. 117, note P. Jourdain ; *Droit et patrimoine*, 2000, n° 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.

1773. Cass. civ. 2^e, 15 juin 1972, Bull. civ. II, n° 186, *RTDC* 1973, p. 136, obs. G. Durry.

1774. Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1972, *RTDC*, 1974, p. 160, obs. G. Durry ; Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 1985, Bull. civ., I, n° 273 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, Bull. civ., I, n° 319 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1990, Bull. civ., I, n° 162 ; Cass. civ., 22 novembre 1994, Bull. civ. I, n° 340.

1775. C. Clément, « 1990-2002 : une période jurisprudentielle faste pour les droits du patient », *RGDM* n° 7, 2002, p. 35.

1776. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, Thémis, 1990, n° 156.

1777. CA 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 » (*LPA*, 9 décembre 1999, p. 12, note S. Prieur) censuré par Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2000, Destandau c./ Tourneur et MSA, *RDSS* 2001-1, note L. Dubouis, p. 55.

1778. Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2000, Destandau c./ Tourneur et MSA, *RDSS* 2001-1, note L. Dubouis, p. 55 ; S. Prieur, « L'indemnisation de l'aléa thérapeutique devant la Cour de cassation : quel débiteur ? », *LPA*, 4 décembre 2000, n° 241, p. 14 ; Fr. Thiriez, *Aléa thérapeutique : la Cour de cassation referme la porte*, *Conc. méd.*, 2 décembre 2000 ; CA Paris (1^{re} ch. B), 5 avril 2001, *Soc. Le Sou Médical & autre c./ Nicole Fajardie & autres*, *Gaz. Pal. Rec. janv. fév.* 2002, p. 226.

la réaffirmation par la loi du 4 mars 2002 de la faute comme fondement de la responsabilité médicale a amené la Cour de cassation à recadrer sa perspective. Ainsi, pour la haute instance, la responsabilité du médecin est subordonnée à la preuve d'une faute commise dans l'accomplissement de l'acte médical ; dès lors, viole l'article 1147 du Code civil une cour d'appel¹⁷⁷⁹ qui retient la responsabilité d'un médecin sur le seul fondement d'une obligation de sécurité de résultat¹⁷⁸⁰. « Le médecin n'est tenu, vis-à-vis de son patient, même en matière d'infection nosocomiale, que d'une obligation de prudence et de diligence » ; il en résulte « qu'en décidant, pour retenir sa responsabilité, que le médecin est tenu, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat tout en constatant l'absence de faute caractérisée qui lui soit imputable, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil »¹⁷⁸¹.

Il faut se féliciter des bornes ainsi élevées, car le médecin est « au service de l'individu »¹⁷⁸² et cette idée de dévouement, voire de renoncement, sépare radicalement relation médicale et relation commerciale. Toutefois, la mentalité des « nouveaux médecins » qui entend réduire cette dépendance au nom de l'idée que le médecin est un professionnel comme les autres porte en germe l'idée que le praticien n'est plus qu'un prestataire de service. Cette façon de voir pourrait amener une résurgence de la référence à une obligation de sécurité et peut-être même conduire à une responsabilité sans faute.

L'obligation que le contrat médical met à la charge du médecin ne peut pas engendrer un mécanisme de responsabilité sans faute – Les règles juridiques sont à la fois des normes (par hypothèse stables), mais aussi de la dynamique en action (animée par définition d'un mouvement qui lui est propre). Très schématiquement, la responsabilité sans faute, c'est le moyen d'indemniser les victimes sans mettre en cause le responsable et la propension est grande d'indemniser sans faute pour remédier à des désastres douloureux, médicaux ou sanitaires.

On se souvient que, depuis les années 1990, à côté des régimes législatifs excluant le fait fautif (vaccinations obligatoires, recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct, dons du sang), les deux Ordres de juridiction ont admis de nouvelles hypothèses de responsabilité sans faute médicale¹⁷⁸³.

Or 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'Aix¹⁷⁸⁴, 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 »¹⁷⁸⁵.

1779. CA Fort-de-France, 29 juillet 2002.

1780. Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 2005, n° 03-13.579.

1781. Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 2005, n° 04-14268.

1782. CSP, art. R. 4127-2.

1783. C. Clément, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*, Thèse Droit, Les Études Hospitalières, Bordeaux, 2001.

1784. CA Aix, 18 octobre 2000 : Juris-data n° 128542.

1785. Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2000, Destandau c./ Tourneur et MSA, *RDSS* 2001-1, note L.

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»¹⁷⁸⁶. Et sans doute dangereuse pour l'avenir de la médecine.

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 en métropole les bases d'un système d'indemnisation, fondé sur la solidarité nationale pour certains accidents ne répondant pas aux conditions de la responsabilité médicale. Cela concerne les affections iatrogènes (directement liées aux soins) ne résultant pas d'une faute, les accidents dus à un produit de santé, s'ils ne sont pas imputables à un défaut de celui-ci (ce qui impliquerait la responsabilité du fabricant), les infections nosocomiales (contractées à l'occasion d'un soin médical ou d'un séjour à l'hôpital), si elles sont graves ou si, de gravité moindre, l'établissement de santé n'a pas pu opposer une cause étrangère exonératoire. Mais ce dispositif légal – qui repose sur l'intervention d'un Office (l'ONIAM) – n'est pas applicable à la Polynésie française.

Sous-paragraphe 2 – Les cas résiduels dans lesquels la responsabilité médicale ne peut avoir qu'une nature extra-contractuelle

Il existe des cas résiduels dans lesquels la responsabilité médicale ne peut avoir qu'une nature extra-contractuelle. Ceux-ci peuvent concerner deux types de personnes : d'une part des patients, d'autre part des tiers à l'acte médical.

I – Les cas de responsabilité médicale extra-contractuelle 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.

En ce qui concerne 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.

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.

Dubouis, p. 55.

1786. CA Toulouse, 8 mars 1999: Juris-data n° 124231; *LPA*, 2000, n° 102, p. 17; *Gaz. Pal.* 18 octobre 2000, p. 39; J.-M. Auby (éd. *princeps*), *Droit médical et hospitalier*, fasc. 18 (5, 2001), *La responsabilité médicale. Principes généraux*, par Michèle Harichaux, p. 17-18.

Négativement, si l'accident a lieu durant le temps de l'examen¹⁷⁸⁷, 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.

Pour ce qui a trait à la mise en jeu de la responsabilité médicale en dehors du cadre contractuel du fait de l'absence de contrat, il faut 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 qui ont été dispensés par le médecin.

Il n'y a pas non plus de contrat lorsque le patient n'a jamais été en relation avec le praticien (cas longtemps 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 exclusif¹⁷⁸⁸ – est la médecine du travail ou la médecine scolaire). 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 1991¹⁷⁸⁹ bien qu'il existe aujourd'hui une tendance très nette à la contractualisation des rapports hospitaliers.

II – Les cas de responsabilité médicale extra-contractuelle concernant des tiers

Il se trouve parfois des tiers auxquels un 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 blessée malencontreusement par le chirurgien en cours d'intervention – ce qui peut être dramatique en milieu septique.

1787. Cass. civ. I^{re}, 9 novembre 1999, M^{me} Morisot, *JCP* 2000.II.117.

1788. Certains actes médicaux imposés par la loi ne relèvent pas de l'ordre de relations contractuelles. Par exemple un certificat d'internement (CA Caen, 19 octobre 1989, *Juris-data* n° 052578 ; CA Paris, 18 janvier 1990, *Juris-data* n° 021536).

1789. CE, 11 janvier 1991, M^{me} Biancale, *Rec.*, p. 12, *RDSS* 1991, p. 262, concl. P. Hubert ; *D.* 1992, somm. p. 147, obs. P. Bon et Ph. Terneyre, *AJDA* 1991, p. 479, note S. Prétot.

En l'hypothèse d'un décès, les tiers sont les héritiers du défunt lorsqu'ils réclament réparation de leur préjudice personnel.

Il est difficile de justifier toujours de tels particularismes juridiques. D'ailleurs, dans tous ces cas, les conditions de la responsabilité médicale restent identiques.

§ 2 – Les conditions de la responsabilité médicale

La responsabilité médicale est 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 dommage ou de la non-réalisation du résultat promis, sauf preuve apportée par lui de l'existence d'une cause étrangère). En règle générale, il doit y avoir un préjudice qui soit la cause du dommage subi.

Sous-paragraphe 1 – Les deux éléments constitutifs de la mise en jeu de la responsabilité médicale : le dommage et le préjudice

Hors du monde du droit qui attache un sens très précis aux mots, les termes de dommage et de préjudice sont souvent utilisés de manière synonymique. On entendra ici par dommage (ou fait dommageable) 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).

I – 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.

1) *Le dommage résultant du fait du médecin*

La faute médicale est un manquement à une obligation préexistante¹⁷⁹⁰. 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 siècle¹⁷⁹¹, 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 la faute est « l'anomalie de conduite que n'aurait pas présentée [...] le professionnel normalement diligent et compétent dans les mêmes circonstances que l'agent du

1790. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11^e éd., n° 863.

1791. Donellus (H. Doneau), *Opera* IV, Lib. XV, cap. XXVII, III, 224.

dommage»¹⁷⁹². Quelle que soit sa gravité¹⁷⁹³, qu'elle soit intentionnelle ou née de l'imprudence, elle est de nature à engager la responsabilité du médecin.

La faute peut n'avoir aucune spécificité médicale, car les médecins, comme chaque individu, sont soumis aux règles du droit civil¹⁷⁹⁴. Tel est le cas de la négligence, que toute personne peut commettre, par exemple la confusion de champ opératoire : le médecin intervient sur la hanche droite alors que c'est la gauche qui devait être opérée¹⁷⁹⁵.

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 médicale¹⁷⁹⁶. Ou, si l'on préfère, elle peut résulter de la violation d'une obligation éthique ou déontologique ou procéder d'une faute technique.

A/ La faute médicale à caractère éthique ou déontologique

C'est la violation «d'un devoir d'humanisme médical»¹⁷⁹⁷, le manquement à «un devoir de conscience»¹⁷⁹⁸, la transgression d'une règle éthique, déontologique ou d'un usage professionnel¹⁷⁹⁹. Ceci appelle deux remarques. Tout d'abord, le juge civil peut évidemment s'appuyer sur le Code

1792. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, op. cit., p. 16. Voir par ex. CA Paris, 1^{er} décembre 1995.

1793. 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. civ. 1^{re}, 30 octobre 1963, D. 1964, 81, note R. Savatier; *Gaz. Pal.*, 1964, I, p. 8; *RTDC* 1964, p. 309, obs. Tunc). C'est un principe ancien, puisqu'il existait déjà en droit romain, qui connaissait l'adage *Culpa levissima venit* (Dig. 9, 2, 44), «la faute la plus légère suffit». Mais il n'a pas toujours été admis en droit français. À partir du moment où la jurisprudence a admis le principe de la responsabilité médicale, elle a commencé par retenir seulement la faute lourde au titre de celle-ci. C'est d'ailleurs l'avis de R. Demogue (*Traité des obligations en général*, t. III, n° 264) et encore de Josserand en 1939 (*La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession*, D. H., 1039, chr., p. 39. L'avènement des solutions actuelles s'est opéré après 1945 (CA Grenoble, 4 novembre 1946, D. 1947, p. 79).

1794. Cass. civ., 29 novembre 1920, D. P. 1924, I, 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».

1795. T. civ. Seine, 25 janvier 1949, sous CA Grenoble, 5 janvier 1949, *Gaz. Pal.* 1949, I, p. 217. Nombreux exemples de négligences dans *Lamy – Droit de la santé*, Étude n° 520 : «Faute de comportement» (octobre 2005), notamment 520-7 sur les interventions chirurgicales, 520-8 concernant les prescriptions médicamenteuses et 520-09 relativement à l'examen médical.

1796. 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.

1797. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, op. cit., p. 17.

1798. J.-M. Auby (éd. *princeps*), *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.

1799. On pourrait mentionner à ce titre l'omission de la visite dominicale habituellement effectuée lors des astreintes à l'établissement de santé par le pédiatre d'astreinte (Cass. crim., 18 mai 2005, n° 04-83.347 concernant le décès d'un enfant). Ou 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).

de déontologie¹⁸⁰⁰, qui est aujourd'hui intégré au Code de la santé publique¹⁸⁰¹. Par ailleurs, la faute par lui constatée peut naturellement avoir des conséquences disciplinaires et pénales indépendamment de ses suites civiles :

- le refus de soins opposé par le médecin au malade dans une situation d'urgence, une situation de péril¹⁸⁰² ou une situation dans laquelle les devoirs d'humanité auraient précisément imposé des soins¹⁸⁰³.
- le refus de soigner un patient, guidé par un motif discriminatoire lié à l'appartenance de cette personne¹⁸⁰⁴.

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 »¹⁸⁰⁵. Corollaire du caractère libéral de la médecine, ce droit s'est trouvé très tôt consacré par la jurisprudence¹⁸⁰⁶. On pourrait en donner comme exemple :

- le refus de pratiquer une IVG¹⁸⁰⁷,
- le refus de continuer des soins commencés¹⁸⁰⁸,
- la violation du secret professionnel, mue par le désir de bien faire (révéler à une personne la séropositivité de son conjoint),
- la substitution d'un praticien sans l'accord du patient et en dehors de toute urgence¹⁸⁰⁹,
- la substitution d'une intervention à une autre sans l'accord du patient et en dehors de toute urgence ou événement de force majeure¹⁸¹⁰,
- le fait d'entreprendre une intervention inutile ou dont les risques sont hors de proportion avec le bénéfice que l'on peut en escompter¹⁸¹¹ et ici les actes

1800. Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 1992, *Gaz. Pal.*, 2-3 février 1994, note A. Dorsner-Dolivet.

1801. D. n° 2004-802 du 29 juillet 2004.

1802 CSP, art. R. 4127- 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 ».

1803 CSP, art. R. 4127- 47. Cette disposition a permis de sanctionner des médecins qui refusaient de prodiguer les soins nécessaires à un malade du sida (CA Paris, 20 février 1992, *Juris-data* n° 021279).

1804 CSP, art. R. 4127- 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 ».

1805. CSP, art. R. 4127- 47.

1806. *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.

1807 CSP, art. L. 162-8 : « un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une IVG mais il doit informer au plus tard dès la première visite, l'intéressée de son refus ».

1808 CSP, art. R. 4127- 47-48.

1809 CA Paris, 15 octobre 1963, D. 1964, somm. p. 20 (substitution d'un chirurgien à un autre) ; CA Paris, 21 novembre 1986, D. 1987, somm. p. 421, obs. J. Penneau (substitution d'un gynécologue accoucheur à un autre qui avait été tout spécialement choisi par la jeune femme).

1810 Un chirurgien ayant pratiqué une intervention différente de celle prévue engage donc 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 CA Dijon, 19 décembre 1990, *Juris-data* n° 051660 ; CA Pau, 24 juin 1993, *Juris-data* n° 045706 et 12 février 1997, *Juris-data*, n° 040245).

1811 CSP, art. R. 4127- 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 ». Cette règle a désormais valeur légale : un praticien ne doit pas prendre des « risques disproportionnés

médicaux et chirurgicaux à visée esthétique sont fréquemment en cause,

- entreprendre un acte ou un traitement, auquel le patient a certes consenti, mais qui est dépourvu de finalité thérapeutique¹⁸¹², ce qui peut de surcroît donner lieu à des poursuites pénales¹⁸¹³,
- mettre en danger de la vie d'autrui (tel le comportement d'un chirurgien ivre qui entreprendrait une intervention chirurgicale),
- pratiquer l'euthanasie¹⁸¹⁴, qui, malgré certains errements du législateur¹⁸¹⁵, désigne la mort donnée à une personne souffrante atteinte d'une maladie incurable avec le consentement de celle-ci¹⁸¹⁶, que récusait déjà le serment d'Hippocrate¹⁸¹⁷,
- se livrer à des 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 légaux¹⁸¹⁸,
- procéder à des stérilisations sans intérêt thérapeutique, sous réserve de la brèche ouverte par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001¹⁸¹⁹.

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

par rapport au bénéfice escompté» (CSP, art. L. 1110-5/L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 3).

1812 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, les stérilisations de convenance peuvent être pratiquées, il est rare que le juge s'y réfère. Il utilise plutôt l'insuffisance de l'information préalable.

1813 Si l'acte du médecin est dépourvu de finalité médicale, il peut être poursuivi pour blessures ou homicide volontaires (CP, art. 221-1 et 222-7).

1814 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 patientes 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 CE, 29 décembre 2000, 4^e et 6^e SSR, Duffau, *RDSS* 2001, p.282 (C. Girault, *Le droit à l'épreuve des pratiques euthanasiques*, PUAM, Aix-en-Provence, 2002, p.39 n. 69).

1815 La loi va jusqu'à prescrire «d'euthanasier» les animaux dangereux (L. n°99-5 du 6 janvier 1999, JORF 6 janvier, p. 327).

1816 C'est son sens actuel, mais pas son acception initiale, qui renvoyait à l'idée de «bonne mort, mort douce et sans souffrance» (Littré). Voir sur ce thème : C. Girault, *Le droit à l'épreuve des pratiques euthanasiques*, *op. cit.*, p.24).

1817 «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^e éd. 2000, p. 7).

1818 E, février 1976, Rec. p. 1093 ; J.-M. Auby (éd. princeps), *Droit médical et hospitalier*, fasc. 42 ; J.-P. Alméras et H. Péquignot, *Déontologie médicale. Devoirs généraux des médecins* (7, 1998).

1819 CSP art. L. 2123-1 (L. n° 2001-588 du 4 juillet 2001 art. 26) : «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».

procédures engagées contre un médecin, et le défaut de consentement du patient¹⁸²⁰.

B/ La faute médicale à caractère technique

La faute médicale à caractère technique se dérobe à toute définition précise¹⁸²¹.

On sait ce qu'elle n'est pas : l'erreur médicale¹⁸²², qui reviendrait à faire peser sur les praticiens une obligation de résultat. C'est ainsi qu'alors même que le médicament par lui prescrit a incontestablement causé le dommage, le médecin n'engage pas pour autant sa responsabilité s'il n'a pas commis d'imprudence 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 date¹⁸²³. La question est plus délicate si le médecin a prescrit hors AMM : une telle prescription n'est susceptible de fonder la mise en jeu de la responsabilité du professionnel que lorsqu'elle s'avère faire courir des risques injustifiés au patient¹⁸²⁴. De même, si le résultat de l'opération chirurgicale est désastreux, dès lors qu'aucune faute n'a pu être prouvée, la responsabilité du professionnel ne peut être engagée¹⁸²⁵. En effet, aucune faute médicale ne peut se déduire de la seule apparition d'un préjudice, aussi grave soit-il. Ledit préjudice peut résulter d'un aléa (imprévisible)¹⁸²⁶ ou d'un risque (prévisible) bien connu, malheureusement inhérent à la technique utilisée qui était la seule possible¹⁸²⁷.

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 données acquises de la science.

1820. Ces deux questions ont été examinées dans les pages qui précèdent.

1821. Certains auteurs ont proposé cependant des définitions. Tel est le cas de M. Rémi Pellet, qui, en accord avec plusieurs Unions régionales de médecins libéraux, souhaiterait que la faute médicale soit définie comme une faute non intentionnelle, d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire des praticiens de santé, de la conscience du danger qu'ils devaient en avoir, en dehors de toute cause justificative (*Réconcilier droit et soins. Propositions et annexes*, juillet 2003, <http://www.urmlmp.org/>). Mais cette définition restrictive n'est pas de droit positif.

1822. Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 1967, Bull. civ. I, n° 37.

1823. TGI Nanterre, 22 décembre 2000, Note H. Vray, *Gaz. Pal.*, 15-16 février 2002, p. 60.

1824. A. Laude, « La responsabilité du médecin en cas de prescription hors AMM », *Médecine & Droit*, 1998, p. 1 ; A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé, op. cit.*, p. 459. On peut citer dans ce sens un arrêt récent : Cass. civ., 18 septembre 2008, n° 07-15427 concernant la prescription par un sexologue d'un médicament pour une indication thérapeutique différente de celle qui avait motivé l'AMM de ce produit, entraînant chez le patient, victime d'une érection prolongée... une impuissance organique totale et irréversible ! (*RGDM*, n° 29, p. 309). Cette jurisprudence pourrait bien concerner le Mediator...

1825. CA Paris, 1^{re} ch. B, 4 mars 2005, avec les commentaires divergents d'E. Terrier (« Responsabilité médicale : retour pour le futur », *D.* 2005, jur. p. 2131) et de J.-C. Dosdat (« Responsabilité médicale : plaidoyer pour la faute », *RGDM*, n° 18, p. 185).

1826. CA Paris, 1^{re} ch. B, 4 mars 2005 (concernant de graves séquelles neurologiques consécutives au traitement d'une affection gynécologique banale et bénigne), avec les commentaires divergents d'E. Terrier (« Responsabilité médicale : retour pour le futur », *D.* 2005, jur. p. 2131) et de J.-C. Dosdat (« Responsabilité médicale : plaidoyer pour la faute », *RGDM*, n° 18, p. 185).

1827. Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 2005, n° 03-16.308, *Gaz. Pal.*, Rec. 2006-2 (mars-avril), p. 1095.

On se souvient que Molière faisait dire au Dr Diafoirus : «Le public est commode. Vous n'avez à répondre de vos questions à personne, et pourvu que l'on suive le courant des règles de l'art, on ne se met point en peine de ce qui peut arriver»¹⁸²⁸. Cette réplique donne à penser que les *regulae artis* sont une échappatoire, alors qu'elles sont contraignantes.

C'est ce que montre l'étude du manquement. Celui-ci peut survenir à deux moments différents, durant la phase exploratoire ou durant la phase thérapeutique.

1. Le manquement dans la phase diagnostique

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. Tel est le cas lorsque l'anomalie observée ne permettait pas de poser le bon diagnostic¹⁸²⁹ au motif, par exemple, que la pathologie en cause était extrêmement rare et qu'un diagnostic exact opéré au moment de l'observation n'aurait pas permis de sauver le patient¹⁸³⁰. Pour qu'il revête un caractère fautif, il faut que le diagnostic n'ait pas été posé selon les règles de l'art¹⁸³¹, 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»¹⁸³², des «connaissances médicales avérées»¹⁸³³ dont disposait le praticien. Ce qui suppose un jugement subjectif. La faute peut procéder des modalités hâtives

1828. *Le Malade imaginaire* (acte II, scène V).

1829. Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2010, n°09-11157. Le fait de ne pas avoir dépisté une trisomie 21 lors d'une échographie réalisée à la douzième semaine d'aménorrhée ne paraît pas être en soi une faute dès lors qu'une échographie morphologique ne permet de dépister une «nuque épaisse» «que» dans 70 % des cas et que 5 % des fœtus présentant ce symptôme ne sont pas affectés par cette pathologie.

1830. Cass. crim., 22 mai 2007, Juris-data n°039336, *RGDM*, n°28, septembre 2008, p. 269. Voir aussi Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2009, n°08-15.560 (concernant un psychiatre n'ayant pas diagnostiqué la grave névrose d'une parturiente qui a déféstré son nouveau-né).

1831. Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1998, Juris-data n°002739, Bull. civ. I, n°210, *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. n°318 (relativement à une erreur de diagnostic évidente à propos d'une infection utérine ignorée d'un spécialiste).

1832. 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 actuelles» a été abandonnée par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{re}, 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 RMO 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 & 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 exclut qu'un professionnel prodigue des soins en subordonnant les données acquises de la science à des données économiques, telles 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).

1833. Chaque malade a droit à «la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées» (CSP, 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.

d'établissement du diagnostic : le cas le plus extrême est celui du défaut d'examen préalable à la prescription ou à l'exécution technique de l'acte médical¹⁸³⁴. On peut en rapprocher l'omission d'un test réalisé habituellement qui aurait permis de dépister la pathologie¹⁸³⁵ ou le fait pour le praticien de ne pas s'entourer des concours appropriés de spécialistes du domaine concerné¹⁸³⁶. Ce peut être aussi le délai excessif à demander des examens complémentaires. Voire le refus : le fait pour un médecin (généraliste) traitant, en désaccord avec un spécialiste, de maintenir son diagnostic initial en refusant – c'est là le point essentiel – de conduire des examens complémentaires permettant de clarifier le problème est indéniablement une faute¹⁸³⁷. Ou le fait de retarder l'hospitalisation, privant le patient d'une chance d'être soigné plus efficacement¹⁸³⁸. Il peut s'agir d'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 gauche¹⁸³⁹. À l'échographie, la faute peut être de ne pas avoir décelé un syndrome facile à repérer, par exemple le syndrome de régression caudale que trahit l'absence de plusieurs vertèbres¹⁸⁴⁰. Ce peut être également le fait de ne pas avoir fait hospitaliser un patient victime d'une blessure grave compte tenu des données acquises de la science médicale¹⁸⁴¹. Un spécialiste ne peut invoquer la rareté d'une infection pour excuser une erreur de diagnostic¹⁸⁴². La faute peut, semble-t-il, résider dans le choix d'un traitement obsolète ou, à l'inverse, d'une méthode expérimentale non accompagnée d'une diligence technique renforcée¹⁸⁴³.

Il faut mettre à part le problème du manquement dans le diagnostic prénatal. En effet, il n'ouvre pas droit à indemnité à l'enfant handicapé depuis l'abrogation de la jurisprudence *Perruche*. L'existence d'un dommage est déterminée par la perte, pour les parents, de recourir à une IVG thérapeutique¹⁸⁴⁴ et suppose donc que l'affection dont est atteinte l'enfant présente une certaine gravité¹⁸⁴⁵.

2. Le manquement dans la phase curative

1834. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, op. cit., p. 23-24.

1835. Le test de Guthrie habituellement pratiqué au troisième jour de la naissance et prévu sur le carnet de santé de l'enfant (Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1998, Bull. civ. I, n° 225).

1836. Cass. crim., 19 décembre 1997, *JCP II*, n° 22889, note J.-Y. Chevallier.

1837. Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 1964, *Charlet c./ Dr X*, GP 1965, 1^{re} sem., *Jurispr.*, p. 43-44, *D.* 1965, som. P. R9, Bull. 1964, I, n° 485, p. 377, *RTDC* 1965, p. 361.

1838. Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1997, *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. n° 58.

1839. Avis CRCI/ PACA du 22 avril 2004, n° de dossier : 03-13-00 136.

1840. Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 2006, pourvoi n° 02-13.775, *Gaz. Pal.*, 12-14 février 2006, p. 8.

1841. Cass. civ. 1^{re}, 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.

1842. Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1998, *Juris-data* n° 002739, Bull. civ. I, n° 210, *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. n° 318.

1843. Le droit n'est pas encore très ferme sur cette question ; cf. CA 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).

1844. CASF, art. L. 114-5.

1845. CSP, art. L. 2213-1, Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009, n° 08-12.457.

Durant 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 un accouchement dystocique¹⁸⁴⁶, voire une IVG¹⁸⁴⁷. Positivement, la jurisprudence sanctionne :

- l'imprudence, notamment celle qui consiste à utiliser un remède ou un procédé insuffisamment éprouvé¹⁸⁴⁸1848, par exemple pratiquer une injection sans respecter les méthodes d'asepsie modernes¹⁸⁴⁹1849,
- la négligence¹⁸⁵⁰1850, à commencer par celle qui oblige le praticien à opérer certains contrôles, tel que la sérologie de la rubéole lors d'un examen prénuptial¹⁸⁵¹1851, 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-obstétricien¹⁸⁵²1852. Indépendamment de la responsabilité de plein droit de l'établissement en cas d'infection nosocomiale, il peut y avoir faute du médecin (et donc concours de responsabilité) si une faute de sa part a contribué à l'infection ou si, celle-ci survenue, elle a fait l'objet d'un mauvais suivi médical. C'est ainsi qu'en 2004, une clinique a pu imposer un recours en garantie totale contre un praticien fautif¹⁸⁵³,
- la maladresse du praticien, par exemple la confusion sur la vertèbre à opérer¹⁸⁵⁴, la dent à arracher¹⁸⁵⁵, la perforation d'une artère à l'occasion de l'ablation d'une hernie¹⁸⁵⁶, l'atteinte du nerf médian à l'occasion d'une

1846. CA Aix, 10^e ch., 10 novembre 2005, n°02/11962, G. c./ S. et a., *Dictionnaire permanent Assurances*, bull. 146, p. 5457 (concernant la naissance, après un accouchement difficile, d'un enfant présentant un grave handicap qui a sa majorité représentera une IPP de 80 %, qui a conduit la Cour à examiner les faits et à juger qu'il n'y avait pas eu de faute établie à l'encontre du médecin).

1847. TGI Bobigny, 9 février 1983, *JCP G* 1984, II, n° 20149, note A. Dorsner-Dolivet, *RDSS* 1983, p. 701, note L. Dubouis.

1848. CSP, art. R. 4127-39. Voir par ex. SAS, 27 novembre 1986, BOM, p. 21 ; 14 mars 1990, BOM, 1991, p. 1979.

1849. Cass. civ. 1^{re}, 28 février 1984, Bull. civ. I, n° 77. Hélas, il ne s'agit pas de questions aujourd'hui dépassées. Un médecin a été récemment radié du tableau de l'Ordre par la juridiction disciplinaire pour avoir pratiqué des séances de sclérose de varices avec du matériel non-aseptisé, ce qui a été mis en parallèle avec « la proportion considérable de patients atteints de l'hépatite C » parmi ses anciens clients (CE, 4^e et 5^e SSR, 25 mai 2005, Marteau, n° 259614).

1850. 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.

1851. Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1991, *JCP* 1992, II, n° 21947, note A. Dorsner-Dolivet.

1852. CA Versailles (3^e 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 1^{er}, 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.

1853. TGI, Paris 3 mai 2004 (*RGDM*, n° 14, p. 139). Cette solution est transposable sans le dispositif actuel impliquant la prise en charge par l'assureur ou l'ONIAM, lequel peut opter pour un recours en garantie intégrale.

1854. Cass. civ. 1^{re}, 16 novembre 1976, D. 1977, IR, p. 64.

1855. TA Nouméa, 2 décembre 1999, C. Taupenas, *Rec. du TA de Nouvelle-Calédonie*, p. 1177 ss.

1856. Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1993, *Resp. civ. et assur.*, 1993, n° 134.

endoscopie de la main¹⁸⁵⁷, une perforation lors d'une coloscopie¹⁸⁵⁸, un geste inapproprié¹⁸⁵⁹ ou l'oubli d'une chose étrangère dans le corps du malade¹⁸⁶⁰, ainsi que tout manquement à l'obligation de compétence¹⁸⁶¹ qui est la sienne.

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 liposuction des cuisses, jugée périlleuse par l'accusation du fait des troubles circulatoires, est une imprudence fautive¹⁸⁶². De même, laisser une parturiente à une « épreuve de travail » de trois quarts 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 fautive¹⁸⁶³. Tout comme le fait pour un anesthésiste de s'abstenir d'examiner une patiente avant une intervention chirurgicale¹⁸⁶⁴.

On notera pour finir que les obligations des chirurgiens et notamment des 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 aux chirurgiens-dentistes une obligation de précision du geste chirurgical¹⁸⁶⁵ « qui confine à l'obligation de résultat »¹⁸⁶⁶. La Cour exige du professionnel

1857 CA Paris (1^{re} ch., sect. B), 4 mars 2004, *Gaz. Pal.*, 22-23 décembre 2004, p. 8.

1858 Cass. civ. 1^{re}, 21 février 2006, n° 04-20 685 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, n° 07-12.170 ; Cass. civ. 1^{re}, 8 mai 2009, n° 08-13.406 où la haute instance parle de « geste maladroit » (voir note suivante).

1859 Par ex. la pression exercée sur le coloscope pour lui faire franchir la courbure et progresser dans l'intestin, qui a été considérée comme une maladresse du médecin chargé de la coloscopie (CA Paris, Ch. 1 sect. B, 9 décembre 2005, *Médecine & Droit*, 2006, p. 80).

1860 Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 1968, Bull. civ. I, n° 249 (morceau d'aiguille brisée) ; Cass. civ. 1^{re}, 25 octobre 1961, D. 1962, somm., p. 72 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1972, Bull. civ. I, n° 30 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1984, n° 83-12287 (oubli d'une compresse dans les trois affaires) ; Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 1997, n° 95-16500, Bull. civ., n° 259, D. 1997, I.R., p. 217 (concernant un dentiste qui avait laissé tomber un tire-nerf malencontreusement avalé par le patient) ; CA Bastia, ch. civ., 14 mai 2008, Juris-data n° 2008-363863 (oubli par le chirurgien d'un trocart dans le corps du patient).

1861 Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 1995, *RDSS* 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 »).

1862. CA 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 liposuction des cuisses, jugée périlleuse par l'accusation du fait des troubles circulatoires de la patiente).

1863. Sachant que le retard à l'extraction a entraîné des lésions irréversibles pour le nouveau-né (CA Paris (1^{re} ch. B) 25 octobre 2001 SA Clinique de Bercy c./ Michel Josiane épouse François, *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, p. 33 et Rec. 2002-3, p. 740-744, note J. Bonneau).

1864. CAA Lyon, 19 septembre 1996, Centre hospitalier d'Ajaccio (inédit).

1865. Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2000 (2 arrêts : 98-20.440 et 98-19.869), Bull. civ. I, n° 153, Rap. ann. C. cass. 2000, p. 382 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, Bull. n° 248 (employant pour la première fois la formulation même « d'obligation de précision du geste de chirurgie dentaire »), Rap. ann. C. cass. 2001, *RGDA* 2-2002, p. 587.

1866. *Conférence des ARAPL. Responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé*, Bulletin

«l'exactitude du geste chirurgical»¹⁸⁶⁷, elle considère que «toute maladresse d'un praticien engage sa responsabilité»¹⁸⁶⁸ et que la faute est déduite du seul constat de la blessure¹⁸⁶⁹, chaque fois que l'intervention n'impliquait pas la lésion de l'organe atteint¹⁸⁷⁰ mais n'exige pas «le résultat de la guérison»¹⁸⁷¹. Cette sévérité s'est introduite ensuite dans le domaine de la chirurgie générale¹⁸⁷².

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 soins¹⁸⁷³ : «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»¹⁸⁷⁴.

2) Le dommage résultant du fait d'une chose ou d'un préposé dont le médecin est responsable.

Il s'agit là des cas dans lesquels le dommage ne procède pas directement du médecin, mais du fait d'un instrument, d'un médicament ou d'un remède utilisé par le professionnel ou l'un de ses préposés.

Pour la clarté de l'exposé, il faut distinguer ces deux cas de figure.

A/ Le dommage résultant du fait d'une chose 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.

n° 54, septembre 2001, p. 13.

1867. Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 4^e édition, septembre 2000, n° 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.

1868. Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 1997, n° 95-16500, Bull. civ. I, n° 259, JCP 1998.I.144, n° 21, obs. G. Viney ; Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1997, Bull. civ. I, n° 6, D. 1997.189, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin, LPA n° 25, 14 mai 1997, note D. Jacotot.

1869. *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).

1870. Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 2008, n° 06-20.568.

1871. Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, éd. cit., n° 584, p. 691.

1872. Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, n° 07-12.170 concernant une perforation de l'intestin lors d'une coloscopie et 28 mai 2009, n° 08-13.406 sur une perforation de l'intestin grêle lors de la réalisation d'une cholécystectomie par voie coelioscopique.

1873. La personne chargée de la surveillance du malade peut être condamnée *in solidum* avec le médecin (Cass. civ. 1^{re}, 29 avril 1997, n° 756 B).

1874. Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1999 ; CA Lyon 20 janvier 2000 ; *Conférence des ARAPL. Responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé*, op. cit., p. 14.

a) 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 praticien¹⁸⁷⁵.

En ce qui concerne les tiers absolus, 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 elle¹⁸⁷⁶.

b) La responsabilité contractuelle du fait des choses

La jurisprudence fait peser sur le médecin 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 ». Ceux-ci ne devraient jamais être à l'origine d'un dommage : ainsi, 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 incombe au professionnel qui en a fait usage¹⁸⁷⁷, réserve faite du praticien exerçant dans une clinique qui fournirait lesdits instruments¹⁸⁷⁸. Les exemples en sont très abondants (appareil à rayons X¹⁸⁷⁹, ampoules¹⁸⁸⁰, prothèses dentaires¹⁸⁸¹, table d'examen radiographique¹⁸⁸², gants en latex responsables d'un choc anaphylactique¹⁸⁸³, etc.).

Enfin, comme on l'a déjà observé, la Cour de justice des Communautés

1875. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, op. cit., p. 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.

1876. 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 soignée 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).

1877. Le médecin pourrait cependant user des ressources de la loi de 1998 pour mettre en jeu la responsabilité du fabricant.

1878. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, op. cit., p. 27.

1879. Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1960, Bull. civ. I, n° 351, *JCP G* 1960, II, 11787.

1880. Cass. civ. 2^e, 15 juin 1972, Bull. civ. II, n° 186, *RTDC* 1973, p. 136, obs. G. Durry.

1881. Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1972, *RTDC*, 1974, p. 160, obs. G. Durry ; Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 1985, Bull. civ., I, n° 273 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, Bull. civ., I, n° 319 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1990, Bull. civ., I, n° 162 ; Cass. civ., 22 novembre 1994, Bull. civ. I, n° 340, *RTDC* 1995.374.

1882. Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1999, M^{me} Morisot, *JCP* 2000.II.117.

1883. CA Aix, X^o ch., 14 septembre 2005, Juris-data n° 288004. Le chirurgien a été jugé responsable bien que l'allergie n'ait pas été connue, au motif que le patient était en droit d'exiger une sécurité totale quant à l'utilisation d'un tel matériel.

européennes a jugé que la directive CE n° 85/374 du Conseil du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des 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 médicaux ¹⁸⁸⁴. Cela signifie que les patients concernés peuvent opter pour ce régime spécial de responsabilité qui leur est très favorable, réserve faite des délais pour agir et des causes exonératoires ¹⁸⁸⁵, puisqu'elles n'ont aucune faute à prouver, dès lors qu'il y a un préjudice (lié au produit visé par un lien de causalité).

B/ Le dommage résultant d'un préposé dont le médecin est responsable

Le médecin est également responsable du fait du personnel auxiliaire paramédical placé sous sa surveillance, bien que ces personnes n'aient pas été recrutées par lui et soient juridiquement les préposées de l'établissement de santé où il exerce ¹⁸⁸⁶ ; il en est ainsi dans deux cas :

- le médecin est d'abord responsable du fait de son préposé paramédical lorsque ce préposé accomplit 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 ;
- il est également responsable du fait de son préposé paramédical lorsque ce préposé accomplit un acte sous la surveillance effective directe d'un médecin.

Mais si l'origine du dommage est imputable à un défaut d'organisation du cadre médical dont l'établissement de santé est garant, ceci entraîne volontiers des condamnations *in solidum* (ensemble) ¹⁸⁸⁷. Le médecin peut aussi se retourner contre la clinique qui demeure responsable du dommage subi par lui du fait de la faute du personnel recrutée par elle ¹⁸⁸⁸.

II – Le préjudice

La notion de préjudice est de nature polymorphe : en effet les conséquences du dommage subi sur la victime 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

1884. Le juge communautaire a jugé que la RPD doit être appliquée, en matière médicale, lorsque le produit défectueux "est utilisé à l'occasion d'une prestation de services concrète, de nature médicale, consistant à préparer un organe humain en vue de sa transplantation et que le dommage causé à celui-ci est consécutif à cette préparation" (CJCE, 10 mai 2001, D. 2001, p. 3065, note P. Kayser, *Doc. pharm.*, n° 3975, nov.-déc. 2002 concernant une transplantation rénale qui avait échoué en raison du liquide de perfusion utilisé pour rincer le rein prélevé chez le donneur, frère du bénéficiaire de l'opération). La notion recouvre celle de produit utilisé par un médecin à des fins thérapeutiques.

1885. Notamment du risque de développement qui n'existe pas en droit commun et qui a été introduit dans le système français par la loi de 1998.

1886. Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1955, Bull. n° 393 ; 15 mars 1976, Bull. n° 100 ; 13 mars 2001, Bull. n° 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).

1887. *supra* §. 177 et s.

1888. Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2001, n° 99-16.093.

préjudice esthétique ou le préjudice d'agrément (tel que l'impossibilité de continuer à pratiquer un sport apprécié).

Le préjudice moral recouvre aussi bien la souffrance morale que la douleur physique, due par exemple au port d'une prothèse¹⁸⁸⁹, la souffrance endurée par la nécessité de soins à un grabataire¹⁸⁹⁰, par un coma irréversible profond impliquant un séjour hospitalier à vie¹⁸⁹¹, par une vie devenue «quasiment animale»¹⁸⁹².

Enfin, le préjudice peut être subi par les tiers, par l'entourage du patient¹⁸⁹³ ou son entreprise¹⁸⁹⁴, touchés par ricochet.

L'appréhension de la notion 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 IVG 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 surmonter¹⁸⁹⁵. Aujourd'hui, elle peut s'analyser comme un préjudice et donner lieu à réparation.

Ceci étant, le préjudice est une notion nécessaire, mais non suffisante. En effet, 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 soins¹⁸⁹⁶.

S'il ne présente guère de spécificité médicale sous l'angle de sa nature, le dommage en comporte nécessairement au regard de son évaluation¹⁸⁹⁷ qui dépend d'un expert.

Sous-paragraphe 2 – La relation de causalité entre le fait dommageable et le préjudice

En théorie, la relation de causalité est une notion simple, issue du droit commun de la responsabilité civile. C'est celle qui a permis au fait dommageable de provoquer ou d'aggraver le préjudice. Cette relation doit être directe, certaine

1889. CA Poitiers, 21 juin 1978, DS 1979, inf. rap., p. 99.

1890. Cass. crim., 2 juin 1964, D. 1964, p. 629.

1891. CA Angers, 25 octobre 1982, Juris-data n° 642127.

1892. CA Pau, 24 mai 1973, JCP G 1973, II, 17515, note R. Savatier.

1893. Cass. civ., 18 juillet 2000, Bull. n° 221 et 13 février 2001, Bull. n° 35.

1894. CA Paris, 4 avril 2008, RG n° 06/17012, *Gaz. Pal.*, 28-30 décembre 2008, p. 40.

1895. 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 Soubeiran (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).

1896. Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2005, n° 03-16.272 (insistant sur l'exclusivité nécessaire pour établir le lien de causalité entre la faute, une brûlure viscérale directe ayant occasionné un choc septique sévère, et l'accident cérébro-vasculaire constituant le dommage dont il était demandé la réparation).

1897. 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".

et exclusive¹⁸⁹⁸. Concrètement, 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 conseillée. 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'exposait)¹⁸⁹⁹.

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.

En pratique, établir la causalité est souvent difficile en matière médicale. En effet, il faut que le lien de causalité puisse être établi par des éléments indiscutables¹⁹⁰⁰. Il y a parfois une faute et un préjudice, mais pas de lien de causalité, car le dommage apparaît comme le résultat de l'évolution propre de la maladie, la conséquence d'une faute personnelle de la personne soignée, d'un agissement étranger à l'activité du médecin... ou l'effet de l'aléa inhérent à tout acte médical. On pourrait multiplier les exemples de décisions ne reconnaissant pas de lien de causalité, malgré l'existence d'une faute et d'un préjudice.

Ainsi dans une affaire déjà fort ancienne, la Cour de cassation a-t-elle constaté la faute d'un praticien, qui avait oublié une compresse dans une plaie, l'existence d'un dommage (l'état infectieux du blessé), mais n'avait pas retenu la causalité au motif qu'il n'était pas démontré que cette omission avait provoqué ou aggravé la situation du malade¹⁹⁰¹.

Dans un arrêt plus récent, il a été jugé que la décision d'autoriser un patient à quitter une clinique après une coloscopie n'avait pas de lien de causalité certain avec son décès survenu du fait d'une insuffisance hépato-cellulaire qui n'avait pas été diagnostiquée¹⁹⁰².

En ce qui concerne le lien de causalité controversé¹⁹⁰³ entre le VHB et la

1898. Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, 2^e 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.

1899. *Ibid.*, p. 35.

1900. Cass. crim., 23 octobre 2001, n° 01-81.030, concernant un nouveau-né décédé de lésions cérébrales dues à l'utilisation des forceps par le médecin accoucheur.

1901. Cass. civ. 1^{re}, 25 octobre 1961, D. 1962, somm., p. 72 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1972, Bull. civ. I, n° 30 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1984, n° 83-12287.

1902. Cass. crim., 7 septembre 2004, n° 04-80.761.

1903. Seule une étude réalisée au Royaume-Uni a établi une association *statistique* entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques (M.-A. Hernan, S.-S. Jick, M.-J. Olek, H. Jick, "Recombinant hepatitis B vaccine and the risk of multiple sclerosis : A prospective study *Neurology*"; 63 : 838). Le 21 septembre 2004, la commission de pharmacovigilance de l'Afssaps a adopté une résolution indiquant que "la prise en compte de l'ensemble des données disponibles ne permet pas de conclure à l'existence de cette association. Cependant, un risque faible ne peut pas être exclu chez l'adulte. Ces conclusions doivent être considérées au regard du bénéfice attendu de la vaccination contre l'hépatite B" (Voir <http://www.afssaps.fr>).

Deux mois plus tard, l'Afssaps, l'ANAES et l'Inserm ont rendu publique le 24 novembre leur rapport d'orientation "Vaccination contre le virus de l'hépatite B et sclérose en plaques". Ils y confirment les recommandations actuelles, le rapport bénéfice/risque de la vaccination hépatite B chez les nourrissons, les enfants et les pré-adolescents restant notamment positif au regard des

sclérose en plaques, deux arrêts de 2003¹⁹⁰⁴ ont réaffirmé la nécessité de mieux l'étayer. Une des affaires concernait une personne soumise, en raison de sa profession, à une obligation de vaccination, qui avait reçu trois injections du vaccin anti-hépatite B *Engerix B* en juillet, septembre et octobre 1994 et appris, en novembre suivant, qu'elle était atteinte de sclérose en plaques. Alors que la Cour d'appel de Versailles avait présumé le lien de causalité, la Cour de cassation a réaffirmé l'obligation de la victime de montrer aux juges « le dommage, le défaut du produit et le lien de causalité entre le défaut et le dommage » et a estimé en l'espèce que « l'incertitude scientifique empêch[ait] de reconnaître un lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques¹⁹⁰⁵ ». C'est là une solution rigoureuse pour les victimes. Elle ne semble pas s'appliquer lorsque les données connues de la science permettent d'accréditer la causalité¹⁹⁰⁶ ou lorsque les présomptions d'espèce sont jugées vraiment trop fortes¹⁹⁰⁷.

Dans le cas d'un défaut d'information sur les conséquences d'une infection rubéolique en début de grossesse, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation est qu'il n'y a aucun lien de causalité entre la faute médicale et le préjudice¹⁹⁰⁸.

Il est clair que l'établissement d'une relation de causalité entre le

données présentées lors de l'audition publique du 9 novembre. Voir <http://afssaps.sante.fr/htm/10/filcoprs/041103.htm>

Depuis 1994, 33 M. de Français ont subi cette vaccination (*Mon. Pharm.*, n° 2664, 17 février 2007, p. 14)...

1904. Cass. civ. 1^{re}, 23 sept. 2003, Sté Laboratoire Glaxo-Smithkline c/ Mme Leroy, n° 01-13.063 et 01-13.064; L. Pitet, "Responsabilité du fait des produits : sagesse et force du lien de causalité", *Gaz. Pal.*, Rec., mars-avril 2004, p. 869; C. Mercier, I. Sicot, E.-Y. Law, "Le rappel à la rigueur de la cour de cassation en matière de responsabilité du fait des produits défectueux", *Médecine & Droit*, n° 65 (mars-avril 2004), pp. 50-53.

1905. Curieusement, la chambre sociale et la seconde chambre civile de la Cour de cassation ont considéré que la survenance d'une sclérose en plaques contractée par un salarié pouvait être regardée comme un accident du travail, dès lors qu'elle résultait d'une... vaccination contre l'hépatite C (Cass. soc., 2 avril 2003, pourvoi n° 03-0118497; Cass. civ. 2^e, 25 mai 2004, pourvoi n° 02-30.981). Pourtant la causalité n'était pas mieux établie dans les deux affaires précitées.

1906. C'est ce qui semble ressortir d'une affaire remarquable qui a conduit, le 5 avril 2005, la Cour de cassation à connaître d'un litige concernant un patient victime du syndrome de Lyell qui pouvait indifféremment être imputable à l'un ou à l'autre de deux médicaments prescrits : la haute instance a choisi de condamner les deux exploitants de concert (Cass. civ. 1^{re}, 5 avril 2005, n° 02-11.947).

1907 On pourrait citer dans ce sens une affaire mettant en scène un employé d'un service de ramassage des ordures, imputant sa contamination par le virus d'immuno-déficience humaine (VIH) à la piqûre d'une aiguille de seringue déposée dans un sac poubelle provenant d'un immeuble : la cour d'appel de Versailles a pu déduire l'existence d'un lien de causalité certain entre cette contamination et les fautes commises par le syndicat des copropriétaires et un médecin exerçant dans l'immeuble en retenant que, selon les experts médicaux, rien ne permettait d'exclure que la contamination soit due à la piqûre subie, que les circonstances de l'accident et l'évolution de la contamination établissaient des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour imputer la contamination à la piqûre, que, si les seringues provenaient bien des déchets médicaux du médecin incorporées aux ordures ménagères des autres copropriétaires, l'accident ne se serait pas produit si les ordures ménagères de l'immeuble avaient été laissées dans le bac prévu à cet effet, pour être enlevées dans des conditions excluant toute manipulation autre que le bac lui-même. La Cour de cassation a validé ce raisonnement (Cass. civ. 2^e, 2 juin 2005, n° 03-20.011).

1908. En l'espèce, la mort de l'enfant (Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 2004, n° 01-17.277, F-P, Dame D. C./ Cie AGF et autres, *Juris-data* n° 2004-022719).

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 médicale 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 produit¹⁹⁰⁹. D'où le recours à l'idée de la perte de chance de guérison (ou de survie), qui va permettre d'offrir une réparation partielle. Comme on l'a vu, 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 médical¹⁹¹⁰. On peut rapprocher d'une telle hypothèse le décès d'un patient intervenu après une faute du médecin, faute dont il n'est pas établi qu'elle est à l'origine du décès : le juge va réparer la perte de chance de survie¹⁹¹¹. 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 »¹⁹¹². 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'arbitraire¹⁹¹³, voire d'excès dans certains cas¹⁹¹⁴. En 2000, la Cour de cassation a finalement précisé les critères permettant de déterminer le pourcentage de chance que le malade avait de refuser

1909. 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'ait 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).

1910. Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1990, Juris-data n° 1990-000442, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 1991, somm. p. 183, obs. J. Penneau.

1911. Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1973, *JCP* 1974, II, n° 17643.

1912. 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 », *RGDM* n° 6, 2001, p. 180.

1913. Cf G. Mémeteau, « Perte de chance et responsabilité médicale », *Gaz. Pal.*, 24-25 octobre 1997.

1914. L'application de la notion au conseil génétique erroné à l'erreur dans le diagnostic de la rubéole (Cass. civ. 1^{re}, 26 mars 1996, deux arrêts, Bull. civ. I, n° 155-156, D. 1997, I, p. 35, note J. Roche-Dahan et somm. p. 322, obs. J. Penneau ; *LPA*, 6 décembre 1996, p. 22, note Y. Dagorne-Labbé ; *RTDC*, 1996, p. 623, obs. P. Jourdain ; *JCP*, 1996, éd. GI, 3946, n° 6, obs. P. Murat ; *RTDC* 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, *JCPG.*, 2000, II, 10438, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas ; G. Mémeteau, « L'action de vie dommageable », *JCPG.*, 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 ; *JCPG.*, 2001, I, 286, G. Viney) et de la trisomie (CE, 14 février 1997, D. 1997, somm. p. 322, obs. J. Penneau ; *JCPG.*, 1997, I, n° 4025, note G. Viney ; *JCPG.*, 1997, II, n° 22828, note J. Moreau) ont donné lieu à de vifs débats. 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.

l'acte dommageable¹⁹¹⁵. «Ainsi il semble que le juge se doive de rechercher au cas par cas quelle eut été la décision du 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 général»¹⁹¹⁶. Dans l'affaire Yvan, concernant une patiente qui avait vainement demandé une amniocentèse et donné naissance à un enfant trisomique, la haute instance a jugé que la mère avait été «privée d'une information qui lui aurait permis, soit de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse, soit de se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé». Et, à cette occasion, elle a abandonné par ailleurs l'idée d'une indemnisation partielle¹⁹¹⁷.

Lorsque les conditions de la responsabilité médicale sont réunies, la personne qui s'estime lésée peut tenter de la mettre en œuvre devant le tribunal compétent.

§ 3 – La mise en œuvre de la responsabilité médicale

La mise en œuvre de la responsabilité médicale est subordonnée à un certain nombre de conditions : des conditions générales et des conditions de preuve.

I – Les conditions générales 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). Certains facteurs peuvent la réduire ou l'anéantir (§ 4).

1) Le caractère en principe personnel de la responsabilité du médecin

La responsabilité du médecin libéral est une responsabilité personnelle illimitée, supportée en principe par le patrimoine de celui-ci.

Si ledit médecin exerce dans le cadre d'une SCP, il est toujours responsable indéfiniment et solidairement (avec les autres associés et la SCP elle-même) des dettes sociales à l'égard des tiers¹⁹¹⁸. Cela signifie que le créancier qui n'est pas payé par la société, peut se retourner contre le médecin et saisir ses biens personnels, la solidarité signifiant que ce créancier peut agir contre n'importe lequel des associés pour le remboursement du tout. L'associé qui a payé la créance peut, par la suite, demander à son tour le paiement aux autres associés.

1915. Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2000, *Gaz. Pal.*, Rec. 2001, somm. p. 584, note F. Chabas.

1916. E. Nahon, "L'obligation d'information du médecin et de l'avocat", *Gaz. Pal.*, 15-16 février 2002, p. 33.

1917. Cass. ass. plén., 28 novembre 2001, n° de pourvoi : 00-11197, jugeant que la somme de "200000 francs indemniser de manière équitable le préjudice moral subi par chacun des père et mère de l'enfant Yvan".

1918. L. n° 66-879 du 29 novembre 1966, art. 15 : "Les associés répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales à l'égard des tiers...".

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, les créanciers ne peuvent poursuivre les associés qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale constituée par la société.

Lorsque le professionnel exerce dans le cadre d'une SEL, il est tenu sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit. La société est solidairement responsable avec lui¹⁹¹⁹. Cette responsabilité professionnelle se rapproche 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 dommageables¹⁹²⁰. Mais elle s'en éloigne si l'on considère que, si les associés des sociétés civiles professionnelles répondent indéfiniment des dettes sociales, la responsabilité des associés des SEL, quant à elle, se borne au montant (limité) de leurs apports.

En toutes hypothèses, 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.

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 et 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 juridictions¹⁹²¹.

1919. L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 16 : "Chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit. La société est solidairement responsable avec lui".

1920. L. n° 66-879, 29 novembre 1966, art. 16 : "Chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit. La société est solidairement responsable avec lui".

1921. Étienne-Martin, *"Précis de déontologie et de médecine professionnelle"*, op. cit., p. 105.

L'assurance a été longtemps facultative. Naguère, 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. Elle a été généralisée par la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé du 4 mars 2002.

Cette assurance est, comme la responsabilité, limitée dans le temps et elle est de surcroît soumise à un plafonnement de la garantie fixé à 3 M. d'euros. En cas de dépassement du plafond de garantie ou de délai de couverture, l'ONIAM intervient pour payer (avec possibilité pour l'Office de se retourner contre le praticien). Cette possibilité n'existe pas en Polynésie où les dispositions relatives à l'ONIAM dans la loi précitée du 4 mars 2002 n'ont pas été localement transposées.

2) Les juridictions compétentes pour connaître des actions en responsabilité : les tribunaux civils et criminels

Des voies différentes – Hormis pour les litiges hospitaliers qui relèvent des tribunaux administratifs – réserve faite des recherches biomédicales¹⁹²² – 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 faute¹⁹²³.

Des voies qui peuvent se recouper ou du moins se juxtaposer – Si le médecin 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

1922. Dans ce domaine, tous les litiges relèvent des juridictions de l'Ordre judiciaire, même si le dommage survient en milieu hospitalier (CSP, anc. art. L. 209-22).

1923. 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 », *AJDA*, 1995, p. 611 ; 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*, op. cit., p. 176).

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 »¹⁹²⁴. 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 civiles¹⁹²⁵.

3) La prescription

Le non-exercice du droit d'agir en justice pendant un certain temps interdit d'en user à l'expiration du délai fixé par la loi.

Devant les juridictions civiles, la prescription légale est de dix ans « à compter de la consolidation du dommage » depuis la réforme de 2002¹⁹²⁶. Auparavant, elle était de trente ans en cas de responsabilité contractuelle¹⁹²⁷ ou de dix ans en cas de responsabilité extracontractuelle, à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation¹⁹²⁸, mais, à titre dérogatoire, en matière de recherche biomédicale la responsabilité était déjà décennale¹⁹²⁹.

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 crime¹⁹³⁰.

4) Les cas d'exonération

La faute de la victime est incontestablement une cause de nature à (réduire ou à) exonérer la responsabilité du professionnel de santé¹⁹³¹. Mais seule une faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité¹⁹³².

1924. CPP, art. 4, al. 2.

1925. 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).

1926. CSP art. L. 1142-28 / L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 98.

1927. 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.

1928. C. civ., art. 2270-1.

1929. CSP, art. L. 209-22.

1930. CPP, art. 10.

1931. Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 2008, n° 06-20.107 relativement à une mauvaise automédication (*Gaz. Pal.*, 6-7 juin 2008, p. 39) ; Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2007, n° C 06-15.873 concernant des poursuites contre la Seita émanant de la famille d'un individu décédé pour tabagisme ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2001, Micas c/ Ficat pour un patient qui, après une arthroscopie du genou, s'était prématurément livré à des activités contre-indiquées, et n'a pas pu engager la responsabilité du praticien à la suite de l'apparition d'une arthrite septique.

1932. Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 2008, n° 06-20.107, concernant un patient qui avait choisi de rentrer en métropole après une tentative d'extraction dentaire (la décision de la victime n'a pas été regardée

La faute de la victime n'aura d'effet exonérateur qu'à condition qu'elle présente les caractères de la force majeure exonératrice, c'est-à-dire que la faute de la victime doit revêtir le triple caractère d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à l'activité du médecin. Et que le professionnel puisse la prouver.

II – La preuve de la responsabilité médicale

La faute ne peut pas être « déduite de la seule anormalité d'un dommage et de sa gravité »¹⁹³³, elle doit en principe être prouvée par celui qui l'allègue (I), que ce soit la preuve de l'information et du consentement, la preuve de la faute technique ou du lien de causalité. Toutefois, la faute est parfois présumée (II), en cas d'affection nosocomiale, mais ce n'est pas la règle pour les accidents iatrogènes.

1) La faute prouvée

Comme on l'a déjà vu, conformément au droit commun¹⁹³⁴, la preuve de l'information et du consentement a longtemps¹⁹³⁵ pesé sur le patient qui, réserve faite de certains cas particuliers¹⁹³⁶, 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 patient¹⁹³⁷.

comme présentant un caractère fautif).

1933. Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998, *Gaz. Pal.*, 23-24 octobre 1998, note J. Guigue.

1934. C. civ., art. 1315 al. 1 : "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver".

1935. 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° 162 ; *D.* 1952, jur. p. 53, note R. Savatier ; *JCP* 1951, II, n° 6421, note R. Perrot ; *S.* 1953, I, jur. p. 41, note R. Nerson ; *RTDC* 1951, p. 508, obs. H. et L. Mazeaud). Auparavant la charge de la preuve incombait au médecin.

1936. 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 (CSP, anc. art. L. 671-3, al. 2), les recherches biomédicales (CSP, anc. art. L. 209-9), le prélèvement de sang d'un mineur qui doit être autorisé par chacun des titulaires de l'autorité parentale (CSP, anc. art. 666-5) ou d'un majeur si ledit prélèvement risque de modifier ses caractéristiques (CSP, 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 (CSP, anc. art. L. 152-3 à L. 152-5), le don de gamètes (CSP, anc. art. L. 673-2), le diagnostic prénatal *in vitro* (CSP, anc. art. L. 162-17), la demande d'IVG pour détresse invoquée (CSP, anc. art. L. 162-5).

1937. Cass. civ 1^{re}, 25 février 1997, Hédreul, Bull. civ., I, n° 75, *D.* 1997, somm. p. 319 ; *RDSS*, 1997, p. 288 ; *LPA*, 16 juillet 1997, p. 17 ; *RTDC* 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 qu'exceptionnellement (CE, Sect., 5 janvier 2000, 2 arrêts, req. n° 198530, Assistance publique – Hôpitaux de Paris et req. n° 181899, Cts Telle, *JCP* 2000.I.243, note G. Viney).

La preuve de la faute technique et du lien de causalité est en principe à la charge du 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 d'un professionnel en présumant la faute à partir de la simple constatation du dommage survenu¹⁹³⁸. Ce dernier est tel qu'il n'est pas possible qu'une faute n'ait pas été commise¹⁹³⁹ (A). Mais ce n'est pas la règle en matière d'accidents iatrogènes (B).

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-même¹⁹⁴⁰.

Dès avant 1999, les tribunaux judiciaires ont admis une présomption de faute pour une infection contractée par un patient dans une salle d'opération¹⁹⁴¹, une salle d'accouchement¹⁹⁴², un bloc chirurgical¹⁹⁴³ et de manière générale dans les locaux d'une clinique¹⁹⁴⁴, tandis que le Conseil d'État a étendu la solution aux hôpitaux publics¹⁹⁴⁵. Et il en a résulté le renversement de la charge de la preuve, que l'on a évoqué. Car c'est désormais au médecin (ou à l'établissement de santé) 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 microbien¹⁹⁴⁶. En toutes hypothèses, la preuve contraire exonère de toute responsabilité. On ne peut donc pas dire que cette

1938. Cette théorie, condamnée dans un premier temps par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1973, *JCP* 1973, IV, 202), a finalement été consacrée par elle (Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 1980, *RTDC* 1981, 165, obs. G. Durry).

1939. J. Penneau, *"La responsabilité du médecin"*, op. cit., p. 42.

1940. J.-M. Auby (éd. princeps par), *"Droit médical et hospitalier"*, fasc. 18 (5, 2001), *"La responsabilité médicale. Principes généraux"* par Michèle Harichaux, p. 10.

1941. Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1996, Bonnici c/ Clinique Bouchard et autres, Bull. civ., n° 219.

1942. Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1998, SARL 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".

1943. CA Paris 1^{re}, 15 janvier 1999, Bull. 9 avril 1999, n° 75, p. 8122.

1944. CA Paris 14^e, 19 mars 1999, D. 1999, I.R. 124 ; Cass. civ. 1^{re}, 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".

1945. CE, 9 décembre 1998, Cohen, Rec., p. 431 ; CE, 1^{er} mars 1989, Bailly, p. 908 ; CE, 14 juin 1991, Maalem, p. 1184.

1946. CAA., Nantes, 24 mars 1994, Tanguy, 92NT00226 et, plus récemment, CE, 14 juin 1991, Maalem, Rec. p. 1184 (concernant des malades déjà porteurs de l'infection avant l'hospitalisation).

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 moyens inhérente aux soins dans trois arrêts importants rendus par la Cour de cassation en juin 1999¹⁹⁴⁷. Avec une conséquence pratique immense : sur la base de cette jurisprudence, dès lors que la victime avait démontré que l'infection dont elle était atteinte présentait un caractère nosocomial¹⁹⁴⁸, le médecin ou l'établissement de santé privé ne pouvait se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère¹⁹⁴⁹ « imprévisible et irrésistible »¹⁹⁵⁰. 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 médicale¹⁹⁵¹.

La loi du 4 mars 2002 est revenue sur cette rigueur¹⁹⁵² : désormais l'obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale ne pèse plus que sur les établissements de santé, relativement aux infections contractées postérieurement au 5 septembre 2001, ce qui épargnera désormais aux médecins les affres d'une condamnation *in solidum*¹⁹⁵³. Désormais, la mise en jeu de la

1947. Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1999, 3 arrêts, CPAM de la Seine-Saint-Denis c./H. et a., n° 1267 ; A. c./M. et a., n° 1268 ; F. c./Fr., n° 1269 ; *JCP*, 2 juillet 1999, 10138, p. 1469 ; *Gaz. Pal.*, 5-6 avril 2000, p. 13, note S. Hocquet-Berg. *JCP* 1999, II, n° 10138, 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 & Droit*, 1999, n° 35, 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 ».

1948. Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2001, n° 99-17.672, Bull. civ. I, n° 87 ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 03-16.789, *Gaz. Pal. Rec.* 2006-2 (mars-avril), p. 1103.

1949. Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1999, CPAM de la Seine-Saint-Denis c/ H. et a., n° 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. civ. 1^{re}, 13 février 2001 (Bull., n° 32) concernant une infection nosocomiale contractée dans le cabinet du praticien.

1950. CA Pau, 18 mai 2000, Juris-data n° 122547.

1951. CE, 19 novembre 2003, Glidic, n° 241391, *RGDM*, n° 12 (2004), p. 309.

1952. CSP, 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 » & CSP art. L. 1544-1 : « Les dispositions de l'article L. 1142-1 posant le principe de la responsabilité des établissements concernés relativement aux infections nosocomiales lorsque ceux-ci n'ont pas pu apporter la preuve exonératrice selon laquelle l'infection résultait d'une cause étrangère sont applicables en Polynésie française ».

1953. 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).

responsabilité d'un médecin intervenant en cabinet au titre d'une infection nosocomiale suppose la commission d'une faute par celui-ci¹⁹⁵⁴.

B/ La non-admission de la faute présumée en cas d'accident iatrogène

Rien de semblable n'existe à la charge des médecins pour les accidents liés aux soins, car l'aléa est de l'essence même de l'acte médical. On l'a vu en 2000, à l'occasion du célèbre arrêt Perruche¹⁹⁵⁵ 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 un fonds de garantie¹⁹⁵⁶ géré par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux. Mais ce fonds n'existe qu'en métropole et dans les DOM.

Section 2. La responsabilité collective au sein d'une équipe ou d'un groupe médical

par Antoine Leca

La pratique collective de la médecine (qu'il ne faut pas confondre avec la pratique individuelle dans le cadre d'une société !) est susceptible de s'organiser à trois niveaux. Le premier est celui de la médecine hospitalière qui sort de notre épure. Le second est celui des établissements de santé privés (§ 1). Le troisième, celui des équipes et des groupes médicaux (§ 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 responsable. Le risque peut exister que chacun estime qu'il incombait 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 confrères¹⁹⁵⁷.

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.

§ 1 – La responsabilité respective des médecins et des cliniques en cas

1954. *Responsabilité civile et assurances*, novembre 2004, p. 23 : Note C. Radé sur CA Aix, 10^e ch., 4 mai 2004.

1955. Cass., ass. plén., 17 novembre 2000 (ample bibliographie à la *RGDM* n° 6, 2001, pp. 231-234).

1956. *supra* §. 007.

1957. Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1990, bull. n° 25.

de dommage survenu dans un établissement privé

La reconnaissance par le droit de deux contrats distincts, celui qui lie le patient à l'établissement (contrat d'hospitalisation et de soins) et celui qui se noue entre le malade et le médecin (contrat médical), a pour conséquence théorique qu'en principe un manquement au premier entraîne la responsabilité de l'établissement exclusive de celle du médecin et qu'un manquement au second implique la responsabilité du médecin exclusive de celle de l'établissement¹⁹⁵⁸.

Sous-paragraphe 1 – La responsabilité de l'établissement

Avant 1991, la responsabilité de l'établissement se bornait au domaine de l'hébergement. Désormais, celle-ci comporte deux volets, car la Cour de cassation¹⁹⁵⁹ a fini par considérer qu'outre l'hôtellerie (I), la clinique s'engageait aussi à offrir au malade des prestations de soins (II).

I – La responsabilité de l'établissement du fait de l'hébergement

Le premier, d'ordre extra-médical, concerne le contrat d'hébergement auquel on applique en principe les règles de droit commun de l'hôtellerie. Mais cela ne veut pas dire que la responsabilité de la clinique du fait de l'hébergement est entièrement assimilable à celle d'un hôtelier. D'ailleurs, il existe en la matière un texte spécial¹⁹⁶⁰, reproduit dans le Code de la santé publique¹⁹⁶¹. Celui-ci institue un régime dualiste¹⁹⁶² qui présente un certain nombre de spécificités¹⁹⁶³.

1958. Il s'agit d'une vision théorique. En pratique, le patient peut engager à la fois la responsabilité de l'établissement et du médecin qui pourront être condamnés *in solidum*, s'il existe en l'espèce à la fois une faute du médecin au plan professionnel et une faute de la clinique dans l'organisation du service (V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1997, Bull. civ. I, n° 196, p. 131; Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1998, Bull. civ. I, n° 239, p. 165...).

1959 Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1991, Bouaziz, Bull. civ. I, n° 185; *JCP* 1991, II, 21730, note J. Savatier; *RTDC* 1992, p. 123, obs. P. Jourdain; *Gaz. Pal.* 1992, 2, 503, note F. Chabas; *D.* 1993, somm. P. 24, obs. J. Penneau; Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999, Soc. Clinique Victor Pauchet de Butler, Bull. civ. I, n° 175; *D.* 1999, p. 719, note E. Savatier, *JCP* 1999, II, 10112, rapport P. Sargos, *RTDC* 1999, p. 634, obs. P. Jourdain.

1960. L. n° 92-614 du 6 juillet 1992 relative à la responsabilité du fait des vols, pertes et détériorations des objets déposés dans les établissements de santé et certains établissements sociaux ou médico-sociaux (*JO* 7 juillet) applicable aux établissements privés et publics et D. n° 93-550 du 27 mars 1993 (*JO*, 28 mars).

1961. CSP, art. L. 1113-1 et suivants.

1962. Le système fait coexister un régime de responsabilité de plein droit (CSP, art. L. 1113-1) et un régime de responsabilité pour faute (CSP, art. L. 1113-4) nettement plus restrictif (voir par ex. TA Paris, 2^e ch., 6^e section, 24 avril 2007, req. n° 0308218/6-2) suivant que la personne hospitalisée a, ou non, procédé aux formalités de dépôt de ses effets personnels.

1963. La loi de 1992 assortit la responsabilité de plein droit de l'établissement pour les objets déposés d'une double limitation : d'une part le montant des dommages-intérêts est limité à deux fois le plafond mensuel de la Sécurité sociale, d'autre part la personne hébergée ne peut pas imposer à l'établissement que le dépôt d'objet dont la nature justifie sa détention durant le séjour hospitalier (art. 4). Mais ces restrictions ne concernent pas les personnes qui ont été admises d'urgence sans pouvoir manifester leur volonté et, en cas de faute prouvée de l'établissement ou des préposés, la limitation des dommages-intérêts disparaît.

Pour l'essentiel, deux particularités doivent 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. La traduction la plus connue de cette règle concerne les infections nosocomiales, étant ici précisé que sa responsabilité exclusive n'est pas inéluctable¹⁹⁶⁴. De même, en cas de sinistre ayant entraîné un dommage à un malade impotent ou inconscient¹⁹⁶⁵, 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 charge¹⁹⁶⁶. De manière moins dramatique, mais aussi de façon plus courante, il existe une obligation de sécurité de résultat à l'encontre des cliniques utilisatrices de produits tels les médicaments¹⁹⁶⁷. Enfin, la clinique engage sa responsabilité pour la chute d'un patient intervenue hors de la salle d'opération¹⁹⁶⁸.

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 responsabilité¹⁹⁶⁹.

Le second volet, d'essence médicale, procède du contrat de soin entre le patient et l'établissement qu'il a choisi. L'existence d'un tel contrat implique que la faute dommageable du personnel salarié va entraîner la responsabilité contractuelle de l'établissement de soins.

II – La responsabilité de l'établissement du fait des soins

La clinique est débitrice vis-à-vis des personnes hospitalisées d'une obligation de renseignements concernant les prestations qu'elle est en mesure d'assurer¹⁹⁷⁰ et d'une obligation de soins, qui concerne les soins courants ou paramédicaux, mais aussi, d'une certaine mesure, les soins médicaux.

A/ Les soins courants ou paramédicaux

Les soins visés ici sont d'abord les soins courants, c'est-à-dire les soins que les auxiliaires médicaux peuvent faire sans le contrôle d'un médecin¹⁹⁷¹, par

1964. Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 2005, n°04-12.066 (condamnation *in solidum* de la clinique et du médecin).

1965. CA Aix-en-Provence, 20 décembre 1962, *Gaz. Pal.* 1963, 1, 339.

1966. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, *op. cit.*, p. 71.

1967. Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, *D.* 2000, I. R., p. 293 (le médicament concerné était ici un désinfectant).

1968. CA Versailles, 21 juin 1997, *bull. inf. C. cass.*, 1^{er} mai 1998, n° 533, p. 30 (chute dans une salle de repos).

1969. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, *op. cit.*, p. 71-72.

1970. Cass. civ. 1^{re}, 14 octobre 1997, n°95-21.390, *D.* 1999, somm. p. 391 (condamnation d'une clinique n'ayant pas informé les futurs parents qu'elle ne disposait pas de la présence permanente d'un gynécologue, dont l'absence a contraint une sage-femme à faire face à un accouchement dystocique).

1971. CSP, art. L. 4161-1.

exemple une transfusion¹⁹⁷².

La clinique doit assurer dans ce domaine une quadruple fonction : fourniture de matériel et de produit, surveillance du patient et mise à disposition du personnel auxiliaire médical adéquat et d'un cadre protecteur vis-à-vis des infections nosocomiales.

S'agissant de la fourniture de matériel et de produit, les cliniques sont tenues d'une obligation de résultat¹⁹⁷³. Ce qu'elles offrent doit être en bon état et tout manquement à cette obligation entraîne leur responsabilité. Il faut mettre à part la fourniture de produits sanguins par les centres de transfusion, qui emportait celle des CTS, les établissements de soins n'étant tenus que d'une obligation de moyens¹⁹⁷⁴. Mais si l'établissement français du sang, a, depuis le 1^{er} janvier 2000, succédé aux CTS pour assurer la qualité du sang utilisé dans le réseau sanitaire, depuis 2005, il appartient incontestablement aux établissements de soins de prendre toutes dispositions utiles pour s'assurer de l'innocuité des produits sanguins fournis et transfusés : leur responsabilité peut être recherchée sur le fondement des articles 1386 et suivants du Code civil, issus de la loi du 19 mai 1998 sur les produits défectueux. Les établissements de soins doivent donc vérifier la qualité du sang après livraison et avant transfusion et il s'agit d'une obligation de sécurité de résultat.

Pour ce qui a trait à la surveillance du patient incombant à la clinique, celle-ci est tenue d'une obligation de sécurité de moyen¹⁹⁷⁵. 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'espèces 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 suffisant¹⁹⁷⁶. Ainsi si une clinique n'exige de son médecin de garde la nuit qu'une astreinte à domicile et qu'une infirmière s'abstient de communiquer à celui-ci une information alarmante sur l'état de santé du patient, la responsabilité du dommage à lui causé sera rattachée au défaut d'organisation du service et pèsera sur la seule clinique¹⁹⁷⁷. La faute éventuelle du médecin n'occulte pas celle de l'établissement qui ne lui aurait pas fourni le

1972. Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989, n° 86-14.555.

1973. Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, n° 99-12.255, n° 1637 (concernant un désinfectant), Fr. Chabas, « La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation », *Gaz. Pal.*, 22-24 avril 2001, p. 22.

1974. Cass. civ. 1^{re}, 12 avril 1995, n° 92-20747, 92-11.950, 92-11.975, jugeant 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. Cf. *RDSS* 1995, p. 766, obs. J. Leroy, 765 obs. G. Mémeteau ; *JCP* 1995, 22647, 2^e esp. obs. P. Jourdain).

1975. Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998, n° 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).

1976. Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1999, *D.* 2000, IR 28.

1977. Cass. civ. 1^{re}, 21 février 2006, n° 02.19.297 (d'autant plus intéressant que la CA avait cru pouvoir condamner le médecin).

concours d'un personnel soignant et auxiliaire qualifié... et réciproquement¹⁹⁷⁸. Les condamnations *in solidum* sont d'ailleurs fréquentes : ainsi dans un arrêt récent, concernant une patiente ayant donné le jour à un enfant victime de lésions irréversibles, la Cour d'Orléans a jugé que la responsabilité incombait à hauteur de 50 % au médecin libéral qui suivait la jeune femme (qui avait été contactée à deux reprises par la sage-femme sur place), 30 % au médecin de garde (excessivement lent à intervenir) et 20 % à la clinique (tenue pour laxiste dans l'organisation des gardes et la continuité des soins)¹⁹⁷⁹. Il ne fait aucun doute qu'engage sa responsabilité un établissement qui aurait accepté qu'une aide soignante¹⁹⁸⁰ ou une sage-femme¹⁹⁸¹ donne des soins pour lesquels elle n'a pas la qualification nécessaire. Ou un établissement qui a pour activité essentielle l'obstétrique et ne s'attache pas « les services de médecins anesthésistes dont la disponibilité soit telle qu'ils soient à même de faire face, non seulement aux interventions programmées, mais encore aux urgences fréquentes en la matière »¹⁹⁸². Il n'est pas admissible que la permanence ne puisse pas éviter la mort d'un enfant en raison du retard mis à pratiquer une césarienne¹⁹⁸³ ! On remarquera que le droit considère ici de la même manière le personnel paramédical et le personnel médical, étant naturellement précisé que les cliniques répondent des fautes commises par le personnel auxiliaire médical, sauf si celui-ci relève de la surveillance directe du médecin et qu'en ce qui concerne les soins médicaux, la responsabilité est le plus souvent partagée. Cette différence n'est pas anormale, car le personnel paramédical est dans une situation entièrement subordonnée, alors que le personnel médical jouit de l'indépendance professionnelle. Cela explique qu'il revienne aux médecins (et pas à la clinique) d'organiser les tours de gardes dans les conditions que leur imposent leurs devoirs déontologiques¹⁹⁸⁴.

Enfin, la jurisprudence¹⁹⁸⁵ et la loi du 4 mars 2002¹⁹⁸⁶ ont mis à la charge

1978. Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2005, arrêt n° 953 FS-D, Centre médical chirurgical de Parly II c./ J-C et autres (concernant un enfant qui a perdu un doigt en raison d'un pansement inadapté confectionné par une aide-soignante insuffisamment qualifiée que le médecin aurait dû contrôler).

1979. CA Orléans, 12 mars 2007, puis Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2008, n° 07-15.049, Juris-data n° 2008-045781 (RGDM, n° 30, p. 359 & n° 31, p. 311).

1980. CA Paris, 21 avril 1982, D. 1983, IR p. 497, obs. J. Penneau.

1981. Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1989, *Resp. civ. et assur.*, 1989, n° 114.

1982. CA Versailles, 3^e ch., 15 novembre 1996, n° 691.

1983. CA Paris, 29 novembre 2001, Juris-data n° 177783 ; CA Amiens, 15 octobre 2002, Juris-data n° 196127, RGDM, n° 14, p. 115.

1984. Et « la circonstance que les médecins aient eux-mêmes des obligations n'est pas de nature à exonérer un établissement de santé privé de sa responsabilité » (Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1999, n° 97-22652, Sem. Jur. 2000, 10384). D'ailleurs les cliniques sont souvent condamnées pour défaut d'organisation de leurs services lorsque les tours de garde ne permettent pas de mettre à la disposition des patients des médecins susceptibles d'intervenir dans des délais adaptés à leur situation médicale (A. Leandri, *op. cit.*, p. 167). Or, plus augmente le risque pour les cliniques que soit retenue de la sorte leur responsabilité, plus elles ont tendance à contrôler l'activité des médecins. Il y a là une pente dangereuse pour tous : les médecins car ils risquent de voir reculer leur indépendance et les établissements privés qui ne réalisent pas qu'en agissant ainsi ils incitent les juges à retenir plus largement leur responsabilité. L'intérêt bien compris de chacun serait de rendre un maximum de liberté aux médecins (*ibid.*, p. 171), mais ce n'est pas la voie vers laquelle on semble actuellement se diriger.

1985. Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1999, n° 97-14.254.

1986. CSP, art. L. 1142-1, II, al. 2 & CSP art. L. 1544-1 : « Les dispositions de l'article L. 1142-1

des établissements de soins une responsabilité sans faute en cas d'infection nosocomiale. Il faut cependant que le patient hospitalisé établisse le caractère nosocomial de son infection, c'est-à-dire qu'il puisse établir que celle-ci a été contractée lors de son séjour dans l'établissement¹⁹⁸⁷.

B/ Les soins proprement médicaux

Un établissement de santé est également tenu de procurer à ses clients « des soins qualifiés en mettant notamment à son service des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés » par leur état : un règlement intérieur insuffisamment contraignant peut entraîner des interruptions dans la continuité des soins et engager la responsabilité du dit établissement¹⁹⁸⁸. Aujourd'hui, il ne fait pas de doute que la responsabilité d'une clinique peut être engagée du fait des fautes commises par le médecin auquel elle a eu recours pour l'exécution du contrat médical¹⁹⁸⁹. Mais toute faute du médecin n'emporte pas responsabilité de la clinique : celle-ci ne peut être mise en œuvre que si le patient prouve la faute concurrente de l'établissement dans l'organisation des soins¹⁹⁹⁰. Il est évident que le viol d'une patiente par un médecin anesthésiste ne peut pas engager la responsabilité de l'établissement, même si celui-ci est à l'origine de la substitution d'un praticien à un autre¹⁹⁹¹.

A contrario, il n'y a aucune incertitude en ce qui concerne la responsabilité de l'établissement au titre des infections nosocomiales : elles sont, depuis la loi du 4 mars 2002¹⁹⁹², à la charge exclusive des établissements et ne peuvent

posant le principe de la responsabilité des établissements concernés relativement aux infections nosocomiales lorsque ceux-ci n'ont pas pu apporter la preuve exonératrice selon laquelle l'infection résultait d'une cause étrangère sont applicables en Polynésie française».

1987. Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2001, n° 99-17.672, n° 550 P ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 03-16.789, n° 412 FS – P + B.

1988. Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2008, n° 07-15.049, Juris-data n° 2008-045781 ; *RGDM* n° 30, p. 359, concernant l'arrivée à 20 h d'un médecin de garde, qui croyait être à l'heure alors que son devancier avait terminé son service à 18 h, ce qui avait entraîné des lésions irréversibles à un nouveau-né.

1989. « En effet, cet établissement, investi de la confiance de la personne sur laquelle une intervention doit être pratiquée, est tenu, en vertu du contrat qui le lie à celle-ci, de la faire bénéficier de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science » (CA Paris, 25 février 1994, *RDSS* 1995-310).

1990. Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1973, n° 71-14.533, *D.* 1978, jur. p. 353.

1991. On dispose d'un exemple récent. Du fait du décès du médecin, qui a éteint l'action publique, la demande d'indemnisation de la victime a été diligentée contre l'établissement privé, au motif que ce praticien, qui n'avait pas été choisi par la victime et qui n'avait pas personnellement assuré la consultation préanesthésique obligatoire (CSP, art. D. 712-40), ni même, semble-t-il, la visite anesthésique, elle-même obligatoire (CSP, art. D. 712-41 b, al. 3), était intervenu à la demande de la clinique relativement à l'anesthésie et au suivi postanesthésique, à l'occasion duquel il avait abusé sexuellement de la patiente. La demande de la plaignante a été rejetée (CA Bordeaux, 5^e ch., 13 mai 2004, Juris-data n° 2004-272703, *Médecine & Droit*, 2005, p. 150, note G. Mémeteau et *RGDM*, n° 18, p. 339, note C. Daver).

1992. CSP, art. L. 1142-1 (applicable aux infections survenues postérieurement au 5 septembre 2001) & CSP art. L. 1544-1 : « Les dispositions de l'article L. 1142-1 posant le principe de la responsabilité des établissements concernés relativement aux infections nosocomiales lorsque ceux-ci n'ont pas pu apporter la preuve exonératrice selon laquelle l'infection résultait d'une cause étrangère sont applicables en Polynésie française ».

plus donner lieu à une condamnation du médecin, comme dans la jurisprudence antérieure¹⁹⁹³. À cette règle, il faut ajouter une exception en voie d'extinction : lorsque le médecin a commis une faute d'asepsie antérieurement au 5 septembre 2001, il ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité¹⁹⁹⁴.

Mais il n'en demeure pas moins que le médecin peut aussi exposer sa propre responsabilité.

Sous-paragraphe 2 – La responsabilité des médecins exerçant dans l'établissement

La clarté théorique de l'exposition implique de distinguer nettement médecins libéraux et médecins salariés. Depuis 1991 en effet, il n'y a, en principe¹⁹⁹⁵, de contrat médical qu'avec le médecin libéral et plus avec le médecin salarié, qui, sauf preuve contraire¹⁹⁹⁶, s'efface devant la clinique seul co-contractant du patient¹⁹⁹⁷. En outre, depuis 1999, il ne fait aucun doute que la responsabilité de la clinique du fait des soins médicaux est subordonnée à la condition que le praticien soit son salarié¹⁹⁹⁸.

Pour ne pas trop s'éloigner des réalités concrètes, on notera néanmoins qu'une preuve contraire peut tout remettre à plat¹⁹⁹⁹ et que le même médecin peut

1993. La dernière application notable du droit antérieur (Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1999, 3 arrêts ; *D.* 1999. Somm. 395 ; *JCP* 1999, II, 10138) est peut-être une décision de 2005, qui concerne une infection contractée antérieurement au 5 septembre 2001 (Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 2005, Sté Clinique du Tonkin, MMA/IARD, n° 04-12066 ; *Juris-data* n° 029039 ; *Médecine & Droit*, 2005, p. 152 ; *Gaz. Pal.*, Rec., 2006-2 [mars-avril], p. 1101). Voir note ci-après.

1994. Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 2005, n° 04-12.066 (condamnation *in solidum* de la clinique et du médecin pour une infection nosocomiale contractée avant le 5 septembre 2001, rendant inapplicable en la cause l'article L. 1142-1 résultant de la loi du 4 mars 2002).

1995. En effet, la solution actuelle qui consiste à considérer *a priori* que lorsque le médecin de la clinique est libéral, le contrat médical est réputé conclu entre le patient et lui peut toujours être écarté par la preuve contraire : il demeure possible de démontrer qu'en réalité le contrat a été conclu entre le patient et l'établissement de santé, dans le cadre des urgences notamment (CA Paris, 25 février 1994, *Juris-data* 020728 ; A. Leandri, *op. cit.*, p. 163).

1996. En effet, la solution actuelle qui consiste à considérer *a priori* que lorsque le médecin de la clinique est le salarié de celle-ci, le contrat médical est réputé conclu entre le patient et l'établissement (Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1991, Bouaziz, Bull. civ. I, n° 185), peut toujours être écarté par la preuve contraire : il demeure possible de démontrer qu'en réalité le contrat a été conclu entre le patient et le médecin salarié (CA Paris, 15 septembre 2000, *Actualité Jurisante* juillet 2001, p. 21 ; A. Leandri, *op. cit.*, p. 163).

1997. Après avoir consacré une solution différente (R. Savatier, « La condition juridique du malade hospitalisé dans les cliniques privées », *RDSS* 1974, p. 151 et par ex. Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 1988, *D.* 1980, jur. p. 353), la Cour de cassation a rectifié sa jurisprudence et s'est ralliée à cette position (Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1991, Bouaziz, Bull. civ. I, n° 185 ; *JCP* 1991, II, 21730, note J. Savatier ; *RTDC* 1992, p. 123, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, 503, note F. Chabas ; *D.* 1993, somm. p. 24, obs. J. Penneau ; Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999, Soc. Clinique Victor Pauchet de Butler, Bull. civ. I, n° 175 ; *D.* 1999, p. 719, note E. Savatier, *JCP* 1999.II.10112, rapport P. Sargos, *RTDC* 1999, p. 634, obs. P. Jourdain).

1998. Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999, Soc. Clinique Victor Pauchet de Butler, Bull. civ. I, n° 175 ; *D.* 1999, p. 719, note E. Savatier, *JCP* 1999.II.10112, rapport P. Sargos, *RTDC* 1999, p. 634, obs. P. Jourdain. Contra : un arrêt isolé de la Cour de Paris qui avait reconnu la responsabilité *in solidum* d'une clinique réputée en matière de chirurgie esthétique du fait de l'opération conduite par un praticien libéral (CA Paris, 25 février 1994, *Juris-data* n° 020728).

1999. *Supra* notes 2111 et 2312.

être à la fois libéral et salarié et que l'exercice salarié au sein d'une clinique peut toujours permettre une activité libérale conjointe au sein du même établissement. Il en résulte qu'en pratique il n'est pas toujours facile de dire si le médecin d'une clinique est un salarié ou un libéral²⁰⁰⁰.

On va d'abord examiner la situation des médecins salariés des établissements de santé. L'exercice salarié est – sauf exception – la situation normale pour les praticiens des établissements privés participant au service public hospitalier²⁰⁰¹. Ceci étant, en pratique, ce sont les plus nombreux dans les établissements à but non lucratif. Ils se retrouvent aussi, quoique dans une proportion moindre que les libéraux, au sein des «cliniques commerciales». Leur situation est complexe, car ils sont à la fois indépendants en qualité de médecins²⁰⁰² et agents subordonnés en leur qualité de salariés.

I – La difficulté à circonscrire la responsabilité des médecins salariés et de la clinique qui les emploie

Naguère la jurisprudence appréhendait en priorité le médecin salarié comme un médecin. Aujourd'hui elle voit d'abord en lui un salarié. En effet, elle considère désormais que son indépendance de principe est en réalité limitée. Elle ne porte que sur le choix du traitement et sa mise en œuvre. Pour le reste, le médecin salarié serait soumis, comme tout autre salarié, à diverses contraintes fixées par l'établissement de santé privé.

Avant 1991, 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 professionnel²⁰⁰³, ce dernier demeurait 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 Costedoat²⁰⁰⁴ pour l'ensemble des salariés,

2000. Voir par ex. CA Papeete, 20 janvier 2005, D. c./ Clinique Paofai, Juris-data 280373, qui se réfère aux «grands indices du lien de subordination»: absence de clientèle propre, contrainte d'horaires, sujétion administrative, utilisation des moyens de l'établissement, redevance fixe.

2001. CSP, art. R. 715-6-10 (D. n°94-1116 du 22 décembre 1994): «Les établissements de santé privés participant au service public hospitalier recrutent leurs praticiens par contrats régis par le Code du travail, qui peuvent être des contrats à durée déterminée conclus dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 715-7. Les praticiens des centres de lutte contre le cancer sont recrutés dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 323. À titre exceptionnel, les établissements de santé privés participant au service public hospitalier peuvent passer avec leurs praticiens une convention prévoyant le versement par l'établissement d'une rémunération représentative de l'activité médicale». Voir le commentaire de M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, *op. cit.*, p. 312.

2002. Cass. soc., 27 octobre 1978, Bull. civ. V, n° 725: «L'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art n'est pas incompatible avec l'existence d'un lien de subordination à l'égard de la direction de la clinique dans laquelle ils donnent leurs soins».

2003. Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 1978, D. 1980, p. 353, note J. Penneau.

2004. Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, Juris-data n°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

au motif que les professionnels de santé disposaient, dans l'exercice de l'art médical, d'une totale autonomie²⁰⁰⁵. 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'employant²⁰⁰⁶.

Cette solution était aux antipodes de celle consacrée 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 pénal²⁰⁰⁷, 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 »²⁰⁰⁸.

Depuis 1991, la Cour de cassation a 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 inverse²⁰⁰⁹. 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 commises²⁰¹⁰. Certes l'établissement pourra se retourner contre son salarié²⁰¹¹, mais la jurisprudence le concernant est très

pas assuré et dont la société avait fait faillite.

2005. L'indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art est considérée comme un principe général du droit. Cf. Trib. Confl. 14 février 2000, Ratinet, *RFDA*, 2000, p. 1232, note D. Pouyaud.

2006. Cass. Ass. Plén., 14 décembre 2001, Cousin, *JCP* 2002.II.10026, note M. Billiau et I, 124, n° 22, obs. G. Viney ; *Responsabilité civile et assurances*, n° 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.

2007. Cass. crim., 12 décembre 1946, *JCP* 1947, II, 3621, note R. Rodière.

2008. Cass. crim., 5 mars 1992, Bull. crim. n° 101 ; *JCP* 1992, II, 22013, note F. Chabas ; *Resp. civ. et assur.* 1992, comm. n° 302 ; *RTDC* 1993, p. 137, obs. P. Jourdain.

2009. Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1991, Bouaziz, Bull. civ. I, n° 185 ; *JCP* 1991, II, 21730, note J. Savatier ; *RTDC* 1992, p. 123, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, 503, note F. Chabas ; *D.* 1993, somm. p. 24, obs. J. Penneau ; Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999, Soc. Clinique Victor Pauchet de Butler, Bull. civ. I, n° 175 ; *D.* 1999, p. 719, note E. Savatier, *JCP* 1999.II.10112, rapport P. Sargos, *RTDC* 1999, p. 634, obs. P. Jourdain.

2010. 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.

2011. Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2002, Assoc. hospitalière Nord Artois cliniques c./Le Sou Médical et autres (*Resp. civ. et ass.*, 2003, comm. n° 50, obs. H. Groutel ; *D.* 2003, juris., p. 580, note S. Deis-Beauquesne ; *D.* 2003, juris. P. 460, obs. P. Jourdain ; *JCP G* 2003, I, 154, obs. G. Viney, *JCP E* 2003, 316, note M. Billiau : 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.

protectrice²⁰¹². En revanche, il faut noter que la victime peut toujours actionner la responsabilité du médecin en plus de celle de l'établissement de santé²⁰¹³, ce qui peut conduire à une condamnation *in solidum* des deux responsables. Cette issue est également envisageable si le praticien exerce à titre libéral. En pratique, il arrive aussi que la victime mette en jeu la responsabilité du salarié après avoir vainement tenté d'obtenir la condamnation de la clinique²⁰¹⁴.

Toujours est-il qu'on a pu croire solidement établie la règle de la responsabilité de la clinique pour les actes commis par ses médecins préposés dans l'exercice de leurs fonctions. Mais, en 2000, 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»²⁰¹⁵. Ce qui inclinait à reconnaître la responsabilité civile personnelle des salariés.

Deux ans après, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, la haute instance a réaffirmé le principe selon lequel «l'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», tout en relevant que «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, même salarié, dans l'exercice de son art»²⁰¹⁶. Ce qui revenait à ne pas reconnaître clairement la responsabilité civile personnelle des salariés.

Récemment, une Cour d'appel a jugé personnellement responsable de ses fautes une sage-femme salariée d'une clinique²⁰¹⁷.

Mais, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a clairement considéré que le médecin salarié, qui agissait sans excéder les limites de la mission qui lui était impartie par l'établissement de santé privé, n'engageait pas sa responsabilité à l'égard du patient²⁰¹⁸. Ce qui met à nouveau l'accent sur la responsabilité de

2012. 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...

2013. Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999, *D.* 1999.719, note E. Savatier, *JCP* 1999.II.10112, rapp. P. Sargos, *RTDC* 1999, p.634, obs. P. Jourdain; Trib. confl., 14 février 2000, Bull. n° 2.

2014. Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 28 septembre 2004, n° de pourvoi : 02-18373, concernant un patient psychiatrique hospitalisé en raison d'un état dépressif, décédé par suicide au cours d'une autorisation de sortie, sans qu'aucune faute ait pu être imputée à l'établissement privé et au médecin salarié.

2015. Trib. Confl., 14 février 2000, Ratinet, Bull. Trib. Confl., n° 2, p.2, *JCP* 2001, II, 10484, note J. Hardy, *RFDA*, 2000, p. 1232, note D. Pouyaud.

2016. Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2002, pourvoi n° 00-22432, 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, p. 12-14 préconisant qu'un terme soit mis à «la négation absurde» de la responsabilité civile personnelle des salariés.

2017. CA Pau, 1^{re} ch., 16 décembre 2003, Juilla c./ Dupuy Pecout, *Juris-data* n° 2003-238945. En l'espèce, la sage-femme n'avait pas reconnu le tracé pathologique du monitoring, retardant ainsi l'intervention rapide et adaptée d'un médecin.

2018 Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2004, n° de pourvoi : 01-17908, n° 1608 P+B, *Le Sou médical* et a. c./ Caisse régionale d'assurance maladie des professions libérales d'Ile-de-France et a. : «Attendu que le

la clinique du fait de son préposé qui n'excède pas les limites de la mission qui lui est impartie et efface l'exception fondée sur l'autonomie professionnelle du salarié professionnel de santé.

La doctrine s'est globalement exprimée en faveur de cette jurisprudence, que les cours d'appel ont suivie²⁰¹⁹.

Peut-on tenir pour autant cette solution pour solide et certaine ? Ce n'est pas assuré car la solution a été critiquée par un certain nombre d'auteurs qui l'ont jugé dangereusement irresponsabilisatrice²⁰²⁰ pour le médecin salarié.

Par ailleurs, elle n'est pas aussi solide qu'elle le paraît.

En premier lieu, elle ne ferme pas la voie à un nouveau revirement, car l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique affirme le principe de la responsabilité personnelle des professionnels de santé sans faire référence au mode d'exercice, libéral ou salarié²⁰²¹. Par ailleurs, on pourrait soutenir que le médecin salarié qui commet une faute excède les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé et engage par ce fait sa propre responsabilité à l'égard du patient. En tout cas, les salariés issus des professions médicales auraient tort d'imaginer qu'ils peuvent automatiquement échapper à une condamnation pour faute²⁰²².

En second lieu, elle n'est pas équitable pour le médecin libéral, car, si la clinique est la seule débitrice des fautes commises par le médecin auquel elle a

médecin salarié, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient... attendu que pour condamner *in solidum* M. X (médecin salarié) et la société *Le Sou médical* (assureur de la clinique) à indemniser, au titre de la perte de chance, 90 % du préjudice subi par M. A (la victime), l'arrêt attaqué relève que ce praticien n'a pas correctement surveillé les suites de l'intervention chirurgicale, que sa qualité de salarié n'aliène nullement l'indépendance dont il dispose dans l'exercice de son art et que sa responsabilité doit être retenue sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés».

Le même jour une solution identique a été donnée pour une sage-femme salariée (Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2004, n°01-17168, Juris-data n°2004-025554/Cassation de CA Paris, 14^e ch. A., 16 mai 2001, note N. Bangoura, *Gaz. Pal.*, 9-11 janvier 2005, p. 16), encore que, le même jour, la haute instance ait, en raison d'un concours de fautes multiples, condamné *in solidum* une équipe médicale au sein de laquelle on comptait une sage-femme salariée (Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2004, n°01-16739, n°1606 P+ B, de Mattia et a. c./ Clousier et a. (*Dictionnaire permanent Assurances*, bull. 131, p. 5961).

La haute instance a depuis confirmé cette position (Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2007, n°06-12.624 et 06-13.790) en précisant à cette occasion que si le Code des assurances (art. L. 121-12 al. 3) excluait l'action directe de l'assureur de l'employeur contre ses salariés, il ne faisait pas obstacle à ce qu'il exerce une action récursoire contre l'assureur du salarié.

2019. Voir par ex. CA Aix, 1^{re} ch., sect. B, 20 janvier 2006, Juris-data n°2006-308739.

2020. Fr. Vialla, «Subordination ou indépendance», *RDS*, mars 2005, n°4, chr. p. 103 ; E. Revaux et G. Guerlin, «Peut-on justifier l'immunité civile du médecin et de la sage-femme salariée ?», *LPA*, 22 février 2006, n°38, p. 3.

2021. Certes, l'obligation légale de s'assurer ne concerne formellement que les établissements de santé et les professionnels de santé exerçant à titre libéral (CSP, L. 1142-2 dans sa rédaction remontant à la loi du 4 mars 2002). Mais les professionnels de santé exerçant à titre salarié étaient déjà, dès avant la loi du 4 mars 2002, obligatoirement assurés par leur employeur.

2022. La preuve en a été donnée par la haute instance le même jour : cf. Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2004, n°01-16739, n°1606 P+ B, de Mattia et a. c./ Clousier et a., où la Cour a validé un arrêt de CA condamnant *in solidum* une équipe médicale au sein de laquelle on comptait une sage-femme salariée (*Dictionnaire permanent Assurances*, bull. 131, p. 5961).

eu recours pour l'exécution du contrat médical, on pourrait penser que la qualité de salarié ou non de ces médecins ne devrait pas avoir d'incidence sur la solution de droit. Pourtant la Cour de cassation a adopté une façon de voir très différente, apparemment très rigoureuse pour le libéral.

Enfin la responsabilité du médecin salarié est nécessaire pour que soit maintenue sa place de décideur, à peine de le reléguer au rang d'infirmier ou de préparateur en pharmacie, qui ont un rôle certes respectable, mais indiscutablement secondaire et subordonné.

Un nouveau revirement n'est donc pas exclu²⁰²³.

II – 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 strict²⁰²⁴, bien qu'en réalité, dans un très grand nombre de cas, le malade choisisse un établissement de santé et pas un médecin particulier²⁰²⁵.

Le médecin est responsable du fait de ses actes.

Mais, comme on l'a vu, il est également responsable du fait du personnel auxiliaire placé sous sa surveillance, bien que ces personnes soient juridiquement les préposés de l'établissement de santé où il exerce²⁰²⁶ ; il en est ainsi :

- lorsque ces préposés accomplissent 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.

En pratique, il ne fait aucun doute que la faute du praticien libéral peut rejaillir sur l'établissement par le truchement du manquement à une obligation propre à ce dernier, tel que la faute dans l'organisation du service. En effet, si l'origine du dommage est imputable à un défaut d'organisation du contexte médical dont l'établissement de santé est garant, ceci entraîne volontiers des

2023. Même point de vue chez C. Manaouil, E. Traullé, « Les fluctuations en matière de responsabilité civile du médecin salarié », *Médecine & Droit*, novembre-décembre 2006, n° 81, p. 155 qui rappellent que l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 22 septembre 2005 a suggéré une modification de la jurisprudence Costedoat.

2024. Voir par ex. P. Sargos, rapp. sous Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1999, préc. n° 12.

2025. S. Porchy-Simon, *Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*, op. cit., p. 371.

2026. Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1955, Bull. n° 393 ; 15 mars 1976, Bull. n° 100 ; 13 mars 2001, Bull. n° 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).

condamnations *in solidum* (ensemble)²⁰²⁷.

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 soins²⁰²⁸.

Par ailleurs, il faut observer qu'en pratique, la jurisprudence, sans admettre directement la responsabilité de l'établissement du fait du médecin libéral, parvient parfois à des résultats voisins en mettant à la charge de la clinique des obligations qui auraient pu relever de la responsabilité personnelle du médecin²⁰²⁹, notamment pour ce qui a trait à l'organisation générale des soins²⁰³⁰ qu'il n'est pas toujours facile de distinguer de la dispensation particulière²⁰³¹. C'est ainsi que, dans une affaire récente²⁰³², 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.

§ 2 – La responsabilité des médecins exerçant en équipe ou dans un groupe médical

L'exercice collectif est susceptible de se plier à des cadres juridiques extrêmement divers. Le premier est celui de l'équipe médicale²⁰³³, ou équipe de soins, dont la formation la plus simple est le binôme, par exemple les binômes successifs chirurgien-anesthésiste ou gynécologue-échographiste. Mais,

2027. Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1999, n° 97-22652, Sem. Jur. 2000, 10384 (action en responsabilité introduite contre une clinique qui a été condamnée pour ne pas avoir pu mettre à la disposition de la parturiente une équipe d'anesthésistes-réanimateurs dans des délais adaptés – trois minutes après la naissance, délai au-delà duquel des lésions irréversibles sont possibles chez le nouveau-né – ainsi que le médecin-anesthésiste du fait de son retard).

2028. 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. civ. 1^{re}, 30 octobre 1995 ; 10 juin 1997, Bull. n° 196 ; 7 juillet 1998, Bull. n° 239 ; S. Porchy-Simon, *Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*, op. cit., p. 369).

2029. 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 & Droit*, 1996, n° 17, p. 14 ss. ; G. Mémeteau, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1999, *JCP* 2000.II.1084 ; O. Lantrès, *La responsabilité des établissements de santé privés*, Thèse Droit privé, Poitiers, 1999, p. 292 ss. ; S. Porchy-Simon, *Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*, op. cit., p. 370 ss.

2030. F. Chabas, « La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation », *Gaz. Pal.* 22 avril 2001, p. 22 ss.

2031. V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1999, *JCP* 2000.II.10384, note G. Mémeteau ; CA Versailles, 30 septembre 1999, *RDSS* 2000.1.

2032. Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1999, *JCP* 2000.II.10384, note G. Mémeteau.

2033. Cf. les Actes du Colloque « L'équipe médicale : Approche pluridisciplinaire », 11 octobre 2003, dans *RGDM*, n° 14, 2004, p. 3-106.

lorsqu'il y a une opération chirurgicale, il y a nécessairement intervention d'une équipe plus nombreuse, dans laquelle interviennent également et de manière concomitante des non-médecins (les infirmières).

Avant de présenter les règles applicables, il importe de rappeler que l'équipe médicale (qui a une existence concrète incontestable!) n'est pas une personne morale. C'est un groupement de fait concourant à la prise en charge d'un même patient qui peut être absolument unique et strictement momentané (constitué pour une seule opération).

Sous-paragraphe 1 – La responsabilité au sein d'une équipe médicale

Tantôt l'équipe a un chef, tantôt il n'est pas possible d'en distinguer un.

Dans ce dernier cas, chaque médecin est lié au patient par un contrat distinct et spécifique qui définit ses propres obligations, aucun n'est un simple exécutant²⁰³⁴, chacun s'informe de la pertinence du diagnostic de celui qui l'a précédé, veille à informer le malade et ne répond que des fautes qu'il a personnellement commises. La jurisprudence semble consacrer l'autonomie des responsabilités, assortie cependant d'un devoir mutuel de concertation, d'information et de conseil, qui conduit parfois à des condamnations *in solidum*²⁰³⁵.

Parfois l'équipe a un chef et, dans cette hypothèse, 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.

A/ 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'anesthésiste, le premier s'en remettant sur le second pour anesthésier le patient concerné : il en résulte que le chirurgien répond des fautes de l'anesthésiste²⁰³⁶ sauf bien sûr si un contrat distinct s'est noué, ce qui est pratiquement devenu la règle aujourd'hui²⁰³⁷. Actuellement en effet,

2034. Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1984, Bull. civ. I, n° 177-178 (exécution par un radiologue d'une aortographie prescrite par un autre médecin).

2035. Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 1997, *D.* 1999, somm. p. 383 (responsabilité du chirurgien et de l'anesthésiste).

2036. Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 1960, Bull. n° 42 et, dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 20 février 1979, Bull. civ. I, n° 68, Cass. civ. 1^{re}, 26 juillet 1982, *RDSS* 1984, p. 32; Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 1983, *JCP G* 1984, II, n° 20248 (S. Picasso, « La responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical », *Gaz. Pal. Rec.* 2004-3, p. 1461). Cette situation qui s'explique par la vieille infériorité de l'anesthésiste par rapport au chirurgien ne se retrouve plus guère aujourd'hui (Contra : CA Papeete, ch. civ., 19 mars 1999, *B. c./ R.*, *Juris-data* 045298 où l'anesthésiste apparaît pratiquement comme le préposé du chirurgien).

2037. Voir déjà Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1970, *JCP* 1971.II.168333, note Savatier.

la réglementation particulière de l'anesthésie²⁰³⁸ 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 ledit 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 dommage²⁰³⁹.

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.

B/ La responsabilité du chef d'équipe co-contractant 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, aucun n'est un simple exécutant²⁰⁴⁰, chacun s'informe de la pertinence du diagnostic de celui qui l'a précédé et veille à informer le malade et chacun ne répond donc que des fautes qu'il a personnellement commises. Mais plusieurs praticiens peuvent être condamnés *in solidum*. Et la faute du chef d'équipe peut très bien être... le défaut de surveillance.

Cependant, et c'est l'aspect complémentaire de cette solution, dans notre droit, 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 accomplis²⁰⁴¹. 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, compte tenu de l'état du

2038. CSP, art. R. 6124-91 exigeant une consultation préanesthésique.

2039. Cass. crim., 10 mai 1984, *D.* 1985, p. 256.

2040. Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1984, *Bull. civ. I*, n° 177-178 (exécution par un radiologue d'une aortographie prescrite par un autre médecin).

2041. J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, *op. cit.*, p. 78-80 ; CA Toulouse (sur renvoi), 24 avril 1973, affaire Albertine Sarrazin, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 401, note J.-P. Doll. Voir dans le même sens l'arrêt Farçat : Cass. plén., 30 mai 1986, *Bull.* ; ass. Plén., 1986, 8 ; CA Toulouse (sur renvoi), 24 avril 1973. Voir dans le même sens l'arrêt Farçat : Cass. plén., 30 mai 1986, *Bull.* ; ass. Plén., 1986, 8.

patient au moment où celui-ci lui était confié²⁰⁴². Cette responsabilité contractuelle du fait d'autrui a été très critiquée. Avec G. Mémeteau²⁰⁴³, nous pensons qu'au nom de l'indépendance de chacun, un médecin ne devrait pas pouvoir être tenu pour responsable d'un autre médecin dans un tel cas.

D'autant que, lorsque le patient a contracté avec un chirurgien et un anesthésiste, qui ont un statut juridique identique, ils sont censés exercer une surveillance réciproque l'un sur l'autre²⁰⁴⁴... et ils peuvent à ce titre être jugés coauteurs du dommage, par exemple en lésion de l'œsophage due au retrait d'une sonde de Blakeman opéré par l'anesthésiste²⁰⁴⁵. Là encore, il est très contestable que le chirurgien expose alors sa co-responsabilité. Mais c'est la solution qui prévaut actuellement²⁰⁴⁶.

Autre est le fondement de la responsabilité au sein des sociétés d'exercice.

Sous-paragraphe 2 – La responsabilité au sein des sociétés d'exercice

Comme on l'a vu plus haut, les médecins peuvent se grouper en sociétés civiles professionnelles ou sociétés d'exercice libéral. Ces entités sont inscrites au tableau de l'Ordre²⁰⁴⁷ et sont réputées exercer par elle-même la profession (nouer un contrat avec les patients et s'assurer). En principe, le patient peut donc assigner la société sur le plan contractuel ou le médecin associé avec lequel il a été personnellement en relation, sur le plan délictuel²⁰⁴⁸.

Ainsi qu'on l'a examiné, la responsabilité médicale est essentiellement personnelle²⁰⁴⁹. D'ailleurs, une société ne peut accomplir d'actes médicaux que par l'intermédiaire d'un de ses membres ayant qualité pour exercer la médecine²⁰⁵⁰. 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 leurs actes. En second lieu, la société expose sa responsabilité pour les conséquences des actes accomplis en son nom, par exemple les dettes de celles-ci. Toutefois, dans le cadre des SCP «les associés répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales

2042. CA Toulouse (sur renvoi), 24 avril 1973. Voir dans le même sens l'arrêt Farçat : Cass. plén., 30 mai 1986, Bull. ass. Plén., 1986, 8.

2043. G. Mémeteau, *Traité de responsabilité médicale*, LEH, p. 142.

2044. Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998, Société médicale de France c./ K., Bull. civ. I, p. 187.

2045. CA Paris, 1^{re} ch., sect. B, 4 mars 2004, *Gaz. Pal.*, 22-23 décembre 2004, p. 15.

2046. À l'inverse du droit québécois (S. Nootens, *La responsabilité civile du médecin anesthésiste*, 1989, RDU, p. 55 ss.).

2047. L. n° 66-879 du 29 nov. 1966, art. 1 (modifié par L. n° 90-1258 31 décembre 1990) et L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 3.

2048. Cf. G. Mémeteau, « Du contrat d'hospitalisation », *Médecine & Droit* 2005, p. 61 ; M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Thèse Droit, Lyon III, 2005, p. 107.

2049 *Supra* n° 133.

2050. L. 31 décembre 1990, art. 1^{er}.

à l'égard des tiers»²⁰⁵¹ alors que dans celui des SEL, les médecins associés répondent des dettes sociales à hauteur de leurs apports pour les actes accomplis au nom de la société²⁰⁵².

Il faut remarquer que, contrairement au droit des sociétés commerciales, 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. Et bien sûr les SCP ne sont pas concernées par les sanctions disciplinaires. Les règles qu'on va examiner maintenant ne concernent que les médecins et les sociétés d'exercice.

Chapitre 3. La responsabilité du service public de la santé en Polynésie française

par Marc Debène

Les patients hospitalisés comme ceux qui consultent les médecins du service public de santé ou sont en contact avec les autres professionnels qu'il emploie peuvent subir des dommages. Comment déterminer et évaluer les préjudices ? Comment les réparer ? Sur quelle base ? Qui va en répondre ? Qui est responsable ?

Si les dommages ont été causés par des agissements que le Code pénal qualifie de crime ou de délit, le médecin et les autres intervenants pourront être déférés au tribunal correctionnel ou à la cour d'assises qui pourront aussi avoir à connaître de la responsabilité des personnes morales²⁰⁵³ que sont le centre hospitalier qui a le statut d'établissement public et la collectivité de Polynésie française dont les services gèrent directement le service hospitalier et les services de santé²⁰⁵⁴. En tant que fonctionnaires ou agents publics non titulaires, les personnels de santé ont par ailleurs à répondre de leur comportement en matière disciplinaire. Enfin, les médecins peuvent avoir à répondre de leurs actes devant la juridiction ordinaire.

Mais au-delà des sanctions pénales ou disciplinaires, les victimes ont droit à réparation. La question relève alors des mécanismes de la responsabilité civile. Longtemps, le juge a distingué le service public de l'activité du médecin en se fondant sur son indépendance. Le médecin qui à cette époque était, il est vrai, rarement salarié, voyait sa responsabilité engagée devant le juge civil du fait de «négligence, de légèreté ou d'ignorance de choses qu'on devrait nécessairement savoir»²⁰⁵⁵. Les dommages causés par les médecins hospitaliers étaient alors réparés dans les conditions du Code civil sanctionnant une obligation de moyen.

2051. L. n° 66-879 du 29 novembre 1966, art. 15.

2052. L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 16.

2053. CSP, art. L. 1115-2 applicable en PF responsabilité pénale des personnes morales prestataires d'hébergement de données de santé.

2054. Voir, par exemple : TAPF 25 octobre, me Rahera Lof, n°1000194, responsabilité de la Polynésie française (Centre hospitalier de Utuora, direction de la santé de la Polynésie française).

2055. Procureur général Dupin sur Cass. req., 18 juin 1835. Cass. Civ. 1°, 9 octobre 1956 ; Civ. 1°, 15 janvier 1957.

Le juge administratif se référait au contraire à la relation entre le patient et l'hôpital, à l'organisation et au fonctionnement du service public. Le tribunal des conflits a tranché en décidant que les fautes imputées au médecin «se rattachent à l'exécution du service public»²⁰⁵⁶. Aussi, peut-on affirmer que «juger la faute médicale, c'est aussi juger les moyens dont dispose le service public»²⁰⁵⁷.

Les patients sont en effet des usagers du service public, d'un service public à caractère administratif, qui fonctionne normalement en mettant en œuvre les principes d'égalité, de continuité et d'adaptation au changement²⁰⁵⁸. Les médecins et les autres personnels de santé sont des agents publics, fonctionnaires ou non fonctionnaires qui, dans ce dernier cas, peuvent être des contractuels de droit public. Par contre, les patients ne sont pas liés au service par contrat mais sont dans une situation statutaire déterminée par les lois et règlements.²⁰⁵⁹

L'organisation du système de santé repose sur la distinction du secteur privé et du service public. Le premier est soumis aux règles du droit privé, notamment aux dispositions régissant la responsabilité civile qui sont appliquées par le juge judiciaire; le second est dominé par les règles du droit public appliquées et dégagées par le juge administratif. Les questions posées aux deux juges sont toutefois souvent très proches, sinon semblables, qu'elles se rattachent à la technique ou à l'éthique médicale. Si les solutions dégagées ont parfois pu être divergentes, le dialogue des juges les a rapprochées: on peut le voir notamment avec la suppression de la faute lourde, l'information des patients, les infections nosocomiales, l'indemnisation de la perte de chance... et le niveau de l'indemnisation. L'intervention du législateur a en outre permis d'assurer une certaine unicité.

En métropole et dans les collectivités ultra-marines soumises au principe d'identité législative, la loi Kouchner du 2 mars 2002 a intégré au Code de la santé plusieurs dispositions visant les droits fondamentaux des personnes malades²⁰⁶⁰, notamment des personnes hospitalisées (droit à l'information, droit au respect de la vie privée...), et les règles relatives à la réparation des conséquences des risques sanitaires²⁰⁶¹. Plusieurs articles en étendent l'application à la Polynésie française dans la mesure où ils concernent la garantie des libertés (art. 14, loi organique 27 février 2004). On peut regretter que la Polynésie française qui dispose de la compétence pour organiser son système de santé soit exclue par principe du régime de solidarité nationale institué par la loi. Toutefois, plusieurs

2056. TC., 25 mars 1957, Chilloux et Isaad Slimane, rec. 816.

2057. Ch. Maugué, J-Ph. Thiellay, *op. cit.* p 81.

2058. CE, section, avis, 28 juillet 1985, Kilou, n° 168438.

2059. TC, 25 mars 1957, Hospices civils du Puy, 817; CE, section, 11 janvier 1991, Mme Biancale, 12: «les personnes admises dans les services des hôpitaux publics ne sont pas placées dans une situation contractuelle vis-à-vis des établissements».

2060. CSP, art. L. 1110-1 et s.

2061 CSP, art. L. 1141 et s. Voir notamment: Camille Kouchner, *Les droits des malades*, Collection A savoir, Dalloz, 2012, 320 pages. La loi institue un guichet unique, fixe des règles communes d'indemnisation et harmonise les règles de prescription désormais fixée à 10 ans à compter de la consolidation des dommages tant pour le service public que pour les soins privés (art. L. 1142-28). Cet article n'étant pas applicable en Polynésie française, les délais de prescription vont de quatre ans (déchéance quadriennale pour le secteur public) à dix (responsabilité délictuelle) et trente ans (responsabilité contractuelle de droit commun).

dispositions du Code de la santé publique modifié à cette occasion ont été étendues à la Polynésie française (transfusion sanguine, recherche biomédicale...). Pour le reste, en l'absence de dispositions arrêtées par les autorités de la collectivité d'outre-mer, il sera donc nécessaire de se référer aux solutions dégagées antérieurement par la jurisprudence.

Régie en principe par le droit public, la responsabilité du service public de santé relève de la responsabilité administrative (I). Le juge retient la responsabilité de l'administration lorsqu'il considère que les dommages causés par le fonctionnement du service ont leur origine dans une faute qui peut lui être imputée. Mais la responsabilité pour faute (II) peut céder la place à des solutions jurisprudentielles ou législatives permettant de réparer les dommages sans qu'ils aient été causés par une faute (III).

Section 1. Une responsabilité administrative de principe

par Marc Debène

La responsabilité du service public de santé relève de la responsabilité administrative, « ensemble des règles de droit administratif appliqué par les juridictions administratives, soustraction faite de la responsabilité contractuelle des personnes publiques »²⁰⁶². Les mêmes principes sont assortis des mêmes exceptions, même s'il est nécessaire de les situer dans ce milieu particulier qui est celui de la santé publique. Le juge doit concilier deux objectifs : assurer la protection des droits des patients, usagers du service public et prendre en compte les contraintes qui pèsent sur les équipes hospitalières.

§ 1 – Les principes : compétence de la juridiction administrative et application du droit public

On sait depuis l'arrêt Blanco que la responsabilité du service public pour les dommages causés aux particuliers « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés »²⁰⁶³. Dès 1908, la même voie est prise pour la responsabilité hospitalière à propos des dommages causés à des tiers par un malade échappé d'un asile d'aliénés départemental²⁰⁶⁴. La jurisprudence a alors reconnu la responsabilité des hôpitaux résultant notamment des problèmes d'organisation du service. Les dommages causés par les actes de soins dispensés par le service public ne seront pris en considération qu'en 1935²⁰⁶⁵. Le tribunal des conflits ayant tranché en faveur de la compétence administrative²⁰⁶⁶, le

2062. J. Moreau, « La responsabilité administrative », dans Pascale Gonod, Fabrice Melleray, Philippe Yolka, *Traité de Droit administratif*, Dalloz, 2012, Tome II.

2063. TC, 8 février 1873, Blanco, Rec. 62, GAJA n°1.

2064 TC, 29 février 1908, Feutry, Rec. 208.

2065. CE, 8 novembre 1935, Vion, épouse Loiseau et Philipponeau, Rec. 1019 et 1020.

2066. Précité note 2065.

Conseil d'État sanctionnera les fautes qu'elles soient imputables à un acte de soin en général ou à un acte médical en particulier ; ces actes étant réservés aux médecins, il acceptera de considérer qu'ils peuvent engager la responsabilité du service, à la condition, dans un premier temps, que la faute médicale soit particulièrement grave, engageant la responsabilité du service pour faute lourde.

En cas de préjudice subi à l'hôpital ou dans un autre service public de santé, la victime doit agir contre le service public, engager la responsabilité de l'établissement public (cas du Centre hospitalier de Polynésie française) ou de la collectivité à laquelle le service est rattaché (cas des centres hospitaliers dépendant de la direction de la santé) ; c'est au juge administratif de juger les fautes hospitalières (dont les fautes médicales), de juger le fonctionnement du service public. En effet, «juger la faute médicale, c'est aussi juger les moyens dont dispose le service public ainsi que les décisions prises par l'établissement public ou même l'administration...»²⁰⁶⁷ En vertu du principe de liaison de la compétence et du fond, le droit administratif s'applique à la responsabilité hospitalière. Le fondement de la responsabilité n'est pas, comme en droit civil, contractuel mais s'apprécie par rapport au standard dégagé par le juge qui se réfère au bon fonctionnement du service public administratif²⁰⁶⁸ ou dégage des systèmes de responsabilité sans faute.

§ 2 – Les exceptions : le retour au droit commun et à la compétence du juge judiciaire

On distinguera deux séries de cas. La première est institutionnelle ; elle regroupe ceux dans lesquels l'institution sanitaire publique est soumise au droit privé. La seconde est fonctionnelle, s'attachant alors aux actes des personnels de santé qui, par leur gravité, ne peuvent pas engager le service public.

A/ Les exceptions institutionnelles : le service public peut être soumis au droit privé²⁰⁶⁹

Tel est d'abord le cas des établissements privés chargés d'une mission de service public sans disposer de prérogatives de puissance publique qui échappent à la compétence administrative fondée sur le critère organique. La solution est ancienne : elle a été adoptée à propos des centres de lutte contre le cancer²⁰⁷⁰ puis des cliniques privées traitant des malades mentaux pour le compte de la collectivité compétente, en métropole, le département²⁰⁷¹. Elle s'applique de manière générale à tous les établissements privés associés au service public qui, sans être dotés de

2067. Ch. Maugué, J-Ph. Thiellay, *op. cit.*, p. 21.

2068. CE, avis, 28 juillet 1995, Kilou, Rec. 315.

2069. Tel n'est pas le cas quand le service fait appel au secteur privé qui agit alors pour son compte. Ainsi, le fait que l'ambulance envoyée par le service public (SAMU) soit privée est sans incidence sur la responsabilité du service public qui pourra toutefois se retourner contre elle : CE, 18 février 2010, consorts A., n° 318891.

2070. TC, 20 novembre 1961, Centre régional de lutte contre le cancer Eugène Marquis de Rennes, Rec. 879.

2071. TC, 6 novembre 1978, Bernardi c./ Association hospitalière Sainte marie, n° 02087, Rec. 652.

prérogatives de puissance publique, relèvent donc de la compétence judiciaire²⁰⁷².

À l'intérieur des hôpitaux publics, l'exercice libéral de la médecine est par ailleurs lui aussi de la compétence judiciaire. Tel a d'abord été le cas de la pratique des « **cliniques ouvertes** », plus tard désignées « **plateaux techniques hospitaliers** », existant au sein des établissements publics dans le cadre desquels les patients sont traités par le médecin de leur choix ; les dommages causés par les professionnels de santé autres que ceux exerçant à titre exclusif dans l'établissement seront alors réparés sur la base du Code civil, sur le fondement de la responsabilité contractuelle²⁰⁷³.

Il en est de même des activités assurées par les médecins hospitaliers à temps plein qui peuvent toutefois **exercer à titre libéral** dans les locaux de l'hôpital public. Le médecin agent public soigne alors des malades privés avec qui il est lié par contrat²⁰⁷⁴. Il en est de même en cas d'hospitalisation à domicile. Le patient est alors lié au praticien par un contrat de droit privé mais reste usager de l'hôpital ; le médecin libéral peut voir engagée sa responsabilité contractuelle²⁰⁷⁵, mais aussi sa responsabilité délictuelle sur la base des articles 1382 (responsabilité personnelle) et 1384 (pour le chirurgien chef d'équipe, responsable du fait d'autrui). Le service public reste toutefois responsable des faits relevant de sa compétence qu'il s'agisse des dommages causés par le mauvais fonctionnement du service, par le mauvais état des locaux²⁰⁷⁶ ou du fait de ses agents. Cette dualité de compétence peut s'appliquer dans des cas très complexes vu la multiplicité des intervenants (chirurgien libéral, anesthésiste public ; médecin libéral et personnel auxiliaire public...), notamment en cas d'accidents ou de complications postopératoires. Si plusieurs médecins interviennent, le service public n'est responsable que des fautes de ceux qui agissent en tant que médecins hospitaliers²⁰⁷⁷. Le juge doit alors partir de l'origine exacte de la faute pour déterminer le juge compétent. En cas de référé, il a été jugé qu'il est possible d'ordonner une mesure d'instruction sans que soit en cause le principe de séparation à moins que la compétence soit manifeste²⁰⁷⁸.

B/ Les exceptions fonctionnelles : les fautes engageant la responsabilité personnelle des agents publics

1. La responsabilité civile pour faute personnelle détachable du service

Comme les autres agents publics, les personnels hospitaliers et agents des services de santé, notamment les médecins, peuvent en effet voir engagée leur

2072 TC, 25 janvier 1988, APAS, n° 2502.

2073. CE, sect., 4 juin 1965, Hôpital de Pont-à-Mousson, n° 61367.

2074. CE, 10 Octobre 1973, CPAM du Calvados, n° 84178 ; TC, 19 février 1990, AGAP Paris, n° 02594 ; TC, 31 mars 2008, G et C, n° 3616.

2075. Cass. 20 mai 1936, Mercier ; obligation, non de guérir le malade, mais « de lui donner des soins consciencieux, attentifs, et réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

2076. CE, 9 juillet 1969, Epoux Mathieu, Rec. 364 ; TC, 31 mars 2008, M^{me} Guillot c./ Dr Charvin, CH de Voiron, n° 3616.

2077. TC, 19 février 1990, AGAPP, 389, faute de l'anesthésiste public dans une opération réalisée en secteur libéral.

2078. TC, 23 octobre 2000, Préfet du Lot, n° 3220.

responsabilité en **cas de faute personnelle détachable du service**. Elle relève du juge judiciaire qui l'apprécie selon les règles du Code civil.²⁰⁷⁹ Quand elle est accomplie dans le service, il ne peut s'agir que d'une faute intentionnelle ou d'une exceptionnelle gravité qui révèle, derrière l'agent public, l'homme avec ses passions et ses faiblesses : la gravité de la faute lui fait perdre son caractère de faute de service²⁰⁸⁰. Il en est ainsi quand le comportement du médecin est inadmissible²⁰⁸¹ ou lorsque la faute est inexcusable car contraire aux obligations déontologiques fondamentales²⁰⁸². La faute peut aussi être ainsi qualifiée vu le caractère délictueux ou criminel du comportement de l'agent²⁰⁸³. Mais les erreurs, même grossières, ne constituent pas systématiquement des fautes personnelles détachables. Ainsi, comme il a été jugé à propos d'un médecin militaire servant en Nouvelle-Calédonie, « alors même que la cour d'appel de Nouméa a déclaré M. X coupable d'un délit de non-assistance à personne en péril, la faute médicale qu'il a pu ainsi commettre ne se détache pas des fonctions qu'il exerçait au dispensaire provincial de Canala »²⁰⁸⁴.

En cas de faute personnelle détachable du service, l'agent supporte les conséquences pécuniaires, dont les frais de justice. La faute justifie alors le refus de protection du fonctionnaire²⁰⁸⁵, notamment la prise en charge des frais d'avocat. Mais, un même fait peut toutefois constituer à la fois une faute personnelle et une faute de service²⁰⁸⁶, ce cumul de fautes déclenchant une double responsabilité. En cas, de faute personnelle « non dépourvue de tout lien avec le service »²⁰⁸⁷, commise à l'occasion du service ou dans le service²⁰⁸⁸, la victime a alors le choix, pouvant saisir le juge judiciaire (contre l'agent auteur de la faute personnelle) ou le juge administratif. Le service pourra ensuite se retourner contre l'agent auteur de la faute détachable²⁰⁸⁹ en exerçant une action récursoire ; de même, l'agent condamné par le juge judiciaire pour une faute qui est en fait une faute de service pourra se retourner contre le service ; il aura alors droit à la protection fonctionnelle²⁰⁹⁰. La juridiction administrative est alors compétente²⁰⁹¹. Le service a aussi la possibilité de poursuivre l'agent sur le terrain disciplinaire.

2079. TC, 3 juillet 1973, Pelletier, Rec. 117 ; TC, 15 décembre 1980, Préfet de Haute Corse, n° 2177.

2080. CE, 4 juillet 1990, Société *Le Sou médical*, Rec. T.972 : refus par un médecin en astreinte de se rendre au chevet d'un patient hospitalisé.

2081. Cass. crim., 2 octobre 1958, *JCP G* 1958 II 10834, praticien fuyant un incendie laissant sur place la parturiente.

2082. CE, 28 décembre 2001, Dr V, n° 213931 : médecin provoquant un choc septique, cachant son erreur, retardant ainsi les soins nécessaires.

2083. CAA Paris, 4 février 1993, AP Pais, n° 92PA00084 : viol d'une patiente par un aide soignant.

2084. CE, 3 novembre 2003, Georges X, n° 224300.

2085. Article 11 de la loi du 13 juillet 1983, Statut général de la fonction publique.

2086. CE, 3 février 1911, Anguet, Rec. 14 (cumul de fautes).

2087. CE., Ass., 18 novembre 1948, D^{le} Mimeur, Rec. 492 (faute en dehors du service n'étant pas dépourvue de tout lien avec lui).

2088. CE, 26 juillet 1918, Epoux Lemonnier, Rec. 761 (cumul de responsabilités).

2089. CE, 28 juillet 1951, Laruelle, Rec. 464.

2090. CE, sect., 26 avril 1963, CH Besançon, Rec. 242 ; Ass., 28 juillet 1951, Delville, GAJA n° 75.

2091. TC, 25 mars 1957, Chilloux et Isaad Slimane ; sect. 15 juillet 1964, HH d'Aunay sur Odon, 571.

2. La responsabilité pénale et la responsabilité civile

Les agents peuvent être poursuivis au pénal dans les cas expressément prévus par la loi, notamment pour manquement aux obligations présentant le caractère d'une imprudence ou d'une négligence constitutive d'une infraction²⁰⁹², omission de porter secours à une personne en danger, mise en danger d'autrui²⁰⁹³, euthanasie...²⁰⁹⁴ Tel sera le cas du gynécologue obstétricien en astreinte à domicile qui ne se déplace pas et se borne à prescrire un traitement destiné à différer l'accouchement alors qu'une césarienne s'imposait²⁰⁹⁵ ou du médecin pratiquant des recherches biomédicales sur un patient sans son consentement²⁰⁹⁶. La demande d'indemnisation du préjudice par jonction du civil et du pénal n'est toutefois possible que si l'infraction pénale est aussi considérée comme une faute personnelle détachable²⁰⁹⁷.

Section 2. Le principe de la responsabilité pour faute

par Marc Debène

«Les professionnels de santé [...] ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic et de soins ne sont responsables des conséquences dommageables [de ces actes] qu'en cas de faute» dispose aujourd'hui l'article L. 1142-1 § 1 du Code de la santé publique soumettant les dommages causés par les professionnels ou les établissements de santé, qu'ils relèvent du secteur public ou du secteur privé, au même régime juridique. Quel que soit le stade du processus de santé concerné (diagnostic, thérapeutique), le dommage ne peut être réparé que s'il a été causé par une faute caractérisée par un manquement à une obligation qui peut résulter d'un texte ou être définie par le juge par référence aux obligations de moyens qui pèsent sur les professionnels ou les services de santé. Si la disposition précitée ne s'applique pas en Polynésie française, la solution est la même dans la mesure où le législateur n'a fait ici que reprendre le principe admis en jurisprudence. Rompant avec le système initial d'irresponsabilité du service public du fait des actes médicaux²⁰⁹⁸ le juge administratif n'avait toutefois pas admis immédiatement les mêmes solutions que le juge judiciaire. Dans un premier temps en effet, il a considéré que les difficultés particulières de l'exercice de la médecine justifiaient l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'administration. Le contentieux de la responsabilité hospitalière a alors été dominé par la

2092. CP, art. 221-6, 221-7, 221-19 et 221-20. (maladresse, imprudence, inattention, négligence).

2093. CP, art. 223-1, 223-6. (omission de porter secours à personne en danger et mise en danger de la personne).

2094. CP, art. 221-1 (euthanasie).

2095. Cass. crim., 2 avril 1992, n° 90-87-579.

2096. Cass. crim., 24 février 2009, n° 08-84.436.

2097. Cass. crim., 31 mai 1989, n° 87-91.448.

2098. CE, sect., 8 nov. 1935, Dame Vion, épouse Loiseau et Philipponneau, Rec. 1019 et 1020.

distinction entre les actes médicaux et les actes de soins²⁰⁹⁹. L'abandon de cette distinction n'exclut pas la nécessité de s'interroger sur la nature de la faute de nature à engager la responsabilité du service public avant de préciser comment cette faute peut être établie. Le juge caractérise la faute en se référant aux obligations des personnels telles qu'elles résultent notamment de la loi et des règles déontologiques. Il apprécie les faits *in concreto*, prenant en considération les circonstances de l'espèce.

§ 1 – La nature de la faute de nature à engager la responsabilité du service public

Longtemps, le juge a fait une distinction entre faute simple et faute lourde. La faute simple permettait d'engager la responsabilité du service dans deux séries de cas visant des agissements plus faciles à assurer. **Il s'agissait tout d'abord des dommages causés par les actes de soins** considérés comme plus simples que les actes médicaux : la faute n'avait donc pas à être qualifiée. Il s'agissait notamment des actes effectués sur prescription médicale par les membres des professions paramédicales telles les piqûres, injections, perfusions²¹⁰⁰... ; il en était de même pour les actes permettant d'assurer le maintien des fonctions vitales (alimentation, hygiène, lever et marche) qui sont réalisés sans l'intervention ou la surveillance d'un médecin ; ils se distinguaient en effet des actes médicaux qui ne peuvent « être exécutés que par un médecin ou un chirurgien [...] ou sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin »²¹⁰¹. Il s'agissait ensuite **des dommages résultant de la mauvaise organisation ou du mauvais fonctionnement du service** : erreurs et défaillances administratives, retards, mauvaise coordination, défaut de surveillance entendu tant au sens de la sécurité qu'au sens médical.

Pour les **actes médicaux**, la faute lourde était au contraire exigée par le juge administratif en raison de la difficulté particulière de la pratique médicale, de la plus grande technicité des actes. Qu'il s'agisse du diagnostic ou de la thérapeutique, d'un acte médical simple ou d'une opération chirurgicale complexe, c'est un ensemble de connaissances scientifiques combinées avec un savoir faire présenté comme un art qui est alors en cause. Le juge administratif considérait que les fautes les moins importantes pouvaient ne pas entraîner la responsabilité du service, introduisant une « sorte de franchise de responsabilité »²¹⁰². Par contre, les fautes qualifiées de lourdes entraînaient la responsabilité du service. Tel sera le cas pour l'inversion des résultats de deux patientes²¹⁰³ ou pour l'absence d'examen prénatal alors que la patiente avait déjà

2099. CE, sect., 26 juin 1959 Rouzet, 405.

2100. CE, 9 janvier 1980, M^{me} Martins, Rec. 4.

2101. CE, sect., 26 juin 1959, Rouzet, Rec. 405 (critère tiré de la nature des actes, de leur difficulté).

2102. Commissaire du gouvernement, J. L. Stahl sous CE, Sect. 20 juin 1997, Theux c./ CHR Toulouse, Rec. 253.

2103. CE, 19 février 2003, APHP c./ Epoux M. Rec. 530. Si l'absence d'information sur la marge d'erreur était fautive (vis-à-vis des parents), le juge ne retient aucun lien de causalité directe entre la faute de l'hôpital et l'infirmité de l'enfant.

eu un enfant atteint de la maladie de Krabbe²¹⁰⁴. Cette jurisprudence tranchait par rapport à celle de la Cour de cassation pour laquelle « toute faute engage la responsabilité du médecin »²¹⁰⁵. L'exigence de la faute lourde, ici comme dans d'autres domaines de la responsabilité administrative (police administrative, services fiscaux, tutelle, lutte contre les incendies) fut sévèrement critiquée. La preuve de la lourdeur était délicate à apporter. Le confinement de cette exigence au secteur public était considérée comme inéquitable. L'évolution des techniques médicales remettait en cause la distinction entre les actes médicaux et les actes de soins.

Après avoir été limitée aux actes complexes, la notion de faute lourde a été abandonnée par le Conseil d'État à propos d'un accouchement suivi d'un arrêt cardiaque aux conséquences invalidantes à la suite de plusieurs actes médicaux erronés qui, pris un par un, pouvaient difficilement entraîner la qualification de faute lourde mais dont la combinaison avait causé un préjudice important²¹⁰⁶. Aussi, le commissaire du gouvernement proposa de considérer que ces erreurs « constituent une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital », resserrant ainsi le contrôle du juge en supprimant l'exigence de la faute lourde qui protégeait jusque-là l'activité médicale en milieu hospitalier. L'esprit du temps qui cherche dans la justice un apaisement comme la volonté de simplifier les solutions jurisprudentielles a amené le juge à abandonner la distinction préalable et à retenir la responsabilité de l'hôpital pour faute non qualifiée. Cette solution a ensuite été appliquée en cas d'erreur technique²¹⁰⁷ puis étendue au service médical d'urgence²¹⁰⁸.

Mais si la faute lourde a ainsi été abandonnée, la loi qui permet d'indemniser le préjudice causé aux parents à la suite d'un diagnostic prénatal erroné²¹⁰⁹ exige la « faute caractérisée »²¹¹⁰ pour engager la responsabilité de l'établissement envers les parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse²¹¹¹. Si cette formule peut être considérée comme une nouvelle forme de faute qualifiée, on doit admettre que pour chaque faute le juge se livre à un travail de caractérisation pour qualifier un fait de faute.

De manière générale, pour reconnaître le caractère fautif de l'erreur, le juge tient compte des circonstances de l'espèce. Même si le juge administratif, contrairement au juge judiciaire, ne le précise pas expressément, le service n'a en effet qu'une obligation de moyens ; il doit tout mettre en œuvre pour assurer la guérison sans pouvoir garantir le résultat. Toute erreur n'est donc pas constitutive

2104. CAA Marseille, 6 mai 2004, Epoux P. c./ CH de Carpentras, n° 01MA02655.

2105. Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 1963, *D.* 1964.81.

2106. CE, 10 avril 1992, M et M^{me} V, GAJA n° 99.

2107. CE, 5 juin 2002, plâtrage de la jambe droite quand la fracture est à gauche ; CAA Lyon 18 janvier 2005, omission radio de la colonne vertébrale ne permettant pas de diagnostiquer une maladie chez l'enfant signalé pour mauvais traitement ; CAA Lyon 19 sept 1996 : administration d'une dose excessive de médicament.

2108. CE, sect., 20 juin 1997, Theux c./ CHR de Toulouse, Rec. 254.

2109. CE, 14 février 1997, CHR Nice c./ Quarrez, 44.

2110. CASF, art. L. 114-5, issu de l'amendement anti Perruche (loi du 4 mars 2002, art. 1), applicable en Polynésie française. (Voir Cass., 17 novembre 2000, Perruche, Bull. civ. 9 retenant le préjudice de l'enfant à naître du fait des fautes médicales).

2111. Amniocentèse erronée, CE, 19 février 2003, AP-HP, n° 247908.

d'une faute ; encore faut-il que le juge, au regard des circonstances de l'espèce, lui donne cette qualification en prenant en compte la nature du service, les aléas, les difficultés techniques mais aussi les droits en cause et la gravité de l'atteinte.

Aujourd'hui, la faute de nature à engager la responsabilité du service public de santé recouvre tant les actes de soins (dont font partie les actes médicaux, le juge ayant renoncé à exiger que la faute médicale soit lourde) que les conséquences d'une mauvaise organisation ou d'un mauvais fonctionnement du service.

Pour les activités de soins, qu'ils relèvent de l'art médical ou des activités paramédicales et des soins courants, le juge distingue donc la faute et l'erreur non fautive. L'erreur technique que l'on peut définir comme un manquement aux règles de l'art²¹¹², aux bonnes pratiques²¹¹³, peut être qualifiée de faute en fonction des données actuelles de la science tant en cas de mauvais diagnostic, de mauvais choix thérapeutique que de mauvaise exécution de l'acte médical. L'erreur de diagnostic pourra être fautive si le praticien a omis de mettre en œuvre tous les moyens disponibles, n'a pas procédé à un second examen quand le premier l'avait amené à douter ou quand il aura décidé hâtivement sans que cela soit vraiment nécessaire. Le juge tiendra compte de la complexité du cas, des contraintes spécifiques (notamment de l'urgence)²¹¹⁴, de la nature des moyens dont le service disposait.

Le choix thérapeutique erroné peut être considéré comme fautif quand il méconnaît gravement le diagnostic ou a été fait en négligeant de rechercher les contre-indications. Il en est de même quand la méthode employée s'avère dangereuse²¹¹⁵. La faute peut aussi résulter d'une mauvaise exécution de l'acte médical. Au cours d'une opération chirurgicale, des erreurs peuvent être commises sur la partie du corps à traiter (ablation droite au lieu d'ablation gauche), des objets divers peuvent être oubliés (compresses, agrafes), un geste technique peut être manqué... le juge considérera qu'il s'agit là de fautes de nature à engager la responsabilité du service en prenant en compte la complexité de l'opération, les difficultés particulières des différents actes. Il en est de même des fautes dans le suivi du traitement, notamment des soins postopératoires qui peuvent, comme les actes précédents, mettre en cause l'organisation ou le fonctionnement du service.

La faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service peut aussi engager la responsabilité administrative.

La faute peut d'abord tenir à **l'organisation des soins**. Il en sera ainsi quand des actes médicaux sont exécutés par des auxiliaires médicaux qualifiés

2112. TAPF, 26 avril 2011, Philippe Chauvet, Catherine Chauvet, n° 1100064 erreur de diagnostic résultant entre autres d'une méconnaissance des données actuelles de la science, contraires aux règles de l'art ; à propos d'une fracture.

2113. TAPF, 25 octobre 2011, M^{me} Rahera Lof, n° 1000194 (mordue par son chien, la requérante a fait l'objet d'un examen uniquement clinique non conforme aux bonnes pratiques sans cliché radiologique préalable. Cette faute d'organisation du service ayant privé la patiente de toute chance d'amélioration de son état de santé engage la responsabilité de la PF).

2114. CE, 7 mars 1936, Hôpital de Grey c./ Voisin, n° 41497 (l'urgence allège l'obligation sans la supprimer).

2115. TAPF, 24 mai 2005, M et M^{me} Labaysse c./ CHTPF, n° 0200270 (le choix d'une méthode d'accouchement dangereuse totalement injustifiée et inadaptée constitue une faute).

sur prescription médicale mais en dehors de la présence effective d'un médecin. Il en est de même quand des dommages ont été causés aux patients par défaut de surveillance. Ainsi, le juge administratif d'appel a pu reconnaître la responsabilité du service pour un accident post opératoire intervenu en Polynésie française après une césarienne sous anesthésie, la surveillance postopératoire ayant été insuffisante²¹¹⁶. Les patients doivent en effet faire l'objet de soins attentifs et consciencieux. Au-delà du suivi médical, le service doit par ailleurs assurer la sécurité des patients prenant les mesures nécessaires en fonction de leur pathologie (avec des précautions particulières pour les personnes souffrant de troubles psychiatriques), de leur état et de leur âge (avec une protection particulière des enfants hospitalisés). La surveillance médicale doit être complétée par des mesures de surveillance matérielle pour protéger la sécurité des patients²¹¹⁷.

Le mauvais fonctionnement du service sera lui aussi fautif quand il résulte de défaillances administratives : la mauvaise coordination entre les services peut entraîner un retard dans la réalisation d'un examen ou une intervention ; un dossier peut ne pas être transmis, une erreur peut être faite dans la transcription d'une fiche médicale, dans la fourniture de médicaments ou de poches de sang. Le mauvais entretien des locaux peut être retenu, notamment en cas de défaut d'asepsie²¹¹⁸. Pour assurer ses missions, le service public doit mettre à la disposition des patients le personnel qualifié nécessaire, compétent et bien formé ; il y aura faute du service si le chef de service ou le médecin de garde s'est déchargé de ses tâches sur des internes²¹¹⁹ ou si le praticien n'était pas suffisamment qualifié pour l'intervention ; l'absence de l'anesthésiste prive le patient «des garanties médicales qu'il était en droit d'attendre du service public hospitalier»²¹²⁰. Là aussi, le juge prend en compte les moyens dont dispose l'établissement, en se référant aux conditions techniques de fonctionnement de chaque spécialité médicale. Selon l'importance de l'établissement hospitalier, le juge pourra tenir compte de l'insuffisance de moyens pour écarter la faute ou, au contraire, qualifier de faute le fait pour un établissement de ne pas avoir mobilisé tous les moyens dont il dispose²¹²¹.

À noter que doivent figurer dans cette rubrique les manquements au devoir d'information²¹²² sur tous les risques, même exceptionnels, limités par la loi «aux risques fréquents ou graves normalement prévisibles»²¹²³. On insistera sur la nécessité de la traduction pour les patients ne comprenant pas le français, sans laquelle le droit à l'information et le consentement n'auraient pas de signification.

§ 2 – Faute prouvée et faute présumée

En principe la faute doit être prouvée. La victime doit non seulement établir la réalité du préjudice, mais aussi le caractère fautif du fait dommageable

2116. CAA Paris, 12 septembre 1996, Territoire de la Polynésie française, n°93PA0129.

2117. CE, 9 juillet 1969, Epoux Puech, Rec. 373 (cas d'un rapt d'enfant).

2118. CE, 18 novembre 1960, Savelli, Rec. 640.

2119. CE, 25 juin 1954, Dame Forcina, Rec. 388.

2120. CE, 8 oct. 1986, Langlet c./ CH de Château Thierry, n°61495.

2121. CE, 19 juin 2000, Hospices civils de Lyon, Rec. 234.

2122. CE, sect., 5 janvier 2000, consorts T, n°181899.

2123. Art. L. 111-2, voir toutefois CE, 24 juillet 2009, n°305372, CHU Nantes.

et le lien de causalité entre la faute et le dommage. Le patient forme une demande préalable d'indemnisation puis saisit le juge. La preuve est ici souvent difficile. La preuve est apportée de la même manière que devant le juge judiciaire. Le patient peut utiliser son droit à l'information et accéder à son dossier²¹²⁴. En matière médicale, l'expertise a un grand rôle, comme en atteste le recours fréquent à un collège d'experts. L'appréciation de la faute se fait *in concreto* ; le juge tient compte des circonstances de l'espèce, notamment de l'urgence et des moyens disponibles. La procédure contradictoire et écrite, et l'utilisation de ses pouvoirs inquisitoires permettent au juge de prendre en considération les divers éléments du dossier pour se faire une conviction et qualifier ou non le fait de fautif.

Pour faciliter la réparation du préjudice subi, le juge administratif va, dans certains cas, considérer que le dommage « révèle » par lui-même l'existence d'une faute. En fait, il inverse alors la charge de la preuve. En utilisant cet « euphémisme »²¹²⁵, on considère en général que le juge introduit alors un mécanisme de présomption de faute. Il n'impose pas pour autant au service une obligation de résultat ; le service peut en effet apporter la preuve qu'aucune faute n'a été commise. La présomption n'est donc pas irréfragable. La victime doit seulement apporter la preuve de l'existence du dommage et le lien de causalité avec l'activité du service. Le juge estime excessive l'exigence de la preuve, tenant alors pour vraisemblable la faute par l'anormalité de la situation. On pourrait considérer que le juge n'a pas fixé une règle de présomption mais a utilisé un mode de raisonnement présomptif, partant du dommage (ou d'un autre élément²¹²⁶) pour se faire une conviction.

Le raisonnement présomptif a été introduit en matière de vaccinations obligatoires avant que la loi n'institue un régime de responsabilité sans faute²¹²⁷. Tel sera toujours le cas en Polynésie française où plusieurs délibérations de l'Assemblée ont imposé une liste de vaccins obligatoires mais où aucune disposition n'a prévu la responsabilité sans faute de la collectivité.

Le mécanisme a ensuite été étendu à diverses activités hospitalières. Tel est le cas des conséquences dommageables, anormales et inattendues de l'activité de soins comme celles des piqûres, injections et perfusions qui révèlent une faute dans l'organisation du service²¹²⁸ ; de même, « l'existence de brûlures révèle d'elle-même une faute dans le fonctionnement du service hospitalier de nature à engager la responsabilité du service »²¹²⁹. En effet, « s'agissant d'un acte de soins courant et de caractère bénin, les troubles ne peuvent être regardés que comme révélant une faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement

2124. CSP, art. L. 1111-3 ; art. L. 1111-7.

2125. J. Moreau, précité, p. 649 ; voir du même auteur, « Les présomptions de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité, comètes ou nébuleuses ? », *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 685.

2126. Le verbe révéler est ambigu ; il peut être utilisé par le juge pour indiquer sa conviction : ainsi, « le choix de différer un geste chirurgical révèle une faute de nature médicale de nature à engager la responsabilité du CHPF », TAPF, 25 octobre 2011, Ioane Failloux, n° 1100275.

2127. CE, Ass., 7 mars 1958, SE à la santé publique c./ Dejous, Rec. 153.

2128. CE, 13 février 1962, Meier, 122.

2129. CE, 1^{er} mars 1989, Peyres, n° 67255.

du service»²¹³⁰. Il en est de même pour les dommages causés par une mauvaise organisation ou un mauvais fonctionnement du service ; ainsi, le fait qu'un enfant de quatre ans souffrant de troubles cérébraux soit couché dans un lit ordinaire dont il est tombé «révèle un défaut dans l'organisation du service». Il en est de même en cas de fugues de malades mentaux hospitalisés²¹³¹.

La jurisprudence administrative a notamment recouru à ce système présomptif pour réparer les dommages causés aux patients par leur séjour à l'hôpital dits, dans un premier temps, surinfection hospitalière puis appelés **infections nosocomiales** (adjectif d'origine grecque formé par le substantif désignant la maladie et le verbe soigner). En soignant la maladie, des dommages nouveaux peuvent survenir, s'ajoutant à l'état initial du malade. La loi du 4 mars 2002 a institué un régime de responsabilité sans faute tant pour le secteur public que pour les établissements privés et mis en place un système de réparation confié à un établissement public national. Mais, ce système de solidarité nationale n'étant pas applicable à la Polynésie française, les solutions dégagées antérieurement par le juge continuent à s'y appliquer comme en métropole et dans les départements d'Outre-mer pour les faits antérieurs au 5 septembre 2001. On admettra donc avec le Conseil d'État que la contamination révèle une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service²¹³², le préjudice étant disproportionné par rapport aux risques encourus²¹³³. À l'époque où le juge exigeait la faute lourde pour les actes médicaux, le Conseil d'État avait jugé, à propos d'une infection méningée contractée lors d'une intervention chirurgicale, que «le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire, révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service public hospitalier»²¹³⁴. Mais seul un germe exogène engage la responsabilité du service, à la différence du germe endogène déjà présent dans l'organisme du malade²¹³⁵, solution atténuée par la difficulté de prouver la provenance du germe²¹³⁶ ; même s'il apparaît au cours ou du fait de l'intervention médicale, le germe endogène est alors considéré comme une cause étrangère qui exonère le service de sa responsabilité²¹³⁷.

À noter enfin qu'en cas de manquement à l'obligation d'informer les

2130. CE, 22 déc. 1976, AGAPP c./ Derradj et CPCAM de la région parisienne, Rec. 576.

2131. CE, 27 février 1985, Consorts Rolland, T. 767.

2132. CE, 18 novembre 1960, Savelli, Rec. 640.

2133. CE, 18 nov. 1966, n°63783 : l'interne de garde, en ne recherchant pas si les symptômes présentés par l'intéressé ne pouvaient être les signes d'un traumatisme crânien, a commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'hôpital.

2134. CE, 9 décembre 1988, Cohen, n°65087, rec. 431 : l'infection méningée compliquée d'une lésion de la moelle dorsale dont M. X a été victime a eu pour cause l'introduction accidentelle dans l'organisme du patient d'un germe microbien lors de la sacco-radiculographie. «Aucune faute lourde médicale, notamment en matière d'asepsie, ne peut être reprochée aux praticiens qui ont exécuté cet examen et cette intervention ; que le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire, révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical un matériel et des produits stériles».

2135. CE, 27 septembre 2002, M^{me} N c./ CHI de Créteil, Rec. 315.

2136. Comp. Cass., qui n'accepte que la cause étrangère pour exonérer le médecin, Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1999, CPAM 93 : toute affection survenue à l'occasion de soins engage la responsabilité du professionnel sur lequel repose une obligation de sécurité, une obligation de résultat.

2137. CE, 25 Octobre 2006, CHU Brest, solution contraire du juge judiciaire, Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 2006.

patients, le Conseil d'État comme la Cour de cassation recourt à la présomption de faute²¹³⁸. Les médecins sont tenus d'informer les patients des risques fréquents ou graves normalement prévisibles et doivent donc apporter la preuve que cette information a bien été donnée. En l'absence de preuve, le défaut d'information est présumé et permet d'indemniser le préjudice causé par la perte de chance de se soustraire à la réalisation du risque. L'absence d'information préalable constitue en outre une atteinte aux droits fondamentaux du malade, à sa liberté de consentir aux soins.

À ces cas dégagés par le juge, s'ajoute une possibilité prévue par la loi applicable en Polynésie française, dans le domaine de la recherche biomédicale, « le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche biomédicale pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche » (art. L. 1121-10). Mais, plus généralement, la loi intervient pour mettre en place des régimes de responsabilité sans faute.

Section 3. Les régimes de responsabilité sans faute

par Marc Debène

Le droit public français fait une place à la responsabilité sans faute. Qu'elle soit fondée sur la notion de risque, d'égalité devant les charges publiques ou de solidarité nationale, elle assure la socialisation des risques, permet d'indemniser les victimes en les dispensant de rechercher la faute du service public. Il en est tout d'abord ainsi des dommages causés aux tiers. Tel est le cas lorsque le service utilise des méthodes thérapeutiques dangereuses qui font courir un risque anormal et spécial aux tiers, par exemple les sorties à l'essai des malades mentaux²¹³⁹. Fondé sur le risque, ce régime dispense les victimes d'avoir à prouver une faute médicale ou une mauvaise organisation du service. Il en est de même pour les collaborateurs occasionnels du service public à la condition qu'ils aient été sollicités ou requis ou que leur intervention fut nécessaire²¹⁴⁰. Tel est le cas pour un visiteur blessé en aidant bénévolement une infirmière à sa demande dans une situation d'urgence. La solution a été étendue aux membres d'associations de bienfaisance intervenant régulièrement en milieu hospitalier.

Mais la question principale concerne les usagers du service public, les patients qui vont subir un dommage sans pouvoir l'imputer à une faute. C'est là qu'intervient aujourd'hui la loi du 4 mars 2002 qui a institué des régimes d'indemnisation fondés sur la solidarité nationale. Mais le périmètre de la solidarité nationale n'englobe qu'à titre exceptionnel la Polynésie française.

2138. CE, 5 janvier 2000, Consorts Telle, Rec. 5.

2139. CE, sect., 13 juillet 1967, département de la Moselle, Rec. 341.

2140. CE, 14 décembre 1981, Guinard, n° 21258 (malade soigné dans un centre hospitalier et blessé alors qu'il apportait spontanément son aide à des infirmiers pour transporter un autre malade).

Seules quelques dispositions du Code de la santé publique font l'objet d'une mention expresse d'application. Pour le reste, il est donc nécessaire de se référer aux solutions jurisprudentielles antérieures.

§ 1 – Les cas admis en jurisprudence

La loi du 4 mars 2002 qui met en place un régime de solidarité nationale pour indemniser les dommages avait été précédée par des constructions jurisprudentielles prenant en considération l'**aléa thérapeutique**, auxquelles on continue de se référer en métropole pour les dommages antérieurs à la loi ; tel devrait aussi être le cas en Polynésie française en l'absence de loi.

Il s'agit d'abord des dommages causés par l'utilisation de **méthodes thérapeutiques nouvelles**. Il a ainsi été jugé que lorsque l'utilisation d'une méthode nouvelle dont les conséquences ne sont pas entièrement connues, alors qu'elle ne s'imposait pas pour des raisons vitales et faisait courir au patient un risque spécial, les complications exceptionnelles et anormalement graves doivent faire l'objet d'une réparation même en l'absence de faute²¹⁴¹. Dans cette hypothèse, l'usager du service public a en effet contribué à faire progresser la science médicale. En droit commun, cette hypothèse entre aujourd'hui dans le champ d'application de l'indemnisation par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale.

Plus largement, le juge administratif a pu aussi prendre en compte la réalisation d'un **risque médical exceptionnel**. Ainsi, entré à l'hôpital de La Timone à Marseille pour une artériographie vertébrale, un patient s'est trouvé atteint de tétraplégie à son réveil. Il ne s'agissait pas là d'une méthode nouvelle mais d'un acte usuel. Par un arrêt d'assemblée, le Conseil d'État a jugé que « lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état et présentant un caractère d'extrême gravité »²¹⁴². Il doit s'agir d'un acte indispensable ; le risque même connu doit être exceptionnel²¹⁴³ ; il ne doit y avoir aucune raison de penser que le patient serait particulièrement exposé ; enfin, les conséquences de l'intervention doivent être d'une extrême gravité (décès, invalidité très lourde) sans rapport avec l'état initial du patient. Le Conseil d'État a ici posé des conditions très strictes pour admettre, contrairement à la Cour de cassation, l'« aléa médical ». La loi de 2002 a mis fin à cette divergence en soumettant l'aléa thérapeutique devenu « risque médical » à un régime de responsabilité sans faute prévoyant l'indemnisation des

2141. CAA Lyon, 21 décembre 1990, Consorts Gomez, 498 (paraplégie des membres inférieurs causée par une opération de la colonne vertébrale selon la méthode de Luqué).

2142. CE, Ass., 9 avril 1993, Bianchi, Rec. 127, n° 69336.

2143. Il pourra s'agir notamment d'anesthésies générales. Voir notamment à propos des suites d'une anesthésie générale pour une circoncision rituelle : CE, sect., 3 novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, Rec. 412.

dommages d'une particulière gravité (25 %); le même régime est applicable aux dommages causés par les infections nosocomiales. Il serait judicieux de penser à étendre ce régime législatif à la Polynésie française dont les habitants ne sont aujourd'hui protégés que par quelques bribes législatives.

§ 2 – Les exceptions législatives

À plusieurs reprises, le législateur est intervenu pour prévoir des régimes d'indemnisation fondés sur la solidarité nationale. Tel est le cas de la loi du 1^{er} juillet 1964 relative aux vaccinations obligatoires, aujourd'hui supplantée par la loi du 4 mars 2002²¹⁴⁴, qui n'a pas d'équivalent en Polynésie française, même si plusieurs délibérations rendent obligatoires diverses vaccinations²¹⁴⁵. Aucune disposition adoptée localement ne prévoit expressément un engagement de la responsabilité de la collectivité sans faute. Comme pour les vaccins facultatifs, notamment ceux qui sont recommandés par la délibération, la faute devra en principe être recherchée²¹⁴⁶. Mais, là encore, pourra-t-on considérer que les dommages causés révèlent la faute du service ?

1. La transfusion sanguine

La loi du 2 août 1961 établissant la responsabilité sans faute de l'État vis-à-vis des donneurs de sang, élargie par la loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament, a été rendue applicable en Polynésie française par l'arrêté 235 DRCL du 24 mars 1993 la promulguant sur le territoire.

Pour les receveurs, les transfusés, le Conseil d'État avait retenu la responsabilité du service public, même en l'absence de faute²¹⁴⁷. L'article 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses mesures d'ordre social a mis en place un régime spécial et a créé un fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles; ces dispositions ont été rendues applicables en Polynésie française par l'arrêté 75 DRCL du 27 janvier 1992. Parallèlement, le Conseil d'État a admis la responsabilité sans faute des établissements de santé à l'égard des victimes contaminées par le virus HIV lors d'une transfusion sanguine²¹⁴⁸. La contamination par l'hépatite C, antérieurement à la loi du 4 mars 2002, est présumée due à une transfusion sanguine, sauf si une probabilité manifestement plus élevée résulte d'une autre origine²¹⁴⁹. De même pour la responsabilité de l'État du fait de l'organisation du service public de la transfusion sanguine²¹⁵⁰.

L'article L. 1221-14 du Code de la santé publique dans sa rédaction

2144. CSP, art. L. 3111-9.

2145. Délibération n° 95-63 du 23 mai 1995.

2146. CE, 28 janvier 1983, M^{lle} Amblard, Rec. 32.

2147. CE, 15 janvier 2001, AHPH, Rec. 15 (cas d'un centre de transfusion public; pour les centres de transfusion privés, la Cour de cassation imposait l'obligation de fournir aux receveurs des produits exempts de vice». Cass. civ. 1^{re}, 12 avril 1995, Martial c./ CTS Hôpital Purpan, Bull. civ. I, 175.

2148. CE, Ass., 26 mai 1995, Consorts N'Guyen, Rec. 221.

2149. CE, 19 octobre 2011, M. V, n° 339670.

2150. CE, Ass., 9 avril 1993, D. Rec. 110.

initiale est applicable en Polynésie française. La modification introduite par la **Loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la Sécurité sociale pour 2011** n'a pas été étendue à la Polynésie française. Aussi appliquera-t-on une disposition qui ne figure plus au Code sous cette numérotation. Elle dispose que les victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus de l'hépatite C causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de médicaments dérivés du sang réalisée en Polynésie françaises sont indemnisées par l'ONIAM dans les conditions prévues par la loi²¹⁵¹. Dans leur demande d'indemnisation, les victimes ou leurs ayants droit justifient de l'atteinte par le virus de l'hépatite C et des transfusions de produits sanguins ou des injections de médicaments dérivés du sang. L'office recherche les circonstances de la contamination. L'offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis du fait de la contamination est faite à la victime qui dispose du droit d'action en justice contre l'office si sa demande d'indemnisation a été rejetée, si aucune offre ne lui a été présentée dans un délai de six mois à compter du jour où l'office reçoit la justification complète des préjudices ou si elle juge cette offre insuffisante. La transaction à caractère définitif ou la décision juridictionnelle rendue sur l'action en justice prévue au précédent alinéa vaut désistement de toute action juridictionnelle en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle visant à la réparation des mêmes préjudices.

2. Pour la recherche biomédicale

Le régime de faute présumée est complété par un cas exclusif de la faute. En effet, «lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, un accident médical, une affectation iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et en cas de décès, de ses ayants droits au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes effectués dans le cadre d'une recherche biomédicale et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci». Cette disposition a été étendue à la Polynésie française par l'ordonnance n° 2008-1339²¹⁵². Les victimes peuvent être indemnisées par l'ONIAM ; elles s'adressent à la commission de conciliation et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux²¹⁵³. En outre, deux articles du Code pénal relatifs à l'expérimentation sur la personne humaine ont été étendus à la Polynésie française²¹⁵⁴.

2151. Mentionné à l'article L. 1142-22 dans les conditions prévues à la seconde phrase du troisième alinéa de l'article L. 3122-1, aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 3122-2, au premier alinéa de l'article L. 3122-3 et à l'article L. 3122-4.

2152. CSP, art. L. 1142-1 adapté par L. 1544-3 modifié par loi n° 2006-526 non étendu. CSP, art. L. 1142-3 adapté par L. 1544-3.

2153. CSP, art. L. 1142-5 adapté par L. 1544-2 et s (loi du 20 décembre 1988, CSP, art. L. 1121-10).

2154. CP, art. 223-8 et 223-9.

TITRE 2. LES RESPONSABILITÉS PÉNALE ET DISCIPLINAIRE

La première est mise en œuvre par les tribunaux d'État, la seconde par les juridictions ordinales (sous le contrôle du Conseil d'État).

Chapitre 1. La responsabilité pénale

par Gaëtan di Marino

Responsable mais pas coupable... Il est toujours douloureux de voir sa responsabilité pénale engagée dans le cadre de l'activité, quelle qu'elle soit, que l'on exerce au quotidien. L'on supporte, l'on se fait à la responsabilité civile, on la gère au mieux de ses intérêts, on la couvre par le biais de contrats d'assurance. L'on subit la responsabilité pénale, on l'assume personnellement et pleinement, l'on se révolte même parfois lorsque, quittant l'atmosphère feutrée des audiences civiles, on se retrouve brutalement propulsé dans le circuit répressif : police, gendarmerie, enquête, instruction, prétoire pénal sans compter les effets déplorables d'une médiatisation quelquefois poussée à outrance. Les enjeux ne sont plus les mêmes : au-delà de la tâche qu'imprime une condamnation prononcée par une juridiction répressive, il y a tout un cortège de conséquences qui minent souvent le professionnel s'y trouvant confronté, cela va du casier judiciaire à l'interdiction d'exercer en passant par l'amende, l'emprisonnement, le plus souvent avec sursis, mais quelquefois même ferme. Il n'est plus question alors de gérer les difficultés en s'appuyant sur une bonne couverture contractuelle.

En un mot, la mise en jeu de la responsabilité pénale des professionnels est toujours un épisode très mal vécu quelle que soit, au demeurant, son issue. Les médecins n'échappent pas à la règle. Ils ont même, bien souvent, le sentiment à cet égard de faire l'objet d'une sollicitation pénale plus fréquente que les membres d'autres professions. Le contact avec la réalité montre que ce sentiment est loin d'être dénué de tout fondement ; on évoque parfois une sorte de mode qui nous viendrait d'Outre-Atlantique, encore que la littérature nord-américaine montre que sur ce continent, c'est avant tout la responsabilité civile qui se trouve engagée²¹⁵⁵.

Un fait est en tout cas certain et incontournable. On ne manque pas de Jurisprudence en matière de responsabilité pénale médicale. Si peu d'arrêts sont publiés au Bulletin criminel, les arrêts « inédits », c'est-à-dire qui n'ont pas les honneurs du Bulletin, sont relativement nombreux. La raison en est simple. Il s'agit souvent d'arrêts de rejet calés sur l'appréciation souveraine des juges du fond. On dispose donc en la matière d'un corpus jurisprudentiel bien établi et relativement stable. Il n'y a pas, en matière pénale, de bouleversement du type de

2155. Lamy – *Droit de la santé*, Tome II, A. Laude, J.-L. Mouralis et J.M. Pontier, « Verbis – Responsabilité pénale de droit commun », n° 540 et suivants.

ceux que l'on a eu à connaître dans le domaine voisin de la responsabilité civile. C'est plutôt le législateur, au travers de quelques textes, qui a ouvert de nouvelles perspectives pour tenir compte de l'évolution des idées et des mœurs.

Le domaine de la responsabilité médicale est en tout cas extrêmement vaste, si vaste qu'il ne saurait être question, en une brève monographie, de donner un aperçu détaillé, complet et précis de la matière. Un traité, à n'en pas douter volumineux, serait de loin mieux adapté. Dissserter en quelques pages de la responsabilité pénale médicale, c'est plutôt sacrifier l'exposé exhaustif à une vision globalisée cherchant à livrer l'une des clefs permettant une appréhension transversale de la matière. La responsabilité médicale n'est à l'évidence que l'une des formes de la responsabilité pénale en général. Une fois cette lapalissade posée, une interrogation s'impose. Cette responsabilité pénale emprunte-t-elle les chemins du droit commun ou, à l'inverse, s'en écarte-t-elle pour suivre une voie qui lui serait spécifique? Un double phénomène semble se dessiner au fil des années, à savoir, d'une part, une responsabilité pénale médicale fermement ancrée dans le droit commun (I) et, d'autre part, une responsabilité pénale modulée dans quelques cas limités pour tenir compte de motifs impérieux (II).

Section 1. Une responsabilité ancrée dans le droit commun

par Gaëtan di Marino

Formuler l'idée selon laquelle la responsabilité médicale est soumise à un régime spécifique n'a, en soi, rien de surprenant. Le simple fait d'employer l'expression « responsabilité pénale médicale » suffit à nourrir cette idée.

Toutes les professions existantes ne donnent pas lieu au recours à une expression contractée du même type ou, à tout le moins, en règle générale à un usage aussi répandu. Cette expression semble donc de prime abord recouvrir un concept juridique particulier. À cela s'ajoutent les dispositions de l'article 56-3 du Code de procédure pénale aux termes desquelles « les perquisitions dans le cabinet d'un médecin sont effectuées par un magistrat en présence de la personne responsable de l'Ordre ». Peu de professions, il est vrai, jouissent d'un tel régime. Mis à part les médecins, seuls les avocats, les journalistes, les notaires et les huissiers ont droit, à cet égard, à un traitement particulier.

Il faut cependant se garder des apparences. Procéduralement, le médecin relève bien du droit commun. S'agissant des règles de fond, on parvient à l'étude des textes et de la Jurisprudence à un constat du même ordre. Que l'on se place sous l'angle des principes généraux qui gouvernent le droit pénal général (A) ou sous l'angle des infractions susceptibles d'être imputées à un membre du corps médical, c'est-à-dire du droit pénal spécial (B), on ne peut que constater un fort ancrage de la responsabilité médicale dans le droit commun.

A/ Au regard du droit pénal général

Il ne saurait être question de reprendre une à une toutes les règles de droit pénal général pour constater leur pleine adéquation à la matière médicale. On

retrouve, en ce domaine l'ensemble des principes qui servent de fondement au droit pénal général commun, tels le principe de légalité des délits et des peines, le principe de l'interprétation stricte des textes répressifs, le principe de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères et le principe de la rétroactivité *in mitius*.

Certains principes prennent cependant un relief particulier lorsqu'ils touchent à une activité médicale. On pense notamment au principe de l'indifférence du consentement de la victime dans les atteintes volontaires à la vie, ou encore au principe de la responsabilité pénale personnelle. La question de l'euthanasie étant traitée plus loin, on se contentera d'illustrer l'ancrage de la responsabilité médicale dans le droit pénal commun général, à partir de la manière dont la jurisprudence a appliqué le principe de la responsabilité pénale personnelle aux médecins.

Le premier article du Titre II du Code pénal consacré à la responsabilité pénale est l'article 121-1 aux termes duquel « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». On ne peut s'empêcher de rapprocher ce texte de l'article R. 4127-69 du Code de la santé publique qui précise que « l'exercice de la médecine est personnel » et que « chaque médecin est responsable de ses décisions et de ses actes ». Certes les deux textes appréhendent la question sous des angles différents, mais on ne peut que constater leur parfaite concordance et leur parfaite harmonie.

Très rapidement la question de la pertinence et de la portée de cette règle fondamentale de la responsabilité pénale s'est posée en matière de responsabilité pénale médicale. Cette règle résiste-t-elle à l'hypothèse où l'acte médical n'est pas accompli isolément, mais au sein d'une équipe ? Le chef de service peut-il endosser une sorte de responsabilité pénale du fait d'autrui pour des actes accomplis par d'autres intervenants mais dans son service ? Par ailleurs, au sein d'une équipe médicale, peut-on appliquer ce principe avec la même rigueur lorsque se trouvent simultanément présents, un médecin confirmé et un interne ? Enfin, comment s'opère, au sein d'une équipe médicale, la répartition de la responsabilité pénale ?

Inlassablement, les juridictions du fond et, dans la foulée, la Chambre criminelle, le plus souvent par une simple référence à l'appréciation souveraine des juges du fond, recherchent, intervenant par intervenant, si la faute pénale en cause peut être imputée à un ou plusieurs d'entre eux.

À titre d'exemple, dans une affaire où les parents d'un nouveau-né reprochaient tout à la fois au chef de service et aux membres d'une équipe médicale de néo-natologie diverses fautes constitutives, selon eux, du délit de blessures involontaires, la Chambre criminelle, reprenant les termes utilisés par les juges du fond, mentionne, pour rejeter le pourvoi, « qu'ainsi que l'a énoncé le magistrat instructeur, aucun élément ne permet d'établir que les soins prodigués à X par l'équipe médicale de néonatalogie de la maternité régionale de Nancy, et particulièrement par le chef de service, le professeur Z, qui ont consisté en des réanimations fréquentes et un traitement, ont été contraires aux données de la science et qu'ils aient été à l'origine de l'état de santé de l'enfant ». Elle ajoute que « l'expertise réalisée à la demande du magistrat instructeur a permis

d'établir qu'aucune faute constitutive du délit de BI ou de toute infraction [...] imputable au professeur Z (chef de service) ou à tout autre intervenant du service de néonatalogie de la maternité régionale de Nancy ne peut être retenue»²¹⁵⁶.

Ce n'est pas parce qu'un médecin a la qualité de chef de service qu'il doit assumer toutes les fautes qui ont été commises au sein de ce dernier. Ainsi, un chef de service ne peut se voir imputer le mauvais positionnement d'une sonde d'intubation ayant entraîné un arrêt circulatoire et une atteinte hypoxique irréversible du cerveau de la patiente, acte réalisé par un étudiant en médecine en stage dans le service aux lieu et place de l'interne de spécialité attaché au service, dès l'instant où «ni le dossier, ni les débats n'ont établi que le chef de service aurait participé au processus de désignation de l'étudiant en cause»²¹⁵⁷.

Ce n'est qu'en cas de dysfonctionnement du service dont le chef de service serait responsable que des blessures ou un décès, pourraient, le cas échéant, lui être imputés, ou, éventuellement, être imputé à la personne morale au sein de laquelle travaille le chef de service et l'équipe médicale²¹⁵⁸.

Dans le même ordre d'idée, l'interne assume personnellement les fautes pénales qu'il aurait commises dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, a été retenu le délit d'homicide involontaire à l'encontre d'un interne de garde qui, ayant pris connaissance des résultats biologiques prescrits lors de l'admission du malade, lesquels révélaient des taux très élevés de potassium, d'urée et de créatinine permettant de diagnostiquer une hyperkaliémie majeure, sans consulter le médecin qui avait prescrit l'hospitalisation, ni son chef de service et sans entrer en contact avec un responsable du laboratoire, s'était borné à réduire la perfusion de potassium et à ordonner, tardivement, un nouvel examen biologique, au lieu d'interrompre la perfusion et d'organiser le transfert immédiat du patient dans une unité de soins intensifs²¹⁵⁹.

On ne saurait évoquer, pour faire échapper l'interne à sa responsabilité pénale personnelle, le fait qu'il serait un «débutant» et «non un praticien confirmé», comme l'a souligné la Cour de cassation dans une affaire où la relaxe a pourtant été prononcée, selon elle à juste titre, par la Cour d'appel, sur la base d'autres motifs que ceux jugés «erronés mais surabondants tirés de l'incompétence du praticien»²¹⁶⁰.

Une hésitation a pu naître quant à la portée de la responsabilité de l'interne en l'état de l'article R. 6153-3 al. 1 du Code de la santé publique aux termes duquel «l'interne en médecine exerce des fonctions de prévention, de diagnostic et de soins, par délégation et sous la responsabilité du praticien dont il relève».

Il faut préciser que ce texte ne vaut que pour la responsabilité civile et ne saurait exclure la responsabilité pénale de l'interne²¹⁶¹. Pourtant quelques décisions ont pu générer un certain doute. Ainsi en est-il d'un arrêt de la Chambre

2156. Crim. 6 septembre 2011, pourvoi n° 10-88 597.

2157. Crim. 28 mars 2001, pourvoi n° 00/00692.

2158. Crim. 2 mai 2012, pourvoi n° 11-86573, Crim. 2 décembre 2008, pourvoi n° 08-83177, Crim. 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543.

2159. Crim. 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 02-81872, Droit pénal 2003, Comm. 110 obs. M. Véron.

2160. Crim. 22 mai 2007, pourvoi n° 06.84 034.

2161. En ce sens : pourvoi n° 540-205.

criminelle²¹⁶² concernant, il convient de le souligner, la seule action civile. En l'espèce, une patiente était décédée lors d'une coelioscopie pratiquée en vue de rechercher l'origine de douleurs pelviennes par un gynécologue de l'hôpital assisté d'une interne. L'information devait établir que la mort de la patiente était due à une hémorragie secondaire à une plaie chirurgicale de l'aorte, l'incision cutanée pratiquée par l'interne sous le contrôle du gynécologue, premier geste de la coelioscopie, étant responsable de la plaie vasculaire. La Chambre de l'instruction infirmait l'ordonnance de non-lieu rendue par le magistrat instructeur et renvoyait cette interne et ce gynécologue devant le Tribunal correctionnel du chef d'homicide involontaire, la première pour avoir directement causé la mort de la patiente et le second pour l'avoir indirectement causé en commettant une faute caractérisée. L'interne fut relaxée et le gynécologue déclaré coupable. Ce dernier interjeta appel, de même que, contre lui seul, le ministère public et les parties civiles ; la cour d'appel infirma le jugement et relaxa le gynécologue au motif que le retard de diagnostic erroné dans un premier temps pouvant lui être reproché s'expliquait et ne pouvait être considéré comme fautif au regard des données de la connaissance médicale. La Cour de cassation a cassé et annulé en toutes ses dispositions relatives à l'action civile l'arrêt de la Cour d'appel au motif « qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le prévenu, auquel il incombait de contrôler l'acte pratiqué par l'interne, n'avait pas commis une faute entretenant un lien direct de causalité avec la mort de la patiente, la Cour d'appel n'avait pas justifié sa décision ». Cette décision, publiée au Bulletin a été rendue au visa des articles 121-3 et 221-6 du Code pénal, 460 et 513 du Code de procédure pénale. Elle ne concerne bien entendu, et il faut le souligner, que les seuls intérêts civils. Mais il n'en reste pas moins que le tribunal correctionnel a relaxé l'interne et que le ministère public n'a pas cru bon de faire appel contre cette décision de relaxe.

La portée de cette décision demeurerait limitée si elle ne faisait suite à un arrêt de la Chambre criminelle du 3 mai 2006 qui avait déjà conduit à des interrogations en doctrine²¹⁶³.

À l'inverse du cas précédent, ce n'était pas la seule responsabilité civile qui était en cause, mais bien la responsabilité pénale d'un interne. Un patient, entré au Centre hospitalier de Mamau, avait été opéré entre 8 h et 18 h 45 d'une thyroïdectomie par un interne, Pierre X et son « patron », Philippe Y, puis placé en salle de réveil sous la surveillance de l'anesthésiste de garde. Peu après son réveil, vers 19 h 20, le malade ayant fait une importante hémorragie, l'anesthésiste avait aussitôt prévenu à plusieurs reprises les deux chirurgiens, lesquels avaient, consécutivement à un début d'asphyxie suivi d'un arrêt cardiaque momentané vers 2 h 30, finalement pris la décision d'opérer le patient une nouvelle fois entre 4 h et 6 h 45. Celui-ci devait décéder à la suite d'une complication hémorragique cervicale avec hématome compressif. Poursuivis du chef d'homicide involontaire, Philippe Y et Pierre X furent relaxés par le tribunal correctionnel. Sur les appels du ministère public et des parties civiles, l'un et l'autre furent déclarés coupables

2162. Crim. 10 février 2009, pourvoi n° 08-80679 publié au Bulletin.

2163. Crim 3 mai 2006, pourvoi n° 05-82591, Bulletin crim. n° 117, GP 8-9 décembre 2006 p 47, Obs. C. David, *RSC* 2006 p. 827, Obs. Y. Mayaud.

aux termes d'un arrêt reprochant aux deux médecins d'être intervenus avec retard pour évacuer l'hématome apparu peu après l'arrivée du malade en salle de réveil.

La Cour de cassation devait rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Papeete par Philippe Y (le patron), mais, en revanche, a cassé cet arrêt en ses seules dispositions concernant Pierre X, l'interne en ces termes « que pour condamner Pierre X, l'arrêt retient que s'étant rendus dès 19 h 30, avec le docteur Y, au chevet du patient, après l'alerte donnée par le médecin anesthésiste et ayant constaté l'hémorragie, il avait eu conscience de la nécessité de pratiquer immédiatement une intervention chirurgicale destinée à résorber l'hématome ; que les juges en concluent que l'inaction du prévenu, pendant plusieurs heures, alors qu'il ne pouvait ignorer le risque auquel il exposait le patient, était constitutive d'une faute caractérisée à l'origine de la mort de la victime ; mais, attendu qu'en se déterminant ainsi, sans répondre aux conclusions du prévenu, qui faisait valoir que la décision de reprise chirurgicale appartenait à Philippe Y. en sa qualité de chef de service, et non pas à lui-même, qui exerçait ses fonctions en qualité d'interne, par délégation et sous la responsabilité du praticien dont il relevait, la cour d'appel n'avait pas justifié sa décision ».

Certes, pour casser l'arrêt de la cour d'appel, la Chambre criminelle s'est fondée sur un défaut de réponse aux conclusions, mais il n'en reste pas moins, d'une part, que l'arrêt de la Chambre criminelle publié au Bulletin vise expressément l'article R. 6153-3 du Code de la santé publique issu de l'article 3 du décret n° 99 930 du 10 novembre 1999 fixant le statut des internes en médecine et, d'autre part, que l'arrêt reprend les termes de l'arrêt d'appel qui oppose l'interne et son « patron » (entre guillemets dans le texte de l'arrêt). On notera enfin que dans les deux derniers arrêts cités, l'interne avait accompli ses fonctions en présence du praticien sous la responsabilité duquel il agissait et que l'ascendant de ce praticien sur l'interne pourrait être considéré comme ayant pour effet de concentrer la responsabilité de l'acte médical accompli sur ce dernier. Cela est sans doute tout à fait satisfaisant sur le plan civil, mais n'est pas pleinement convaincant sur le plan pénal.

Au-delà du positionnement de l'interne, se pose de manière plus générale la question de la responsabilité pénale personnelle au regard du travail médical en équipe ; on pense tout naturellement, en premier lieu, à la répartition de cette responsabilité entre le chirurgien et l'anesthésiste, mais, également, entre l'anesthésiste et le médecin accoucheur, ou encore, entre le médecin et les autres intervenants tels que les infirmières. Là encore, l'on en revient au principe de la responsabilité personnelle avec la possibilité, en l'état de la faute commise, d'aboutir, le cas échéant, à un cumul de responsabilités pénales.

L'évolution de la Jurisprudence relative au couple chirurgien-anesthésiste est à cet égard tout à fait probante. Après avoir, pendant un certain temps, considéré que le chirurgien, en tant que chef de l'équipe médicale, était responsable des accidents d'anesthésie, la Jurisprudence, aux termes d'un long marathon judiciaire, a fini par revenir à plus d'orthodoxie juridique. Elle distingue désormais ce qui relève de l'acte chirurgical de ce qui relève de l'acte d'anesthésie, tout en soulignant que la faute relevée à l'encontre du médecin anesthésiste n'exclut pas nécessairement celle du chirurgien et que, si

la surveillance post-opératoire incombe à l'anesthésiste pour ce qui concerne sa spécialité, le chirurgien n'en demeure pas moins tenu, à cet égard, d'une obligation générale de prudence et de diligence²¹⁶⁴. Ce revirement concernait une affaire où l'on avait retenu la responsabilité pénale du chirurgien, pour avoir quitté la clinique sans s'être assuré de la présence d'un anesthésiste qualifié pour assister au réveil de la personne opérée. Depuis ce revirement, la Jurisprudence recherche de manière constante la responsabilité pénale personnelle de chacun des intervenants dans le comportement fautif relevé. Ainsi, après avoir admis que la responsabilité de l'anesthésiste n'excluait pas celle du chirurgien, elle a tout naturellement considéré que la faute du chirurgien n'excluait pas nécessairement celle de l'anesthésiste. À la suite du décès d'une patiente admise en urgence à l'hôpital afin d'y subir une ablation de la vésicule biliaire sous coelioscopie, le chirurgien ayant procédé à l'intervention avait été condamné pénalement pour une erreur de diagnostic en présence d'une hémorragie post-opératoire dont les signes auraient dû le conduire à réintervenir en urgence. L'anesthésiste, également condamné dans cette affaire s'était pourvu en cassation. Pour retenir sa responsabilité pénale, la Chambre criminelle relève d'une part qu'il s'était incliné devant la décision erronée de son confrère chirurgien sans se faire communiquer les résultats de l'échographie abdominale qu'il avait lui-même prescrite après avoir fait un diagnostic exact de la complication post-opératoire et, d'autre part, qu'il s'était abstenu de contacter, soit le chirurgien responsable de l'opération, qui avait quitté l'établissement, soit le chirurgien de garde en vue d'une nouvelle opération dont il avait compris la nécessité²¹⁶⁵.

S'agissant de l'équipe médecin-accoucheur et anesthésiste, un arrêt récent manifeste également la volonté de la Jurisprudence de cibler les fautes pénales personnelles de chacun des intervenants. En l'espèce, un médecin-accoucheur et un anesthésiste avaient été condamnés par la Chambre des appels correctionnels pour une faute de surveillance ayant retardé la décision de transfusion sanguine et d'intervention chirurgicale qui aurait pu empêcher le décès de la victime. Seul, le médecin accoucheur s'était pourvu en cassation. Il faisait valoir notamment qu'il avait remis, après l'accouchement, la patiente entre les mains de deux professionnels, à savoir une sage-femme et un anesthésiste. Son pourvoi a été rejeté au motif, notamment, qu'il n'avait pas « mis en situation son confrère de mesurer le risque spécifique existant » eu égard à la manière inhabituelle dont s'était déroulé l'accouchement. On peut lire dans cet arrêt : « Si la surveillance de la patiente relevait bien de la responsabilité de l'équipe médicale, il n'en convient pas moins de s'attarder au rôle de chacun selon les prescriptions de l'art médical »²¹⁶⁶.

2164. Cour d'appel Paris 24 février 1984, *JCP* 1984-II-20 303, note A. Dosner-Dolivet, *Crim.* 10 mai 1984, pourvoi n° 83-91 174, *D.* 1985 Jp 256, note J. Penneau, *GP* 1984, II, Jp. 710, note F. Chabas, *JCP* 1984, II, 20.303 note A. Dosner-Dolivet; CA Versailles 4 mars 1985, *GP* 1985, I, Jp. 300; Ass. Plénière 30 mai 1986, pourvoi n° 85-91-432 – Bull. Ass. Plénière n° 174, *D.* 1987 – Jp. 109, note J. Penneau, *GP* 1986, II, Jp. 508, *RSC* 1986 p. 851, Obs G. Levasseur, Adde G. di Marino « La responsabilité pénale des membres de l'équipe d'anesthésie » dans *Problèmes actuels de science criminelle*, Vol VIII, PUAM, 1995.

2165. *Crim.* 29 juin 2010, pourvoi n° 09-87.448.

2166. *Crim.* 7 février 2012, pourvoi n° 11-80 820.

C'est à partir de cette même méthodologie, conforme à celle à laquelle on a recours en droit commun, que la Chambre criminelle procède à l'imputation de la responsabilité pénale lorsque sont en cause un médecin et un autre intervenant tel qu'un infirmier. Ainsi, ont été déclarés coupables d'homicides involontaires un médecin et un infirmier dans une espèce où deux patients, placés en caisson hyperbares suite à une intoxication au monoxyde de carbone, avaient perdu successivement connaissance à la fin de la séance et étaient décédés sans avoir pu être réanimés. La Cour d'appel, pour condamner le médecin et le cadre infirmier a relevé que « méconnaissant l'obligation de surveillance qui leur incombait, ces derniers, en se dispensant de tout suivi en temps réel de la séance d'oxygénothérapie, en s'abstenant d'assurer une présence médicale constante auprès de leurs deux patients et en décidant d'accélérer en urgence le déroulement de la phase de décompression au regard de symptômes qui ne le justifiaient nullement, ont, l'un comme l'autre, commis des fautes en relation directe avec le décès de leurs deux patients »²¹⁶⁷.

Aucun membre de l'équipe médicale n'échappe donc au principe de droit commun de la responsabilité pénale personnelle. C'est cette même adéquation au droit commun que l'on retrouve en ce qui concerne les règles de droit pénal spécial.

B/ Au regard du droit pénal spécial

On ne saurait contester l'existence d'un droit pénal spécial propre aux activités médicales, auquel la doctrine a donné le nom de « droit pénal sanitaire ». Cependant, l'existence de ce droit pénal spécial ad hoc ne saurait être l'arbre qui cache la forêt. Le droit pénal spécial commun demeure la base essentielle des poursuites pénales à l'encontre des médecins. On pense tout naturellement en priorité aux infractions liées aux atteintes involontaires à l'intégrité ou à la vie d'une personne qui constituent le noyau dur des poursuites pénales (b). Mais on ne peut négliger pour autant les autres infractions de droit commun à caractère volontaire dont l'acte médical peut servir de prétexte ou de contexte (a). Dans l'un comme dans l'autre cas, on retrouve un enracinement manifeste dans le droit commun.

a) Le cas des infractions intentionnelles

Il ne s'agit pas ici de procéder à un inventaire de toutes les hypothèses dans lesquelles la responsabilité pénale du médecin peut se trouver engagée. L'actualité judiciaire montre que la réalité dépasse souvent en la matière tout ce que la doctrine aurait pu imaginer. On pense notamment à l'affaire du sang contaminé qui a nourri de savantes études et d'intéressantes décisions touchant au délit de tromperie et d'empoisonnement²¹⁶⁸.

2167. Crim. 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-83179, Droit pénal 2007, comm. 49, Obs M. Véron, Adde Crim. 26 juin 2001, pourvoi n° 00-87816, Droit pénal 2001, Comm 124, Obs. M. Véron.

2168. T Co de Paris, 23 octobre 1992, D. 1993, Jp 222 note A Prothais, J. P. Delmas-Saint Hilaire : « Sang contaminé et qualification pénale... avariée », GP 1992 Doct. 673, J. P. Delmas-Saint Hilaire :

Mais au-delà de ce type de cas au retentissement exceptionnel, posant de délicats problèmes de qualification pénale, la responsabilité pénale du médecin peut être engagée pour une multitude d'infraction de droit commun allant des agressions sexuelles à l'abus de faiblesse, à la discrimination, en passant par l'escroquerie et le faux. Dans tous les cas, la Jurisprudence procède à une analyse on ne peut plus classique des éléments constitutifs de l'infraction pour se prononcer sur la responsabilité pénale du médecin.

Pour ne s'en tenir qu'à l'exemple du faux (art. 441-1 et suivants du Code pénal) et de son corollaire le faux certificat médical (art. 441-8 du Code pénal) on retrouve une analyse classique des éléments constitutifs de ces infractions, que ce soit à propos de la définition du faux matériel et du faux intellectuel, ou encore de la preuve de la fausseté du fait. Ainsi, a-t-on pu considérer que la fausseté d'un certificat médical n'était pas rapportée lorsqu'un médecin de famille, généraliste, ayant des entretiens fréquents avec un patient, avait attesté en toute bonne foi que l'état de ce dernier lui permettait actuellement de s'occuper de sa vie professionnelle et privée, même si des investigations ultérieures plus poussées devaient montrer qu'il était atteint de la maladie d'Alzheimer, dans la mesure où cette maladie « évoluait à bas bruit »²¹⁶⁹. De même échappe à la qualification de faux un certificat dans lequel un médecin atteste avoir examiné un patient sans préciser la date de consultation, même si le patient n'a pas été examiné le jour de l'établissement matériel dudit certificat, mais à une date antérieure²¹⁷⁰. De même, encore, ne peut être considéré comme un faux certificat médical, un certificat établi par un médecin suivant une patiente depuis plusieurs mois et attestant qu'elle présente « des troubles psychiques réactionnels en lien avec son travail, harcèlement moral nécessitant une mise à distance » dès lors que l'état mental de cette patiente est le seul fait matériel attesté par le médecin et qu'il n'affirme pas avoir lui-même constaté l'existence de ce harcèlement moral²¹⁷¹.

En revanche, a été considéré comme un faux certificat médical, le certificat dans lequel un médecin atteste avoir administré à un enfant le vaccin trivalent contre la diphtérie, le tétanos et la polyomyélite, alors que cet enfant, hospitalisé après avoir contracté le tétanos et dont les examens sérologiques pratiqués ont montré qu'il n'était pas immunisé, vivait au sein d'une communauté dénommée Horus hostile aux vaccins considérés comme nuisibles à la santé et que le médecin attestant était soumis à l'influence de la fondatrice de cette communauté²¹⁷². La parfaite intégration dans le droit commun de la Jurisprudence relative aux infractions volontaires commises par le médecin à l'occasion de ses fonctions conduit bien souvent la doctrine à illustrer ses développements relatifs à telle

« La mort : la grande absente de la décision rendue dans l'affaire du sang contaminé par le Tribunal Co. de Paris », GP, 1993, I, Doctr. 257 ; CA Paris 13^e chambre section A, 13 juillet 1993, *D.* 1994, Jp 118, note A Prothais, J. P. Delmas-Saint Hilaire : « L'homicide assassiné », GP 1994 Doctr. 173, *Crim.* 22 juin 1994, pourvoi n° 93-83.900, *Bull. crim.* n° 248, *D.* 1995 p 85, note A. Prothais, GP 1994, Doctr. 1135, note J. P. Delmas Saint Hilaire, *JCP* 1994, II, 22 310, note M. L. Rassat, *RSC* 1995, p. 347, Obs. Y. Mayaud.

2169. *Crim.* 4 juin 2009, pourvoi n° 08-85.630.

2170. *Crim.* 3 décembre 2008, pourvoi n° 08-82704.

2171. *Crim.* 8 avril 2008, pourvoi n° 07-84.037.

2172. *Crim.* 20 juin 2010, pourvoi n° 99-85 177.

ou telle infraction générique notamment à partir d'espèces où sont en cause des médecins. Cette observation se vérifie de manière encore plus éclatante lorsqu'on examine le cas des infractions involontaires.

b) Le cas des infractions non intentionnelles

Dans la majorité des cas, la responsabilité pénale du médecin est engagée parce qu'il a commis une atteinte non intentionnelle à la vie ou à l'intégrité corporelle. Se pose alors le délicat problème de la causalité qui permet ou non de retenir le médecin dans les liens de la prévention. On dispose en la matière d'une Jurisprudence abondante, univoque et parfaitement conforme au droit commun de la causalité pénale. Il faut, de manière classique, que la causalité soit certaine, directe et, sous certaines conditions, indirecte.

L'exigence du caractère certain de la causalité distingue la responsabilité pénale de la responsabilité civile. Cette exigence est parfaitement illustrée par un arrêt de la Chambre criminelle du 18 septembre 2007²¹⁷³. Une jeune femme avait été prise en charge à 2 h 55 après avoir troublé son voisinage par ses cris et avoir causé un début d'inondation. Elle avait été conduite dans un car de police-secours au service des urgences de l'hôpital Bichat, où, à 4 h 10, le psychiatre de permanence, après un bref entretien avec elle, et en l'absence de tout examen somatique, avait préconisé son transfert à l'infirmerie psychiatrique de la préfecture de police. Au cours de ce transport, après deux stations, l'une au commissariat du 16^e arrondissement, où un rapport relatif à ce transfert avait été établi, l'autre au siège de la première délégation de police judiciaire, dans le 17^e arrondissement, où se trouvait le commissariat de permanence, cette jeune femme avait été victime, à 5 h 30, dans le véhicule de police, d'un malaise dû à une hypothermie à la suite duquel la décision avait été prise de la conduire à l'hôpital Cochin. Des manœuvres de réanimation avaient été vainement entreprises sur la malade. À l'issue de l'information, le psychiatre, qui avait reçu l'intéressée, fut poursuivi pour homicide involontaire. Ce médecin fut relaxé au motif « qu'il n'existait pas de lien de causalité certain entre, d'une part, la faute de négligence qu'il avait commise en ne se préoccupant pas de l'état somatique de la patiente, avant de préconiser son transfert à l'infirmerie de la préfecture de police et, d'autre part, l'hypothermie qui avait entraîné le décès »²¹⁷⁴.

L'exigence de la certitude de la causalité conduit la Chambre criminelle, là encore à l'opposé de la jurisprudence civile²¹⁷⁵, à refuser d'admettre la responsabilité pénale en cas de simple perte de chance de survie. Ainsi en est-il dans un arrêt du 22 mai 2007²¹⁷⁶ concernant le décès d'une adolescente de 16 ans qui, reçue en consultation par un interne du service de gynécologie de l'hôpital de CREIL se plaignant de douleurs abdominales et dont la mère

2173. Crim. 18 septembre 2007, pourvoi n° 07-80.037.

2174. Cf. également Crim. 11 janvier 1990, pourvoi n° 88-84501, Droit pénal 1990, Comm. 219, RSC 1990 p 786, Obs. G. Levasseur, Crim. 11 avril 1991, pourvoi n° 90-81.787, Droit pénal 1991, comm. 311, Crim. 3 janvier 1996, pourvoi n° 94-85925, Droit pénal 1996, Comm. 100, Crim. 21 janvier 2003, pourvoi n° 02-83.835.

2175. Crim. 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-87.821.

2176. Crim. 22 mai 2007, pourvoi n° 06-84 034.

expliquait qu'elle avait elle-même constaté l'apparition au niveau de la vulve de sa fille d'une excroissance dure et violacée de plusieurs centimètres qui s'était rétractée dans la cavité vaginale. Le praticien, à l'issue d'un examen visuel et d'un toucher rectal, avait conclu à l'absence d'anomalie. Trois mois plus tard, des prélèvements et un examen au scanner, réalisés à l'initiative d'un autre médecin, devaient conduire à diagnostiquer une tumeur cancéreuse, dont la jeune fille décédait le 30 novembre 1999, en dépit des soins qui lui avaient été prodigués. Pour rejeter le pourvoi contre l'arrêt ayant relaxé l'interne du service de gynécologie, la Chambre criminelle reprend la motivation de la Cour d'appel selon laquelle « si la négligence du prévenu a pu priver la victime d'une chance de survie, il n'est pas démontré qu'elle est une cause certaine du décès »²¹⁷⁷.

En dehors du caractère certain du dommage, il faut, pour engager la responsabilité pénale médicale, qu'existe un lien de causalité entre la faute et le dommage.

Lorsque le lien de causalité est direct, la responsabilité pénale du médecin est engagée en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que ce médecin n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences, ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait conformément à l'article 121-3 al. 3 du Code pénal.

À cela s'ajoute la faute de maladresse ou d'inattention prévue aux articles 221-6 et 222-19 du Code pénal. Ce sont les dispositions du droit commun qui reçoivent application pour déterminer le caractère direct du lien de causalité et pour définir la faute. Les exemples jurisprudentiels ne manquent pas en la matière. À titre d'exemple, ont été considérées comme des fautes en lien direct avec le dommage subi par le patient, le fait pour un médecin accoucheur, dans un contexte alarmant de grave défaut d'oxygénation du fœtus, de s'être, non seulement abstenu de pratiquer une césarienne, mais, encore, d'avoir eu recours à l'usage d'une ventouse obstétricale pendant une durée excessive, provoquant une souffrance fœtale aiguë ayant engendré le décès²¹⁷⁸ ; le fait, pour un chirurgien, à l'occasion d'une intervention sur une prothèse de la hanche, au cours de laquelle est survenue une double interruption vasculaire artérielle et veineuse à l'origine d'un état d'ischémie aiguë du membre inférieur non diagnostiqué, d'avoir fait preuve de graves négligences dans le suivi de la patiente en n'ordonnant pas d'examens complémentaires et en ne donnant pas de consignes précises, alors que lui était signalée la persistance de symptômes de pied froid et marbré, puis en retardant le transfert de la patiente permettant une prise en charge vasculaire²¹⁷⁹ ; le fait, en l'état d'un patient atteint d'une hémorragie digestive aiguë, de

2177. Dans le même sens : Crim. 9 janvier 1979, pourvoi n° 78-91.666, JCP 1980, II, 19272, note F. Chabas, *RSC* 1980 p. 433, Obs. G. Levasseur ; Crim. 20 mars 1996, pourvoi n° 95-81.168, Bull. crim. 119 ; Crim. 20 novembre 1996, pourvoi n° 95-85.013, Bull. crim. 417, *Droit pénal* 1997, comm 34 ; Crim. 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 02-81.872, *Droit pénal* 2003, comm 110 ; Crim. 22 mars 2005, pourvoi n° 04-84.459, *Droit pénal* 2005, comm 103, Obs. M. Véron ; Crim. 29 novembre 2006, pourvoi n° 05-80.017, GP 10 juin 2006 n° spécial 1 p. 40, note D. Viriot-Barrial.

2178. Crim. 13 décembre 2011, pourvoi n° 11-82.313.

2179. Crim. 16 novembre 2010 pourvoi n° 09-87.296.

n'avoir pas su profiter d'un répit temporaire pour opérer le patient, non encore décompensé malgré les saignements prolongés mais dont l'hypoxie s'accroissait et d'avoir persisté dans une expectative porteuse d'un danger extrême²¹⁸⁰.

Lorsque le médecin n'a pas causé directement le dommage, la loi Fauchon du 10 juillet 2000, qui a entraîné la modification de l'article 121-3 du Code pénal, doit recevoir application. Désormais, en cas de faute non intentionnelle «les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer».

Ces nouvelles exigences, conçues au départ par le législateur pour venir en aide aux élus qui estimaient leur responsabilité pénale trop étendue, ont une portée générale et s'appliquent donc aux médecins. Dans un premier temps, l'on a pu croire que la modification législative ainsi intervenue aurait dans la foulée pour conséquence d'alléger la responsabilité des médecins. Très rapidement cependant, il est apparu qu'il n'en était rien ou quasiment rien²¹⁸¹. Ce constat ne tient pas au fait que la jurisprudence s'écarterait du droit commun en matière de responsabilité pénale médicale mais à la nature même de la responsabilité médicale.

La simple lecture des recueils de Jurisprudence montre tout d'abord, comme on pouvait s'y attendre, que ce n'est pas la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement qui sert, en règle générale, de référence aux décisions rendues en matière de responsabilité médicale. Cela tient au fait que le médecin n'est pas, comme c'est le cas pour d'autres professions, enfermé dans un maillage législatif ou réglementaire tel qu'il ouvre la voie fréquemment à ce type d'hypothèse.

À l'inverse, une étude jurisprudentielle montre que la faute caractérisée est au cœur du débat. Toute la question à l'origine était de savoir si la Chambre criminelle allait laisser une large latitude aux juridictions du fond pour apprécier la faute caractérisée ou allait adopter des critères précis et incontournables pour la définir. La tentation de la technique de l'appréciation souveraine a été d'autant plus grande que le problème posé est factuel et complexe. Ont été considérées comme des fautes caractérisées :

- le fait, pour un médecin régulateur du Samu, de choisir, après avoir procédé de manière rapide, superficielle et incomplète à l'interrogatoire téléphonique de l'épouse du patient, d'envoyer un médecin de quartier dépourvu de moyens d'intervention nécessaire plutôt que l'une des trois ambulances du

2180. Crim. 5 avril 2005, pourvoi n° 04-85.503.

2181. Y. Lachaud, « Causalité indirecte et faute qualifiée en responsabilité médicale », GP 2001, II, Doctr. 1352 ; M. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000 », JCP 2002, I, 149 ; F. Alt-Maes, « Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit médical » JCP 2004, I, 184 ; F. Alt-Maes, « La grande illusion : la dépenalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin », dans *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1.

service médical d'urgence alors disponibles²¹⁸² ;

- le fait, pour un anesthésiste, d'avoir omis, pendant la période de plus de 16 heures qui s'était écoulée entre le moment où il avait ordonné le transfert de l'enfant de la salle de réveil à sa chambre et celui du décès, de rendre visite à la patiente et de procéder à l'examen clinique qu'imposaient tant la mention de «petits problèmes d'hémostase à surveiller» portée au dossier par le chirurgien, que l'état de somnolence persistant et les vomissements mentionnés par l'infirmière sur la feuille de surveillance post-opératoire, ce qui avait eu pour effet de l'empêcher de diagnostiquer et de traiter la complication post-opératoire à laquelle l'enfant a succombé²¹⁸³ ;

- le fait, pour un pédiatre d'astreinte, de ne pas avoir procédé à la visite habituelle de l'après-midi ou de la soirée, d'avoir prescrit par téléphone un traitement non approprié, et, enfin, de ne pas s'être déplacé pendant la nuit en l'état du compte rendu qui lui a été fait de l'état du patient et de son bilan biologique, lesquels ne pouvaient que l'alerter sur le danger de mort couru par l'enfant²¹⁸⁴ ;

- le fait, pour un médecin, d'avoir prescrit un traitement de méthadone pendant un mois, sans ordonner des analyses de sang et d'urine pouvant mettre en évidence la prise d'autres substances médicamenteuses ou vénéneuses contre-indiquées avec la prise de méthadone, sans procéder à un examen médical approfondi pour rechercher des traces de piqûres ou d'irritation des narines et sans remettre un document informant le patient des dangers de ce produit²¹⁸⁵ ;

- le fait, pour un chirurgien orthopédiste de garde à son domicile, avisé de l'hospitalisation d'un patient pour lequel le médecin urgentiste avait diagnostiqué une fracture ouverte des deux os de l'avant-bras gauche, une fracture fermée, déplacée du fémur gauche avec une grosse cuisse, des troubles sensitivo-moteurs au bas de la jambe fracturée et du pied gauche, une absence de pouls distaux, de ne s'être déplacé que cinq heures après avoir été avisé²¹⁸⁶ ;

- le fait, pour un médecin anesthésiste, d'avoir commis une faute de surveillance ayant retardé la décision de transfusion et d'intervention chirurgicale qui aurait pu empêcher le décès de la patiente qui venait d'accoucher²¹⁸⁷.

La distinction entre la causalité directe et indirecte n'est pas toujours évidente qu'il n'y paraît de prime abord. Mais la Cour de cassation parvient à redresser sans casser les choix erronés auxquels auraient procédé à cet égard les juges du fond. Ainsi peut-on lire dans un arrêt du 18 mars 2008 : «Si c'est à tort que les juges énoncent que la faute de Jacques X est la cause directe des décès, la censure n'est pas pour autant encourue dès lors qu'il résulte de leurs propres

2182 Crim. 2 décembre 2003, pourvoi n° 02-85.254.

2183 Crim. 29 novembre 2005, pourvoi n° 05-80.017.

2184 Crim. 18 mai 2005, pourvoi n° 04-83.347.

2185 Crim. 18 mars 2008, pourvoi n° 07-83.666.

2186 Crim. 14 mai 2008, pourvoi n° 07-84.696.

2187 Crim. 12 novembre 2008, pourvoi 08-82.424 ; dans le même sens : Crim. 7 février 2012, pourvoi 11-80.820.

constatations que le prévenu, qui a contribué à créer la situation ayant permis la réalisation des dommages et qui n'a pas pris les mesures permettant de les éviter, a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer»²¹⁸⁸.

Cette jurisprudence n'est pas propre à la responsabilité pénale médicale mais s'applique à tous les cas où les juges du fond ont opéré un choix erroné quant au caractère direct ou indirect du lien de causalité, tout en relevant l'existence d'une faute caractérisée.

On constate donc un parfait alignement de la Jurisprudence pénale médicale sur la Jurisprudence de droit commun. S'il fallait encore en donner une illustration récente, on peut citer une décision du tribunal de grande instance de Nanterre du 12 janvier 2012²¹⁸⁹. En l'espèce, un médecin était poursuivi pour avoir involontairement causé une incapacité totale de travail supérieure à trois mois sur un patient, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, en l'espèce en ayant, au cours de l'intervention chirurgicale qu'il avait réalisée, atteint les voies sensibles pelviennes, en ayant utilisé pour cette intervention un bio-matériau différent de celui proposé lors de consultations préalables et dont il n'était pas établi de façon documentée qu'il était adapté à l'intervention qu'il pratiquait, cette intervention ayant été réalisée sans une information suffisante du patient quant aux possibilités de dysérection et sans consultation psychiatrique préalable, ce qui s'imposait, s'agissant d'une chirurgie esthétique et au regard des principes posés pour les interventions de cette nature, sur le fondement des articles 222-19, 222-44 et 222-46 du Code pénal. Le conseil du médecin devait déposer avant toute défense au fond une question prioritaire de constitutionnalité à propos des dispositions de l'article 222-19 du Code pénal en ces termes :

«Les dispositions de l'article 222-19 du Code pénal qui ne définit pas de manière objective l'élément matériel de l'infraction de violences, en ce qu'il ne précise pas les critères permettant de déterminer l'incapacité totale de travail ni d'en calculer la durée, notamment lorsqu'elle est la conséquence d'un trouble dépressif, tout en contraignant les juges à déléguer à des experts, voire à des sachants, le soin d'en constater l'existence, la consistance et la durée, sont-elles ou non conformes au principe de légalité des délits et des peines garanti par l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et, à ce titre, contraires ou non à la Constitution de la république ?»

La Chambre criminelle a rendu, le 3 avril 2012, une ordonnance de non-lieu à renvoi de cette question au conseil constitutionnel au motif que «la question posée ne présentait pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors que l'appréciation de l'existence d'une incapacité totale de travail et de la durée de celle-ci, qui conditionne les poursuites aux termes de l'article 222-19 du Code pénal, relèvent de l'office du juge qui n'est pas tenu d'adopter les appréciations des certificats médicaux produits ou des expertises réalisées, et se prononcent au vu des éléments de fait dont il dispose»²¹⁹⁰.

2188. Crim. 18 mars 2008, pourvoi n° 07-83.666.

2189. TGI Nanterre 12^e Chambre, 12 janvier 2012, n° de registre 05850 38076.

2190. Crim. 3 avril 2012, n° E.12.90.005, n° 2275.

Là encore, la Chambre criminelle ne fait que reprendre une jurisprudence classique appliquée en dehors de l'hypothèse de la responsabilité pénale médicale et selon laquelle le juge n'est pas tenu d'adopter le point de vue exprimé dans les certificats médicaux produits²¹⁹¹

Cette identification de la responsabilité pénale médicale à la responsabilité pénale de droit commun n'empêche cependant pas que de manière ponctuelle des faits justificatifs viennent moduler cette responsabilité.

Section 2. Une responsabilité modulée à partir des faits justificatifs

par Gaëtan di Marino

La spécificité de l'activité médicale nécessite que l'on dispose d'un moyen permettant d'assurer la coexistence de cette spécificité avec les règles déontologiques et éthiques bien souvent en cause. Aux termes de l'article 122-4 al. 1 du Code pénal, n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. C'est grâce au recours à ces faits justificatifs légaux (A) complétés par les faits justificatifs jurisprudentiels (B) que l'on est parvenu à assurer un équilibre entre la responsabilité pénale et les exigences quotidiennes de l'activité médicale.

A/ Le recours aux faits justificatifs légaux

Les obligations pesant sur le médecin sont, par rapport à celles d'autres professionnels, bien lourdes. Sans focaliser outre mesure sur le fait qu'il tient entre ses mains la santé et la vie du patient, sans faire de lui le seul et l'unique confident de son patient, sa tâche est loin d'être simple ; on ne peut que constater que son rôle, à ces deux niveaux, est parfois périlleux. Il n'y a rien d'étonnant dès lors à ce que le législateur, conscient de la difficulté de la tâche, se soit engagé dans la voie des faits justificatifs.

S'agissant de la fin de vie du patient, à l'inverse de certains autres pays européens, comme la Belgique, le législateur français n'a, pour l'instant, pas voulu s'engager dans la voie de la légalisation de l'euthanasie. Sur le plan strictement juridique, le médecin qui, pour soulager un malade, en phase terminale et avec son consentement, lui donnerait la mort commettrait un meurtre (article 221-1 du Code pénal) ou, plus précisément, un assassinat puisque, par hypothèse, l'acte a été commis « avec préméditation » (article 221-3 du Code pénal), une telle décision supposant, à l'évidence, une réflexion, souvent longue et, en tout cas, intense, préalable. De manière classique, on ne pourrait invoquer, pour contester l'existence de l'élément moral, le mobile qui animait le médecin, ni davantage le consentement de la victime. L'article 4127-38, alinéa 2 du Code de la santé publique le rappelle d'ailleurs sans la moindre ambiguïté : le médecin « n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort ».

2191. Cf. par exemple : Crim. 20 février 1995, Droit pénal 1995 n° 138.

Toutefois, sans légaliser à proprement parler l'euthanasie, la loi n° 2002-203 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, a mis en place des faits justificatifs qui allègent considérablement la responsabilité pénale du médecin, notamment pour les soins dispensés aux patients atteints de maladies incurables en fin de vie. Ces faits justificatifs permettent, entre autres, d'échapper à des poursuites du chef d'omission de porter secours, mais, aussi, pour atteintes volontaires à la vie.

C'est tout d'abord le cas de l'alinéa 2 de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique aux termes duquel les actes de prévention, d'investigation ou de soins 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. Tout naturellement, le texte ajoute que dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins *ad hoc*. Ce texte donne une solution claire au dilemme absence de soin/acharnement thérapeutique que certains contentieux antérieurs avaient révélé²¹⁹². Il laisse une certaine latitude au médecin dans la mesure où l'arrêt et la limitation des traitements en cause sont une simple possibilité offerte au praticien.

C'est ensuite le cas des articles L. 1111-4 et L. 1111-13 du Code de la santé publique. Ces textes visent l'hypothèse où le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté. La limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut alors, conformément à l'article L. 1111-4 al. 5, être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le Code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical. Quant à l'article L. 1111-13 du Code de la santé publique, il reprend la disposition qui précède en visant toujours la personne hors d'état d'exprimer sa volonté, mais en ajoutant « en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause ».

Là encore, le fait justificatif offre seulement au médecin une simple « possibilité » d'agir de la sorte tout en échappant à sa responsabilité pénale, mais à la condition *sine qua non* de respecter scrupuleusement le processus imposé par la loi.

Avec le troisième fait justificatif, on sort de la simple autorisation de la loi laissant au médecin une faculté d'appréciation et de décision, pour en venir à l'ordre de la loi.

Si l'article R. 4127-9 du Code de la santé publique met à la charge du médecin « le devoir de porter assistance au malade et de s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires » avec toutes les obligations sanctionnées pénalement qui en découlent, l'article L. 1111-10 du Code de la santé publique apporte une limite très importante à ce principe : « Lorsqu'une personne en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des

2192. Cf. par exemple : Crim., 6 septembre 2011 – pourvoi n° 10-88.597.

conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical ». Dans ce cas, là encore, tout naturellement, le médecin devra sauvegarder la dignité du mourant et assurer la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins *ad hoc*.

En un mot, la décision du malade en fin de vie de limiter ou d'arrêter tout traitement s'impose au médecin. Ce fait justificatif met le médecin à l'abri de toute poursuite pour délaisement d'une personne hors d'état de se protéger en raison de son état prévue à l'article 223-3 du Code pénal. La responsabilité pénale du médecin cède devant la décision du malade quant à la gestion de sa fin de vie, laquelle pourra faire l'objet de directives anticipées rédigées par ce dernier (article L. 1111-11 du Code de la santé publique) ou de la désignation d'une personne de confiance qui sera consultée si nécessaire (art. L. 1111-6 et art. L. 1111-12 du Code de la santé publique).

La fin de vie du patient n'est pas le seul domaine où des faits justificatifs légaux sont appelés à intervenir pour moduler la responsabilité pénale du médecin. Ainsi, le secret professionnel cède, comme le précisent l'article 226-14 du Code pénal et l'article L. 1110-4 al. 2 du Code de la santé publique, lorsque la loi impose ou autorise la révélation du secret. À titre d'exemple, ne peut voir sa responsabilité pénale engagée le médecin qui informe les autorités judiciaires ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles dont il a eu connaissance et qui ont été faites à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique (article 226-14-1° du Code pénal); le médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises, étant précisé que lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire (article 226-14-2° du Code pénal); le médecin qui informe le préfet et, à Paris, le préfet de police, du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui, des personnes qui le consultent et dont il sait qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une (article 226-14-3° du Code pénal); le médecin qui, dans le cadre d'une recherche médicale, transmet des données nominatives qu'il détient dans le cadre d'un traitement automatisé de données autorisées en application de l'article 40-1 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (article 40-3 modifié par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et transféré par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004).

Dans le même ordre d'idée, on notera que l'article 60-1 du Code de procédure pénale, dans le cadre de l'enquête de flagrance, et que l'article 77-11 de ce même Code dans le cadre de l'enquête préliminaire, prévoient que le Procureur de la République et l'officier de police judiciaire, selon le cas de son propre chef ou sur autorisation du Procureur de la République, peuvent, par tout moyen, requérir de toute personne, et donc du médecin, qui serait susceptible de détenir des documents intéressant l'enquête, y compris ceux issus d'un système informatique

ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse leur être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Toutefois, le texte ajoute que, lorsque les réquisitions concernent un médecin, la remise des documents ne peut intervenir qu'avec son accord, ce qui constitue un fait justificatif permettant au médecin d'échapper à la sanction pénale (une amende de 3 750 euros) qui s'applique à ceux qui refuseraient de déférer à cette réquisition.

B/ Le recours aux faits justificatifs jurisprudentiels

Si les textes législatifs et réglementaires se sont multipliés avec le temps pour tenir compte et adopter, par le biais des faits justificatifs, la responsabilité pénale du médecin, la Jurisprudence a, elle aussi, choisi cette voie pour parvenir à alléger la responsabilité de ce dernier.

L'exemple le plus frappant à cet égard concerne la référence aux droits de la défense pour justifier un comportement qui, normalement, devrait recevoir une qualification pénale. Étant soumis au respect du secret professionnel, des médecins ont été embarrassés pour assurer leur défense dans la mesure où celle-ci, pour être efficace, supposait la révélation d'éléments tirés du dossier de leur patient. Aucun texte ne résout expressément la question. Cependant, soit en se fondant sur la notion générale de fait justificatif, soit en se fondant plus précisément sur l'état de nécessité, l'on admet, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que l'exercice des droits de la défense rend quelquefois nécessaire la révélation de faits couverts par le secret professionnel²¹⁹³. Ainsi ne se rend pas coupable de violation du secret professionnel le médecin opposant à un document médical dont il est fait usage contre lui, un autre document médical dont les énonciations le précisent, le complètent et permettent donc de contester certaines appréciations²¹⁹⁴.

Bien entendu, il convient que les révélations touchant au secret professionnel restent strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense. Ainsi, un psychiatre, qui avait été précédemment poursuivi du chef d'agression sexuelle sur mineur de 15 ans, et relaxé définitivement pour ces faits, avait cité devant le tribunal correctionnel les auteurs d'une attestation qu'il estimait fausse, en annexant à la citation plusieurs pièces du dossier médical et psychologique du fils des prévenus, majeur protégé, présent dans l'établissement où il intervenait à la date des faits dont il avait été accusé. Les prévenus demandèrent aux juges d'écarter ces pièces des débats au motif qu'en les produisant, ce médecin avait révélé des informations à caractère secret dont il était dépositaire par profession. La Chambre des appels correctionnels rejeta ce moyen sur le fondement de l'article 427 du Code de procédure pénale et entra en voie de condamnation à l'encontre de l'un des prévenus. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation au visa des articles 226-13, 441-7 du Code pénal, 427 du Code de procédure pénale, 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif « qu'en prononçant ainsi, sans rechercher si l'examen public et contradictoire devant la juridiction

2193. CA Douai, 26 octobre 1951, GP 1951-2-425-Crim., 20 décembre 1967 ; pourvoi n° 68-85.304, D. 1269, JP 309, note E. Lepointe, RSC 1968 p. 343, Obs. G. Levasseur.

2194. CA Paris, 16 février 1966, D. 1966-618.

correctionnelle, à la demande du médecin de l'établissement qui avait pris en charge Jean-Claude Y., de pièces de son dossier médico-social, couvert par le secret professionnel, constituait une mesure nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision»²¹⁹⁵.

À la vérité, cette Jurisprudence n'est pas spécifique au médecin, mais s'applique à tous ceux qui sont soumis au secret professionnel, comme, par exemple, à l'avocat²¹⁹⁶. Même pour les faits justificatifs, qui, certes, assouplissent le droit applicable au médecin, à bon escient, on en revient finalement au droit commun.

Faut-il se plaindre de cette tendance générale en matière de droit pénal à raccrocher la responsabilité médicale au droit commun ? Rien n'est moins certain. Il ne s'agit pas, comme certains pourraient le penser, de fondre cette responsabilité dans la masse aux dépens du corps médical. Vouloir construire une responsabilité *pro domo* aboutirait non à améliorer le sort du médecin, mais à l'aggraver. Globalement, l'on est parvenu à trouver un équilibre à l'image du droit commun qui permet de cibler les fautes les plus graves. Le nombre de non-lieu prononcés par les juges d'instruction, par les chambres de l'instruction et confirmés par la Chambre criminelle en matière de responsabilité pénale médicale montre que l'on est loin d'un tout répressif.

Certes, quelques décisions paraissent de prime abord particulièrement sévères ou emblématiques, comme, par exemple, cet arrêt de la chambre criminelle du 18 mai 2005, confirmant une décision de la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion condamnant un médecin pour homicide involontaire à une peine de 8 mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve durant 3 ans, assortie de l'obligation de se soumettre à une psychothérapie, d'indemniser les parties civiles et de s'abstenir d'entrer en contact direct avec les parties²¹⁹⁷. Mais il faut compter sur la sagesse du juge qui sait adapter sa décision aux circonstances quelquefois surprenantes de l'affaire qui lui est soumise. Par ailleurs, le législateur a su, avec doigté, dans ce domaine si délicat et si intime qu'est l'art médical, apporter les correctifs qu'imposaient les évolutions scientifiques et sociétales. Sans doute d'autres étapes seront franchies, mais la prudence commande en ce domaine une profonde réflexion... tant il est vrai que le mieux est, parfois, l'ennemi du bien.

Chapitre 2. La responsabilité disciplinaire

par Antoine Leca

L'Ordre des médecins a un pouvoir disciplinaire sur ses membres. C'est là un trait commun à toute l'organisation ordinale. D'ailleurs, dès la création en métropole d'une (éphémère) structure ordinale commune pour les

2195. Crim., 24 avril 2007, pourvoi n°06-88.051, Bull. crim. n°108 RSC 2007, p.815, Obs. Y Mayaud, comp. TGI Paris, 26 juin 1998, BICC 1998-1390.

2196. Crim., 16 mai 2000, pourvoi n°99-85.304, Bull. crim. n°192.

2197. Crim., 18 mai 2005, pourvoi n°04-83.347.

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

La particularité du système disciplinaire est que ce pouvoir de régulation s'exerce à travers une juridiction qui est indépendante des instances administratives de l'Ordre (les Conseils en métropole, le COMPf en Polynésie française) afin de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, et notamment avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit à un procès équitable (qui ne permet pas aux administrateurs de l'Ordre d'être à la fois juges et parties).

Cette juridiction a été formée. Elle attend encore de l'être pour d'autres professions de santé comme les pharmaciens, privés de chambre de discipline en état de fonctionner.

Section 1. Les juridictions disciplinaires et les conditions de leur saisine

par Antoine Leca

En métropole, les chambres de discipline – séparées des conseils de l'Ordre depuis 2002 – sont des juridictions administratives²¹⁹⁸ qui connaissent des manquements à la déontologie professionnelle. Il en est de même en Polynésie française, où la création de la chambre de discipline dès 2000²¹⁹⁹ a précédé celle du conseil de l'Ordre local en 2004²²⁰⁰.

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 »²²⁰¹. 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 multiforme.

Négativement, d'abord, un fait sans rapport avec la profession ne peut donner lieu à une sanction disciplinaire²²⁰².

Positivement, les manquements à la déontologie professionnelle peuvent

2198. CE, 25 janvier 1980, Rec. p. 50 ; Nancy, 25 juin 1950, Dalloz, 1950, p. 305.

2199. CSP, art. L. 4441-2 ss. (O. n° 2000-190 du 2 mars 2000 relative aux chambres de discipline des Ordres des médecins, chirurgiens-dentistes, sages femmes, pharmaciens de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française).

2200. Délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 relative aux conseils des Ordres des médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes (*JOPF*, 26 février).

2201. J. Moreau, D. Truchet, *Droit de la santé publique*, op. cit., p. 84.

2202. CE, 4 janvier 1952, Docteur Simon, Rec., p. 13.

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.

C'est tellement vrai que toute condamnation pénale devenue définitive prononcée contre un médecin (un chirurgien-dentiste, une sage-femme, un masseur kinésithérapeute ou un pédicure-podologue) 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 disciplinaire²²⁰³. 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 les divers Codes de déontologie existants, à commencer par le Code de déontologie de la Polynésie française²²⁰⁴. Mais à la différence de l'exigence de légalité de l'incrimination consacrée au pénal, les fautes professionnelles énumérées dans les Codes 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 juridictions ordinales peuvent toujours sanctionner en tant que fautes professionnelles des manquements à des règles qui ne figurent pas explicitement dans de tels documents²²⁰⁵.

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

En premier lieu, alors que classiquement un patient ne pouvait jamais mettre en œuvre une telle procédure, la loi du 4 mars 2002 a introduit cette possibilité.

En second lieu, la requête peut, comme avant 2002, émaner d'un professionnel du même Ordre, du Conseil national de celui-ci, d'un syndicat professionnel, du ministre chargé de la Santé, du représentant de l'État dans le département, du directeur général de la DASS (aujourd'hui de l'agence régionale de santé), du procureur de la République²²⁰⁶.

En Polynésie, sous l'empire de l'**ordonnance n°2000-190 du 2 mars 2000**, seuls «le Conseil national ou l'organe de l'Ordre des médecins de Polynésie française à la suite de plainte ou de leur propre initiative, les syndicats de médecins, le Haut-commissaire, le procureur de la République, l'autorité exécutive de la Polynésie et les médecins» pouvait saisir la chambre. **En d'autres termes, le patient ne pouvait pas agir directement**²²⁰⁷. Mais depuis les dispositions rectificatives de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 «portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires» (HPST), les plaintes formées par les patients, la CPS ou un de ses médecins conseils, les associations de défense des droits des patients, des usagers du système de santé ou des personnes en situation de précarité, et portées devant... l'Ordre...

2203. CSP, art. L. 4126-6 (adapté à la PF par l'art. L. 4441-4).

2204. Délibération n°96-115 APF du 10 octobre 1996 portant Code de déontologie médicale de la Polynésie française, *JOPF* n°43 du 24 octobre, p. 1830.

2205. CE, 8 novembre 1999, M.G., n°191630.

2206. CSP, art. L. 4124-2 (O. n°2010-177 du 23 février 2010).

2207. CSPPF, art. L. 417 (O. n°2000-190 du 2 mars 2000).

déclenchent l'action disciplinaire²²⁰⁸.

À y regarder de près, seuls les praticiens privés sont concernés par les plaintes des particuliers, les praticiens hospitaliers ayant la qualité de fonctionnaires territoriaux échappant en effet aux plaintes directement formulées contre eux par les patients. La loi précise en effet que « les médecins chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'Ordre de la Polynésie française ne peuvent être traduits devant la Chambre de discipline de première instance, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le représentant de l'État²²⁰⁹, le procureur de la République, le Conseil national de l'Ordre ou l'organe de l'Ordre au tableau duquel le praticien est inscrit, ou par le président de la Polynésie française »²²¹⁰. C'est là le calque de la règle en vigueur en métropole par laquelle un médecin chargé d'un exercice public ne peut être poursuivi à l'occasion des actes de sa fonction publique que par le ministre de la santé, le directeur régional de la santé ou le procureur de la République²²¹¹.

Section 2. Le déroulement de l'instance devant la chambre de discipline et les sanctions possibles²²¹²

par Antoine Leca

En métropole, la plainte est traditionnellement déposée devant le CDOM qui ne fait que la recevoir pour la transmettre (sans pouvoir la classer), avec son avis motivé, à la chambre disciplinaire de première instance, qui siège auprès dudit conseil départemental, sans cependant s'identifier à lui²²¹³, tout comme la Chambre de discipline nationale siège auprès du Conseil national sans se confondre avec lui²²¹⁴. En Polynésie, la plainte est portée devant l'organe administratif de l'Ordre (le COMPf) et son président la transmet à la Chambre de discipline dans un délai d'un mois²²¹⁵.

Dans l'Hexagone, la composition et les modalités d'élection des chambres disciplinaires sont désormais régies par le décret n° 2006-269 du 7 mars 2006. Comme ce texte n'est pas applicable à la Polynésie française, il faut, pour connaître localement les règles gouvernant la matière, se reporter à l'ordonnance

2208. CSP, art. L. 4441-5 (O. n° 2010-331 du 25 mars 2010).

2209. Le Haut-commissaire de la République en Polynésie française.

2210. Décret n° 52-964 du 28 juillet 1952 rendant obligatoire aux TOM et aux territoires sous tutelle du Cameroun et du Togo 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, complétée par la loi n° 49-757 du 9 juin 1949 et modifiée par la loi n° 51-443 du 19 avril 1951, *JOEFO*, 31 octobre 1952, art. 35 ; CSPPF, art. L. 418 (O. n° 2000-190 du 2 mars 2000).

2211. CSP, art. L. 4124-2 (O. n° 2010-177 du 23 février 2010).

2212. CSP, art. L. 4132-7 (O. n° 2005-1040 du 26 août 2005).

2213. CSP, art. L. 4132-5 (O. n° 2005-1040 du 26 août 2005).

2214. CSP, art. L. 4124-1 (adapté à la Polynésie française par l'art. L. 4441-5).

2215. 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, titre 1^{er}, chapitre III – « De la discipline » et titre 2 – « Fonctionnement de la section disciplinaire », modifiée par la loi n° 51-443 du 19 avril 1951, *JOEFO*, 31 octobre 1952.

du 24 septembre 1945²²¹⁶, révisée par un certain nombre de textes postérieurs, notamment l'ordonnance du 2 mars 2000 qui a fondé la chambre de discipline de l'Ordre des médecins de la Polynésie française²²¹⁷. Dans ce texte, celle-ci était « composée de cinq membres titulaires et de cinq membres suppléants élus en son sein par l'assemblée générale des médecins inscrits au dernier tableau publié par l'organe de l'Ordre [...]. La chambre de discipline ne peut valablement siéger que si cinq de ses membres sont présents. La chambre s'adjoit un conseiller juridique avec voix consultative qui peut être, à son gré, 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 dans le ressort territorial duquel se trouve le siège de la chambre, 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. Les membres titulaires et suppléants de la chambre de discipline sont élus pour six ans et renouvelables tous les trois ans par fraction de deux ou de trois membres. Les membres sortants sont rééligibles »²²¹⁸. L'ordonnance n° 2003-166 du 27 février 2003 prise pour l'application outre-mer de cette loi a ramené le nombre de membres à quatre titulaires et quatre suppléants (au lieu de cinq). Désormais, la Chambre doit être « 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 »²²¹⁹, dans le but d'authentifier l'impartialité des décisions (alors que dans sa version initiale antérieure à 2003²²²⁰, il était simplement prévu que la Chambre s'adjoigne un conseiller juridique avec voix consultative pouvant être, à son gré, soit un membre du corps des juridictions administratives autres que le Conseil d'État, soit un magistrat de l'Ordre judiciaire, soit un avocat inscrit au barreau)²²²¹.

La séparation entre la chambre et l'organe de l'Ordre est assurée par la règle selon laquelle « les fonctions de membre de la chambre de discipline sont incompatibles avec celles de membre titulaire de l'organe de l'Ordre »²²²².

La procédure suivie devant cette instance 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 deux décrets²²²³ incorporés au Code de la

2216. O. n° 2000-190 du 2 mars 2000 relative aux chambres de discipline des Ordres des médecins, chirurgiens-dentistes, sages femmes, pharmaciens de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française (*JORF* n° 55 du 5 mars 2000).

2217. Pour plus de détails, cf. CSPPF art. L. 471 (O. n° 2000-190 du 2 mars 2000).

2218. CSP, art. L. 4441-2 (O. n° 2010-331 du 25 mars 2010).

2219. ACSP, art. L. 471 alinéa 3.

2220. Teva Jeanette, *L'Ordre des médecins en Polynésie française – Spécificités et enjeux au regard du principe de spécialité législative*, Mémoire Master Droit des régulations économiques, UPF, 2009-2010, p. 34-35.

2221. CSPPF, art. L. 471-1 (O. n° 2000-190 du 2 mars 2000).

2222. Décret n° 93-181 du 4 février 1993 pour les médecins, chirurgiens-dentistes, sages femmes, masseurs-kinésithérapeutes et pédicures-podologues et décret n° 97-908 du 6 octobre 1995 pour les pharmaciens.

2223. CSP, art. R. 5025 et R. 5037.

santé publique²²²⁴.

La procédure est enfermée dans un délai de six mois²²²⁵.

À défaut, le président de la Chambre disciplinaire nationale peut transmettre la plainte à une autre chambre disciplinaire de première instance²²²⁶.

La décision disciplinaire doit être motivée. Un appel est possible dans un délai de trente jours devant la Chambre de discipline nationale (auquel trente jours supplémentaires s'ajoutent en Polynésie). Cet appel doit être lui-même motivé²²²⁷ et a un effet suspensif.

Traditionnellement, les particuliers, n'étant pas parties à l'instance, ne pouvaient interjeter appel²²²⁸, mais la loi du 4 mars 2002 leur a accordé cette possibilité en métropole²²²⁹. Ce texte récent impose une tentative de conciliation après la plainte ; la saisine de la Chambre disciplinaire n'intervenant plus que dans un second temps²²³⁰. Ces dispositions ont été appliquées à la Polynésie. Il y a également été instauré une procédure de conciliation obligatoire lorsque le président du Conseil de l'Ordre est saisi par « toute personne qui s'estime victime d'un refus de soins illégitime ». Cette conciliation est menée par une commission composée de médecins membres du conseil qui ont trois mois pour aboutir à une solution. En cas d'échec de la conciliation et passé le délai de trois mois, le dépôt de plainte entraîne le déclenchement de l'action disciplinaire²²³¹.

Dans l'Hexagone, la CHDN est saisie en appel des décisions des CHDPI²²³². Sauf exception, cet appel est suspensif²²³³. La décision peut enfin faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'État. Cantonné à une fonction de cassation, le Conseil d'État n'apprécie pas l'adéquation de la sanction à la faute²²³⁴. Cependant, depuis la loi du 31 décembre 1987 (art. 11), la haute instance peut statuer elle-même au fond après cassation.

En Polynésie française (comme en Nouvelle-Calédonie), où il existe une Chambre de discipline depuis la réforme de 2000²²³⁵, l'appel des décisions de celle-ci est également interjeté devant la CHDN²²³⁶.

En vertu du principe d'indépendance des poursuites, les poursuites

2224. CSPPF, art. L. 471 (O. n° 2000-190 du 2 mars 2000), CSP, art. L. 4124-1 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002), adapté à la Polynésie française par l'art. L. 4441-5.

2225. CSP, art. L. 4124-1 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002), adapté à la Polynésie française par l'art. L. 4441-5.

2226. CE, 25 janvier 1980, Gras, Rec., p. 50.

2227. CE, 22 janvier 1958, 10 décembre 1958, 19 octobre 1979...

2228. CSP, art. L. 4122-3, § 2, non applicable en Polynésie française.

2229. CSP, art. L. 4123-2, non applicable en Polynésie française.

2230. CSP, art. L. 1110-3 (L. n° 2009-879 du 21 juillet 2009).

2231. CSP, art. L. 4122-3-III/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, non applicable en Polynésie française.

2232. CSP, art. L. 4122-3-II/ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, non applicable en Polynésie française.

2233. CE, 22 novembre 1967, Dalloz 1969, p. 51. Et plus récemment : CE, 30 janvier 2002, 4 / 6 SSR, n° 203328.

2234. CSP, art. L. 4441-2 ss. (Ord. n° 2000-190 du 2 mars 2000 relative aux chambres de discipline des Ordres des médecins, chirurgiens-dentistes, sages femmes, pharmaciens de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française).

2235. CSP, art. L. 4124-6 al. 5 (adapté à la Polynésie française par les art. L. 4441-7 et L. 4441-10).

2236. CSP, art. L. 4126-5 (adapté à la Polynésie française par l'art. L. 4441-9) à propos des médecins, mais il en va de même pour les autres professions de santé dotées d'un Ordre.

disciplinaires devant l'Ordre sont indépendantes de toute autre²²³⁷. Elles n'entravent pas le déroulement d'autres procédures devant d'autres tribunaux²²³⁸. Il n'y a pas d'autorité du disciplinaire sur le civil ni inversement²²³⁹. 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 disciplinaire²²⁴⁰.

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 entrant dans les catégories exclues du bénéfice de l'amnistie)²²⁴¹. En revanche, en raison du principe d'indépendance, une réhabilitation pénale laisse subsister la sanction disciplinaire²²⁴².

Enfin, la chambre de discipline 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 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'Ordre²²⁴³.

En pratique, la Chambre disciplinaire de l'Ordre des médecins de Polynésie française a commencé à traiter le contentieux disciplinaire local à partir du 15 novembre 2001²²⁴⁴. Seul l'avenir permettra de dire dans quelle mesure celle-ci parviendra à concilier les principes déontologiques dont elle est gardienne avec la pratique médicale et la prise en compte des réalités locales. C'est là aussi le défi du droit médical en Polynésie française.

2237. CE, 8 février 1985, Castet, Rec., p. 31.

2238. 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. civ. 1^{re}, 6 octobre 1998, *RTDC* 1999, 393, obs. J. Mestre.

2239. CE, 30 janvier 1963, Schatin, Rec., p. 63.

2240. CE, 31 mai 1963, Conseil national de l'Ordre des médecins, Rec., p. 388 ; CE 25 février 1976, Raynal, Rec., p. 154.

2241. CE, 30 avril 1948, Dessene, Rec., p. 189.

2242. Décret n° 52-964 du 28 juillet 1952 rendant obligatoire aux TOM et aux territoires sous tutelle du Cameroun et du Togo 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, complétée par la loi n° 49-757 du 9 juin 1949 et modifiée par la loi n° 51-443 du 19 avril 1951, *JOEFO*, 31 octobre 1952, art. 36 et CSP, art. L. 4124-6 adapté à la Polynésie française par les art. L. 4441-7 et L. 4441-10.

2243. Teva Jeannette, *L'Ordre des médecins en Polynésie française – Spécificités et enjeux au regard du principe de spécialité législative*, op. cit., p. 33.

2244. En Polynésie, la matière est régie pour l'essentiel par le décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948 relatif au fonctionnement des conseils de l'Ordre des médecins... et de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins (rendu applicable par l'article 15 du décret n° 52-964 du 28 juillet 1952 modifié – *JOEFO* 15 novembre 1956) révisé par la délibération n° 2004-42 APF du 19 février 2004 (*JOPF*, 26 février).

EN GUISE DE CONCLUSION

par Antoine Leca

Au terme de ce panorama, le droit médical applicable en Polynésie française nous apparaît dans toute son étendue.

Trois sous-ensembles se dégagent avec netteté.

La majeure partie de ce vaste ensemble juridique est issue de textes métropolitains²²⁴⁵ et coloniaux²²⁴⁶ dépassés, pour lesquels une refonte serait absolument souhaitable. Le modèle pourrait en être fourni par l'ordonnance n° 2008-858 du 28 août 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit de l'outre-mer²²⁴⁷ qui a notamment abrogé le vieux décret gubernatorial de 1913²²⁴⁸. En effet, ce texte a modernisé le régime de l'hospitalisation des personnes sans leur consentement en Polynésie française, en y introduisant un dispositif législatif présentant des garanties similaires à celles applicables en métropole... du moins à cette date, puisque le dispositif a été refondu depuis par la loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge²²⁴⁹.

Le deuxième champ est celui du droit local qui, pour le meilleur ou pour le pire, est en train d'acquérir une véritable autonomie dans le domaine du droit de la Sécurité sociale.

Selon certains, la métropole pourrait utilement s'inspirer du système de régulation du conventionnement mis en place par la délibération n° 98-164 APF du 15 octobre 1998²²⁵⁰, qui a reconnu ce droit à l'organisme compétent

2245. Par ex. le décret du 20 mai 1940 relatif au contrôle des sérums et vaccins (*JORF* du 26 mai 1940).

2246. Pour la profession d'infirmier et d'infirmière, le statut local repose encore sur les décrets du 19 novembre 1937 portant création d'un corps d'infirmières et de sages-femmes coloniales (Arrêté de promulgation n° 54 C du 19 janvier 1938, *JOEFO*, 1^{er} février 1938), du 19 novembre 1942 portant réorganisation du corps d'infirmières et sages-femmes coloniales (A. de promulgation n° 235 SG du 20 mars 1943), du 22 août 1944 réorganisant le cadre des infirmières et sages-femmes (A. de promulgation n° 787 SG du 13 novembre 1944) revus par le décret n° 59-1050 du 7 septembre 1959 relatif au statut particulier du cadre général des infirmières d'outre-mer (*JORF* du 11 septembre 1959 & rectificatif, *JORF* du 20 septembre 1959).

2247. *JORF*, 29 août 2008.

2248. *JOEFO* 1^{er} septembre 1913.

2249. Heureusement, la loi de 2011 a été en grande partie transposée à la Polynésie française (art. 13 à 17)

2250. *JOPF*, 29 octobre. D'autres délibérations ont suivi : n° 99-87/ APF du 20 mai 1999 relative à la maîtrise du conventionnement des chirurgiens-dentistes libéraux (*JOPF*, 3 juin), n° 99-86/ APF du 20 mai 1999 relative à la maîtrise du conventionnement des infirmiers libéraux (*JOPF* 3 juin), n° 99-85/ APF du 20 mai 1999 relative à la maîtrise du conventionnement des masseurs kinésithérapeutes libéraux.

L'idée est née en Nouvelle-Calédonie qui la première a mis en place un gel du conventionnement (1994-1996). Depuis, la délibération n° 121 du 18 octobre 1996, la collectivité voisine subordonne

localement, la Caisse de Prévoyance sociale. Un gel des conventionnements a été instauré sur les archipels des Île du Vent et des Îles-sous-le-Vent (à l'exception de Maupiti et de Maiao) par cette délibération, complétée par l'arrêté n° 1804 CM du 27 décembre 2000²²⁵¹. Cet arrêté a précisé les cinq zones de conventionnement, afin d'orienter la démographie médicale. Et il a pris soin de prévoir de possibles dérogations si un certain nombre de conditions restrictives se trouvaient réunies²²⁵². La métropole, quant à elle, en est restée à des mesures strictement incitatives²²⁵³ (au moins pour les médecins)²²⁵⁴.

À l'inverse, selon d'autres sources, l'exemple de l'actuel projet de loi de pays sur le médecin traitant, qui se démarque fortement de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004, devrait susciter plus de réserves du fait des vives difficultés qu'il poserait en termes de déontologie médicale.

En tout cas, tout ceci illustre l'originalité grandissante du droit local, écartelé entre deux paramètres contradictoires : le haut niveau de développement sanitaire du pays, qui a été obtenu au prix d'une élévation formidable des dépenses de santé²²⁵⁵... et sa situation économique actuelle, caractérisée par le marasme, la pauvreté d'une grande partie de la population²²⁵⁶ et la tentation évidente de l'organisme gestionnaire de l'assurance-maladie de réduire ses coûts en en faisant peser les sacrifices sur les médecins, mais aussi les malades. La

l'accès au conventionnement à trois critères, appliqués par l'organisme local de protection sociale, la CAFAT : les besoins de santé des habitants des communes hors du Grand Nouméa, l'équilibre financier de l'organisme de protection sociale et la nécessité d'une meilleure répartition géographique de l'offre de soins locale. Le but est de décourager les conventionnements dans le Grand Nouméa, sur-médicalisé, et de pousser les arrivants à s'installer « dans la brousse » encore sous-médicalisée, notamment dans la province Nord.

2251. *JOPF*, 4 janvier 2001, p. 11.

2252. Les critères retenus sont les besoins de la population, le lieu d'installation, la connaissance de la Polynésie française, la maîtrise ou la compréhension de la langue tahitienne, l'exercice antérieur de la profession en PF et la date de la demande (art. 2).

2253. L'avenant n° 20 à la convention nationale médicale du 12 janvier 2005 a ainsi adopté le principe d'une augmentation de 20 % des honoraires des praticiens exerçant dans les zones géographiques déficitaires en médecins. Dans la convention médicale de septembre 2011 le dispositif a été complété par l'option « santé solidarité territoriale » incitant les médecins libéraux des zones surdotées à aider leurs confrères des zones sous-dotées les plus proches.

Marisol Touraine, l'actuelle ministre, ne dit pas autre chose : « Je souhaite privilégier l'incitation à l'installation » (Interview dans *Le Monde*, 14 décembre 2012, p. 9)

2254. Ce n'est pas le cas d'autres professionnels de santé. En effet, les infirmiers en 2008, les sages-femmes et les masseurs-kinésithérapeutes en novembre 2011, les orthophonistes en mars 2012 ont signé, chacun dans leur branche, un avenant conventionnel incluant des mesures de régulation démographique : dans les zones surdotées, l'accès au conventionnement est restreint en fonction du nombre de professionnels déjà installés.

2255. Les dépenses de santé ont plus que doublé entre 1988 et 1995, alors qu'il n'existait pas à cette époque de conventionnement entre la CPS et les professionnels (d'où un remboursement des actes sur la base des tarifs d'autorité, très différents des tarifs pratiqués par les professionnels de santé) ni donc de tiers payant. Depuis que ceci a changé en 1995 avec la signature de la première convention médicale, qui a introduit un remboursement au taux de 80 % du tarif conventionnel (aligné sur les tarifs pratiqués par les professionnels) et le tiers payant avec prise en charge longue maladie-grossesse à 100 %, permettant aux patients de consulter directement dans le secteur privé sans avance de frais, la hausse a explosé.

2256. 27,6 % des Polynésiens vivent en-dessous du seuil de pauvreté monétaire, d'après le rapport 2019 du Cerom (Comptes économiques rapides pour l'outre-mer).

délibération n° 91-49 du 21 février 1991²²⁵⁷ disposait en son article 1^{er} que la Polynésie avait « pour mission de promouvoir, consolider ou rétablir la santé de ses habitants, afin que chacun puisse prétendre au meilleur état de santé qu'il puisse atteindre, dans la limite des moyens économiques, techniques, médicaux, sanitaires et sociaux du territoire »²²⁵⁸. Pourrait-on, en suivant cette pente, admettre que la réduction des moyens disponibles puisse remettre en cause le développement sanitaire du pays obtenu depuis un quart de siècle, et crée une disparité grandissante entre la Polynésie française et la métropole ?

Le troisième champ entrevu dans le vaste espace du droit médical localement applicable s'apprécie en creux : c'est hélas celui des lacunes. Bien souvent malheureusement le législateur républicain a oublié l'outre-mer et les autorités locales n'ont pas voulu ou pas pu suppléer sa carence.

Le droit de l'exercice médical des praticiens à diplôme étranger est clairement posé depuis 2003, notamment les médecins néo-zélandais qui ne peuvent pas exercer sur place²²⁵⁹... mais auxquels on adresse sans problème les assurés sociaux de Polynésie française dans le cadre des évacuations sanitaires.

L'état du droit infirmier ne permet pas d'entrevoir le rôle immense que joue cette profession dans le système de santé des îles : assurément, elle appellerait une véritable réforme.

La « médecine traditionnelle » pourtant si présente sur le terrain est ignorée, réserve faite de la législation sur l'exercice illégal de la médecine rarement appliquée et de la réglementation balbutiante sur les *ra'au tinito* ou remèdes chinois²²⁶⁰. Cette situation n'est pas normale.

On n'en sortira pas sans réfléchir sur les compétences inextricables de l'État de la Polynésie française et de l'Union européenne. En effet, bien que le pays soit formellement compétent dans le domaine du droit civil et de la santé publique, il ne l'est pas pour l'état et la capacité des personnes (ce qui touche à la bioéthique), la collation des grades (dont celui de docteur en médecine), le droit pénal (et donc l'exercice illégal de la médecine), ainsi que pour l'organisation judiciaire, ce qui, pour le moment, rend certaines réformes de droit médical impossibles à mener localement.

Punaauia, le 14 décembre 2012

2257. Texte annulé par jugement 91-144 et 125 du 24/03/1992.

2258. *JOPF* 28 février.

2259. TA Papeete 4 nov. 2003, Ordre des médecins de la Polynésie française c./ Polynésie française relatif à la Convention du 21 mars 2003 entre la CPS et le CHPF qui organisait la venue de chirurgiens néo-zélandais en Polynésie dans le cadre de missions temporaires, pour consulter et opérer des patients polynésiens.

2260. Arrêté n° 2020 CM du 30 décembre 2008 fixant la liste des herboristes agréés en Polynésie. Ces six enseignes ont l'exclusivité pour le commerce des produits de la médecine traditionnelle chinoise. Il s'agit du magasin Anémone, de l'institut Aura, de magasin Ah Hi, du magasin Pacific Natura, du magasin Wing Khong et du magasin Youn Youn (Teva Jeannette, *op. cit.*, p. 49).

ANNEXE : CODE DE DÉONTOLOGIE MÉDICALE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE (DÉLIBÉRATION N° 96-115 APF DU 10 OCTOBRE 1996)

Annexe : CODE DE DÉONTOLOGIE MÉDICALE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

(Délibération n° 96-115 APF du 10 octobre 1996)

Article 1^{er} : Les dispositions du présent Code s'imposent aux médecins inscrits au tableau de l'Ordre 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'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.

TITRE I – Devoirs généraux des médecins

Article 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.

Article 3 : Le médecin doit, en toutes circonstances, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine.

Article 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.

Article 5 : Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit.

Article 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.

Article 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.

Article 8 : Dans les limites fixées par la loi, 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.

Article 9 : Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires.

Article 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, l'accord des intéressés n'est pas nécessaire.

Article 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.

Article 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 la loi.

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 17 : Le médecin ne peut pratiquer un acte d'assistance médicale à

la procréation que dans les cas et conditions prévus par la loi.

Article 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 la loi.

Article 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.

Article 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.

Article 21 : Il est interdit aux médecins, sauf dérogations accordées dans les conditions prévues par la loi, 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.

Article 22 : Tout partage d'honoraires entre médecins est interdit sous quelque forme que ce soit, hormis les cas prévus à l'article 94. L'acceptation, la sollicitation ou l'offre d'un partage d'honoraires, même non suivies d'effet, sont interdites.

Article 23 : Tout compérage entre médecins, entre médecins et pharmaciens, auxiliaires médicaux ou toutes autres personnes physiques ou morales est interdit.

Article 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 ; – la 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.

Article 25 : Il est interdit aux médecins de dispenser des consultations, prescriptions ou avis médicaux dans les locaux commerciaux ou dans tout autre lieu où sont mis en vente des médicaments, produits ou appareils qu'ils prescrivent ou qu'ils utilisent.

Article 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.

Article 27 : Il est interdit à un médecin qui remplit un mandat électif ou une fonction administrative d'en user pour accroître sa clientèle.

Article 28 : La délivrance d'un rapport tendancieux ou d'un certificat de complaisance est interdite.

Article 29 : Toute fraude, abus de cotation, indication inexacte des honoraires perçus et des actes effectués sont interdits.

Article 30 : Est interdite toute facilité accordée à quiconque se livre à l'exercice illégal de la médecine.

Article 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

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 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 grave, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite.

Article 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.

Article 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.

Article 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 réconforter son entourage. Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort.

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 45 : Indépendamment du dossier de suivi médical prévu par la loi, 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.

Article 46 : Lorsque la loi prévoit 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.

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

Article 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.

Article 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 destiers ainsi que des précautions qu'il doit prendre.

Article 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. À 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.

Article 51 : Le médecin ne doit pas s'immiscer sans raison professionnelle dans les affaires de famille ni dans la vie privée de ses patients.

Article 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 la loi. Il ne doit pas davantage abuser de son influence pour obtenir un mandat ou contracter à titre onéreux dans des conditions qui lui seraient anormalement favorables.

Article 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.

Article 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.

Article 55 : Le forfait pour l'efficacité d'un traitement et la demande d'une provision sont interdits en toutes circonstances.

TITRE III – Rapports des médecins entre eux et avec les membres des autres professions de santé

Article 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 national des médecins. Les médecins se doivent assistance dans l'adversité.

Article 57 : Le détournement ou la tentative de détournement de clientèle est interdit.

Article 58 : Le médecin consulté par un malade soigné par un de ses confrères doit respecter : – l'intérêt du malade en 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.

Article 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 en informant le malade. Il en conserve le double.

Article 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. À l'issue de la consultation, le consultant informe par écrit le médecin traitant de ses constatations, conclusions et éventuelles prescriptions en en avisant le patient.

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 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 remplissant les conditions réglementaires en vigueur et ayant obtenu l'autorisation du Président du gouvernement du territoire après avis de la section locale de l'Ordre national des médecins. 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.

Article 66 : Le remplacement terminé, le remplaçant doit cesser toute activité s'y rapportant et transmettre les informations nécessaires à la continuité des soins.

Article 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.

Article 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 professionnelle de ceux-ci et le libre choix du patient.

TITRE IV – De l'exercice de la profession

1. Règles communes à tous les modes d'exercice

Article 69 : L'exercice de la médecine est personnel ; chaque médecin est responsable de ses décisions et de ses actes.

Article 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.

Article 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 à 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.

Article 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.

Article 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. À défaut, leur accord doit être obtenu.

Article 74 : L'exercice de la médecine foraine est interdit ; toutefois, des dérogations peuvent être accordées par la section locale de l'Ordre national des médecins dans l'intérêt de la santé publique.

Article 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 national des médecins.

Article 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.

Article 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 national des médecins peut néanmoins accorder des exemptions, compte tenu de l'âge du médecin, de son état de santé, et, éventuellement, de ses conditions d'exercice.

Article 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.

Article 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 ; 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.

Article 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.

Article 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. 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.

Article 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 national des médecins.

Article 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 national des médecins, 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 national des médecins, de même que les avenants et règlements intérieurs lorsque le contrat y fait référence. Celle-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 national des médecins 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.

Article 84 : L'exercice habituel de la médecine, sous quelque forme que ce soit, au sein d'une 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 a la qualité d'agent titulaire de l'état, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public ainsi que les cas où il est régi par des dispositions législatives ou réglementaires qui ne prévoient 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

Article 85 : Un médecin ne doit avoir, en principe, qu'un seul cabinet. Il y a un 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 du conseil de l'Ordre national des médecins. 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 national des médecins. L'autorisation est révoquée à 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 leurs membres, de l'article 50 du décret n° 77-636 du 14 juin 1977 et par les sociétés d'exercice libéral, de l'article 14 du décret n° 94-680 du 3 août 1994. 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.

Article 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 national des médecins. À défaut d'accord entre tous les intéressés, l'installation est soumise à l'autorisation de la section locale de l'Ordre national des médecins.

Article 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, l'autorisation fait l'objet d'une décision du Président du gouvernement du territoire après avis de la section locale de l'Ordre national des médecins. 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.

Article 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 national des médecins pour une durée limitée à trois mois, éventuellement renouvelable.

Article 89 : Il est interdit à un médecin de faire gérer son cabinet par un confrère. Toutefois, la section locale de l'Ordre national des médecins peut autoriser, pendant une période de trois mois, éventuellement renouvelable une fois, la tenue par un médecin du cabinet d'un confrère décédé.

Article 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 national des médecins. Cette autorisation ne peut être refusée que pour des motifs tirés d'un risque de confusion pour le public.

Article 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 du présent Code. Les contrats et avenants doivent être communiqués à la section locale de l'Ordre national des médecins, 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 national des médecins. Celle-ci le transmet avec son avis au Conseil national, qui examine si le contrat est compatible avec les lois 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 national des médecins, 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 national des médecins 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.

Article 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.

Article 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.

Article 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

Article 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.

Article 96 : Sous réserve des dispositions applicables aux établissements

de santé, les dossiers médicaux sont conservés sous la responsabilité du médecin qui les a établis.

Article 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.

Article 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.

Article 99 : Sauf cas d'urgence ou prévu par la réglementation et à l'exclusion des médecins recrutés par l'administration territoriale, un médecin qui assure un service de médecine préventive pour le compte d'une collectivité n'a pas le droit d'y donner des soins curatifs. Il doit adresser la personne qu'il a reconnue malade au médecin traitant ou à tout autre médecin désigné par celle-ci.

Exercice de la médecine de contrôle

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 103 : Sauf dispositions contraires prévues par la loi, 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 apparaît qu'un élément important et utile à la conduite du traitement semble avoir échappé à 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 national des médecins.

Article 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.

Exercice de la médecine d'expertise

Article 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.

Article 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.

Article 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.

Article 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*

Article 109 : Tout médecin, lors de son inscription au tableau, doit affirmer à la section locale de l'Ordre national des médecins qu'il a eu connaissance du présent Code et s'engager sous serment et par écrit à le respecter.

Article 110 : Toute déclaration volontairement inexacte ou incomplète faite au conseil de l'Ordre par un médecin peut donner lieu à des poursuites disciplinaires.

Article 111 : Tout médecin qui modifie ses conditions d'exercice ou cesse d'exercer est tenu d'en avertir la section locale de l'Ordre national des médecins. Celle-ci prend acte de ces modifications et en informe le Conseil national.

Article 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 de l'Ordre national des médecins 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.

Article 113 : Le décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 est abrogé.

Article 114 : Le Président du gouvernement du territoire de la Polynésie française est chargé de l'exécution de la présente délibération qui sera publiée au *Journal officiel* de la Polynésie française.

GLOSSAIRE²²⁶¹

par Antoine Leca

Accréditation (des établissements de santé) : L'accréditation des établissements de santé, apparue avec l'ordonnance du 24 avril 1996, est une procédure d'évaluation obligatoire, externe à un établissement de santé, effectuée par des professionnels indépendants de l'établissement et de ses organismes de tutelle, évaluant l'ensemble de son fonctionnement et de ses pratiques. Elle vise à assurer la sécurité et la qualité des soins donnés au malade et à promouvoir une politique de développement continu de la qualité au sein des établissements de santé. Tous les établissements de santé publics et privés doivent en faire l'objet. Depuis la loi du 13 août 2004, elle est devenue la certification* des établissements de santé. Ce régime n'a pas été introduit en Polynésie française.

Accréditation (des médecins et des équipes médicales) : L'accréditation des praticiens, introduite par la loi du 13 août 2004 est une procédure facultative d'évaluation externe concernant les médecins ou équipes médicales exerçant en établissements de santé ayant une activité d'obstétrique, d'échographie obstétricale, de réanimation, de soins intensifs ou exerçant l'une des spécialités déterminées par décret ²²⁶² (chirurgie générale, neurochirurgie, chirurgie urologique, chirurgie infantile, chirurgie plastique reconstructrice, gynécologie-obstétrique, réanimation médicale, cardiologie...) ²²⁶³. Le dispositif n'a pas été introduit en Polynésie française.

Aléa thérapeutique : « Survenance, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé » ²²⁶⁴.

Ambulatoire (se dit d'un traitement ou de l'exercice de la médecine) : Qui peut être pratiqué sans hospitalisation.

2261 Cette rubrique n'est pas un lexique de termes médicaux ou juridiques. Elle contient seulement les mots et expressions techniques utilisés dans ce livre qui pourraient poser au lecteur non averti un problème de compréhension. Pour une recherche plus approfondie, existent d'excellents instruments de travail. Tel est le cas de J. Chevallier, *Précis de terminologie médicale*, 7^e éd., Paris, Maloine, 2004. Pour le droit, il faut recommander G. Cornu, *Vocabulaire juridique* (rééd. PUF/Quadrige, Paris, 2001) et, pour le droit de la santé en particulier, M. Harichaux, A. Monroche, *Droit de la santé. Dictionnaire commenté*, 1^{re} éd. Masson, collection « Droit médical pratique », 2003. Les astérisques (*) renvoient à d'autres entrées.

2262 D. n° 2006-909 du 21 juillet 2006 (JO 23 juillet).

2263 CSP, art. L. 4135-1 (L. n° 2004-810 du 13 août 2004, chap. V Accréditation de la qualité de la pratique professionnelle). Le dispositif a été précisé par le D. du 21 juillet 2006, modifié par le D. du 7 décembre 2006.

2264 Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2000, *RGDM*, n° 6, p. 197. Plus complète est la définition proposée par P. Sargos, « L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire », *JCP* 2000.I.202, n° 13 : « 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 ».

Aménorrhée: Absence de règles soit par manque d'apparition des premières règles, soit par arrêt des règles.

Atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique (L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit): Réduction définitive du potentiel physique, psychosensoriel ou intellectuel résultant d'une atteinte à l'intégrité anatomo-physiologique médicalement constatable, à laquelle s'ajoutent les phénomènes douloureux et les répercussions liés à cette atteinte.

Auxiliaire médical: Aucun texte ne donne de définition précise de ce terme. Cependant La partie IV, livre III du CSP y fait entrer les professions suivantes: infirmier* et infirmière, masseur-kinésithérapeute, pédicure-podologue, diététicien, manipulateur d'électroradiologie médicale, opticien-lunetier, audioprothésiste, ergothérapeute*, psychomotricien, orthophoniste* et orthoptiste*.

Bacille de Calmette et Guérin (BCG): Vaccination appliquée pour la première fois chez l'homme en 1921 (et rendue obligatoire en France par la loi du 5 janvier 1950).

Bolam Test: En droit anglais de la responsabilité délictuelle, le test Bolam est l'une des méthodes utilisées pour déterminer s'il y a eu une faute du professionnel, notamment au plan médical.

Caisse de prévoyance sociale: Oeganisme de droit privé gérant localement la protection sociale.

Certification des établissements de santé: Dénomination issue de la loi du 13 août 2004 remplaçant celle d'accréditation. Cf. Accréditation* (des établissements de santé). Elle n'existe pas en Polynésie française.

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 loi²²⁶⁵.

Circoncision coutumière (anciennement: *tehera'a*, aujourd'hui: *peritome*): c'est en réalité une supercision, car le prépuce n'est pas ôté mais incisé longitudinalement²²⁶⁶. L'acte s'analyse juridiquement comme une coutume justifiant, comme l'ordre de la loi (CP, art. 122-4), cette atteinte au corps humain dépourvue ici d'intérêt médical. «Afin de garantir sa réalisation dans de bonnes conditions d'hygiène et d'asepsie, et d'en assurer la surveillance et les soins infirmiers inhérents, la circoncision "rituelle" doit être effectuée au sein des structures de santé, publiques ou privées, conformément à la fiche technique élaborée à cet effet (le 16 juillet 1996). Dans les structures publiques, la circoncision "rituelle" peut être faite par des agents paramédicaux sur la base d'un engagement volontaire et d'une habilitation nominative établie par le

2265 CSP, art. L. 4391-1.

2266 Dr G. Garnier, « *Te peritone mā'ohi* », Au Vent des îles, Tahiti, 2012, p. 10 et 295. Ce geste rituel, pratiqué vers l'âge de 14-15 ans, est coutumièrement obligatoire en milieu mā'ohi. D'ailleurs le fait d'être incirconcis est honteux. Plusieurs mots injurieux désignent alors l'individu concerné (*taioro* ou *taiero* – littéralement amande de coco râpée): ils s'entendent beaucoup au collège dans les classes de sixième ou de cinquième pour désigner les jeunes dont le prépuce est encore indemne (*ibid.*, p. 287-288 et 325).

ministère en charge de la santé. Les coûts de l'acte et des soins inhérents sont pris en charge par la CPS à hauteur de 80 %²²⁶⁷. [Comme] il y a de moins en moins de volontaires pour effectuer la circoncision "rituelle" dans les structures de la santé publique, les familles se tournent donc vers les tradipraticiens» (*tahu'a tehe*)²²⁶⁸.

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.

Classification commune des actes médicaux (CCAM) : Nouveau système de codage des actes médicaux, recouvrant 7200 actes, en métropole, à compter du 1^{er} décembre 2004. La CCAM a remplacé deux classifications jusque-là distinctes, la *Nomenclature générale des actes professionnels* (NGAP) pour les médecins libéraux et le *Catalogue des actes médicaux* (CDAM) pour les établissements de santé.

Codification polynésienne des actes médicaux (CPAM) : Nouveau système de codage des actes médicaux, applicable en Polynésie française au 1^{er} janvier 2013.

Coefficient multiplicateur : Le coût d'un acte médical en Polynésie française correspond à l'application d'un coefficient multiplicateur affectant le coût métropolitain du même acte. Ce coefficient multiplicateur permet de prendre en compte les différences de coût entre la Polynésie française et la métropole, qu'il s'agisse du coût de la vie, du coût des matériels médicaux, ainsi que de l'assurance professionnelle auxquels les médecins sont astreints. Ce coefficient est à l'heure actuelle d'environ 1,97. Il devrait être ramené à 1,4 au début d'année 2013²²⁶⁹.

Conférence sanitaire : Réunion dans chaque secteur sanitaire des établissements publics ou privés du ressort²²⁷⁰.

Consultation préanesthésique : Visite obligatoire du patient auprès d'un médecin-anesthésiste plusieurs jours avant l'opération (CSP, art. D. 712-40). Elle ne doit pas être confondue avec la visite préanesthésique qui doit avoir lieu juste avant l'intervention chirurgicale (CSP, art. 712-41 b, al. 3) et qui ne peut pas faire l'objet d'une seconde cotation CS (consultation spécialiste) au motif qu'un anesthésiste ne peut noter qu'une seule CS avant une hospitalisation ou au cours de celle-ci.

Cordon ombilical : Appelé *Pito* en langue mā'ohi.

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*.

2267 La circoncision peut en effet être exécutée par un infirmier (S. Gérard, *Circoncision rituelle pratiquée par un infirmier en Polynésie française*, Papeete, Institut de formation en soins infirmiers, 1998). L'acte est alors facturé AMI4 (et K10 lorsqu'il est effectué par un médecin).

2268 Direction de la Santé en Polynésie française (Dr G. Garnier, *op. cit.*, Annexe 2, p. 283).

2269 *Les Nouvelles de Tahiti*, n° 16162, mardi 4 décembre 2012, «CPS-Taote : Le Pays dicte sa loi» (renvoyant à l'article de L. Rabréaux aux pages 6-7).

2270 CSP, art. L. 6131-2

Couverture Maladie Universelle : En métropole, elle concerne près de cinq millions de personnes, avec d'importantes disparités géographiques (2,9 % de la population en Haute-Savoie, 12,5 % dans les Bouches-du-Rhône).

Creutzfeldt-Jakob (maladie de) : Maladie dégénérative du système cérébral, due à l'accumulation, dans le cerveau, d'une forme anormale d'une molécule du système nerveux. Depuis 1994, vingt-deux cas humains, liés à cette maladie (dite aussi de la « vache folle »), se sont déclarés en France. En Grande-Bretagne, on en recense 164. Les patients qui présentent la forme sporadique de la maladie sont plus nombreux : en France, on en compte soixante chaque année.

Dichotomie : Partage illicite des honoraires médicaux avec un tiers à la profession.

Dispensaire : Proche de l'anglais (*dispensary*), le mot est utilisé dans les îles pour désigner les petits bâtiments de santé communaux, où l'on soigne prioritairement les gens peu fortunés. Il est employé dans les textes officiels (voir par ex. Délibération n° 74-74 du 20 juin 1974 portant approbation des projets relatifs à la construction de l'école et du dispensaire de Motuaura, île de Rimatara).

Dystocie (du grec *dustokia*) : Accouchement difficile entraînant le recours à la césarienne et l'obligation pour la sage-femme d'appeler un docteur en médecine²²⁷¹.

Ergothérapeute : Auxiliaire médical* spécialisé dans la réadaptation sociale par l'activité physique, spécialement le travail manuel.

Eutocie (du grec *eutokia*) : Accouchement heureux.

Évacuation sanitaire : Évacuation sanitaire (vers la France ou la Nouvelle-Zélande) décidée sur avis de la commission des évacuations sanitaires instituée par la délibération n° 92-21 AT du 20 février 1992. Les soins pris en charge et exclus de la prise en charge sont précisés aux art. b21 à 24 de ce texte.

Faux (droit pénal) – Faux matériel : Rédaction d'un faux document ou altération d'un document authentique – Faux intellectuel : Rédaction d'un document dont les énonciations sont fausses (par ex. un certificat médical ou une ordonnance de complaisance).

Handicap : « Toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant »²²⁷².

Haut conseil de la santé publique : Créé par la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, le Haut Conseil de la santé publique fait suite au Haut Comité de la santé publique et au Conseil supérieur d'hygiène publique de France dont il reprend les missions qui n'ont pas été transférées aux agences de sécurité sanitaire²²⁷³. Il a pour compétences :

- de contribuer à la définition des objectifs pluriannuels de santé publique, d'évaluer la réalisation des objectifs nationaux de santé publique, de

2271 CSP, art. L. 4151-3.

2272 CASF, art. L. 114 (L. n° 2005-102 du 11 février 2005).

2273 L. 9 août 2004, D. n° 2006-1675, 1676 et 1677 du 22 décembre 2006, arr. 22 décembre 2006.

contribuer au suivi annuel de la mise en œuvre de la loi ;

- de fournir aux pouvoirs publics, en liaison avec les agences sanitaires, l'expertise nécessaire à la gestion des risques sanitaires ainsi qu'à la conception et à l'évaluation des politiques et stratégies de prévention et de sécurité sanitaire ;
- de fournir aux pouvoirs publics des réflexions prospectives et des conseils sur les questions de santé publique.

Haute autorité de santé : Autorité administrative indépendante à caractère scientifique instituée par le décret n° 2004-1139 du 26 octobre 2004, afin de définir les protocoles de soins utilisés comme références par les professionnels de santé et évaluer l'utilité médicale de l'ensemble des actes médicaux, prestations et produits de santé, pris en charge par l'Assurance maladie (www.has-sante.fr).

Honoraires conventionnés : En métropole, la Sécurité sociale signe des conventions avec les médecins afin de réglementer leurs tarifs. Un médecin conventionné en « secteur 1 » pratique le tarif de convention, soit 22 euros pour une consultation simple chez un généraliste et 27 euros chez un spécialiste.

Honoraires libres : En métropole, deux catégories de médecins fixent librement leurs honoraires. D'abord, les spécialistes qui ont signé la convention « secteur 2 » de la Sécurité sociale. Le remboursement de leurs honoraires s'effectue sur la base des tarifs de convention, le reste est à la charge de leurs patients. En revanche, pour les médecins hors convention, l'assurance maladie ne rembourse qu'une part (symbolique) de leurs honoraires.

Hormone chorionique gonadotrope : La fécondation, et donc la constitution d'un œuf, s'accompagne de la sécrétion, par les annexes de celui-ci, placenta, membrane ovulaire, d'une hormone spécifique de la grossesse appelée HCG. Elle apparaît très tôt dans le sang et est délectable dans les urines dès le dixième jour de grossesse. Son taux s'élève rapidement dans les urines, doublant pratiquement en quarante-huit heures. Il va croissant autant que la grossesse évolue, ce qui explique que ces tests soient des tests dynamiques permettant de suivre l'évolution d'une grossesse.

Iatrogène, affection iatrogène : Trouble, affection provoqué par un acte médical ou par la prise de médicaments.

Incapable : Personne à la capacité juridique restreinte. C'est le cas du mineur ou du majeur faisant l'objet d'un régime de protection légale²²⁷⁴. Trois régimes existent : la sauvegarde de justice lorsque les facultés de l'intéressé sont peu altérées²²⁷⁵, la curatelle²²⁷⁶ lorsqu'un adulte n'est pas hors d'état d'agir lui-même mais a plutôt besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile, la tutelle²²⁷⁷ enfin, lorsque les troubles mentaux imposent que la personne soit représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile. On parle aujourd'hui de 'personne vulnérable'.

Incapacité permanente partielle (IPP) : Évaluation chiffrée en pourcentage des séquelles physiques et morales constatées au jour de

2274 C. civ., art. 488.

2275 C. civ., art. 491 ss.

2276 C. civ., art. 508.

2277 C. civ., art. 492.

l'examen²²⁷⁸. Depuis 2009, on parle d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique*.

Incentive arrangement (droit des États-Unis) : C'est pour le médecin une incitation financière à réduire le volume des prescriptions d'actes préalablement identifiés comme dispendieux.

Infirmier et d'infirmière : Auxiliaire médical* chargé des soins infirmiers*. Jusqu'en 2009, leur statut local reposait pour l'essentiel sur des textes coloniaux : les décrets du 19 novembre 1937 portant création d'un corps d'infirmières et de sages-femmes coloniales (Arrêté de promulgation n° 54 C du 19 janvier 1938, JOEFO, 1^{er} février 1938), du 19 novembre 1942 portant réorganisation du corps d'infirmières et sages-femmes coloniales (A. de promulgation n° 235 SG du 20 mars 1943), du 22 août 1944 réorganisant le cadre des infirmières et sages-femmes (A. de promulgation n° 787 SG du 13 novembre 1944) et le décret n° 59-1050 du 7 septembre 1959 relatif au statut particulier du cadre général des infirmières d'outre-mer (JORF du 11 septembre 1959 & rectificatif, JORF du 20 septembre 1959). Ce dispositif a été remanié par la loi du pays n° 2009-2 du 28 janvier 2009 qui a notamment créé un Ordre des infirmiers de la Polynésie française (qui occupe 32 articles sur 49 de la Lp). Les études conduisant aujourd'hui au diplôme d'État d'infirmier et d'infirmière restent régies par les décrets n° 81-306 du 2 avril 1981 (JORF du 4 avril 1981), n° 87-1039 du 23 décembre 1987 (JORF du 27 décembre 1987) et n° 92-264 du 23 mars 1992 (JORF du 25 mars 1992). Mais la connaissance par le professionnel d'une des langues polynésiennes est aujourd'hui « souhaitable » (Lp, art. 30).

Juris-data : Base de données de jurisprudence sur Internet, donnant accès à des documents qui ne sont pas en texte intégral, mais qui se présentent sous forme d'abstracts, complétés par des résumés. Juris-data constitue un accès rapide à la jurisprudence et aux références de doctrine. Le fonds documentaire contient 595 000 textes dont 70 % d'inédits.

Maladie asymptomatique : Se dit d'une maladie pour laquelle la personne atteinte ne présente pas de symptômes.

Maladie auto-immune : Pathologie caractérisée par l'apparition dans l'organisme d'organismes anticorps dirigés spécifiquement contre certains tissus ou organes de ce même organisme.

Maladie symptomatique : Se dit d'une maladie ou d'un état pour lequel la personne atteinte présente des signes cliniques ou symptômes observables et révélateurs.

Mā'ohi : Désigne traditionnellement en langue tahitienne ce qui est local, endémique, lié à la terre. Longtemps cela a donné au mot une connotation négative. Dans le texte en langue autochtone du Code de Huahine (1822) il est ainsi fait mention du *pua'a mā'ohi* pour désigner le porc (*pua'a*) sauvage (loi XXI). Aujourd'hui le mot fait référence à une origine généalogique, voire une ethnique. À l'opposé du mot « polynésien » dont l'utilisation valorise la pluri-ethnicité et la pluri-culture²²⁷⁹.

2278 J. Flasaquier, *Guide pratique de l'expertise médicale*, 2^e éd. MMI Editions, 1998.

2279 B. Saura, Tahiti mā'ohi. *Culture, identité, religion et nationalisme en Polynésie française*, Au Vent des îles, Tahiti, 2008.

Médecin de premier recours (L. n°2009-879 du 21 juillet 2009) : Nom donné par la loi HSPT au médecin généraliste référent dont elle détaille le rôle²²⁸⁰, créant une inutile confusion sémantique.

Médecin relais (D. n°2008-364 du 16 avril 2008 relatif au suivi des mesures d'injonction thérapeutique) : Médecin habilité au suivi des mesures d'injonction thérapeutique en application de l'article L. 3413-1 du CSP Leur liste est établie par le préfet dans des conditions que précise l'art. R. 3413-1.

Médecin traitant (L. n°2004-810 du 13 août 2004 non appliquée en PF) : Adaptation française du système connu sous le nom de *gatekeeping*. Le médecin traitant est un médecin choisi par le patient dont le nom est communiqué à l'organisme gestionnaire de régime de base d'assurance maladie, à charge pour le malade de s'adresser à lui, pour toute demande médicale, à peine de voir sa participation financière, majorée²²⁸¹. À l'heure où ces lignes sont écrites la Polynésie s'apprêterait à introduire le médecin traitant par une loi de pays contenant un certain nombre de spécificités.

Médecin référent : Médecin de premier recours introduit en Polynésie par la délibération n°98-162 du 15 octobre 1998²²⁸².

Médicaments traditionnels à base de plantes : ils ne sont pas soumis à la procédure d'autorisation de mise sur le marché, dès lors qu'ils remplissent les conditions légales²²⁸³ mais ils font l'objet, avant leur mise sur le marché ou leur distribution à titre gratuit, d'un enregistrement auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. Il incombe au demandeur de prouver l'ancienneté d'usage (30 ans dont 15 ans en Europe) par un dossier bibliographique, éventuellement accompagné d'un dossier toxicologique (si l'emploi du médicament diffère de la tradition).

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'une prestation médicale ou d'un séjour à l'hôpital et sont indépendantes des soins prodigués²²⁸⁴.

Objectif national des dépenses d'assurance maladie (ONDAM) : Depuis 1997, le Parlement vote une Loi de financement de la Sécurité sociale comportant un ONDAM, qui s'exprime en valeur, ce qui ne tient pas compte de l'inflation : 600 milliards de francs en 1997, 614 en 1998, 630 en 1999, 658 en 2000, 693 en 2001... etc. En pratique, cet objectif est régulièrement dépassé : la progression devait être de 2,3 % en 1998, elle a été de 4 %, elle devait être de 2,6 % en 1999, elle a été de 3,1 %, elle devait se limiter à 2,5 % en 2000, elle a grimpé à 6,3 %, elle était plafonnée à 3,5 % en 2001, elle a atteint 6 %. En 2002 les dépenses ont crû de 7,2 % (contre

2280 CSP, art. L. 4130-1; C. séc. soc., art. L. 162-5-3.

2281 CSS, art. L. 162-5-3.

2282 Délibération n°98-162 APF du 15 octobre 1998 relative aux mesures destinées à prévenir l'augmentation des dépenses de santé (*JOPF*, 29 octobre, p. 2261).

2283 CSP, art. L. 5121-14-1 (O. n°2010-177 du 23 février 2010).

2284 Cf. la définition plus complète figurant dans *Cent recommandations pour la surveillance et la prévention des infections nosocomiales*, Comité national de lutte contre les infections nosocomiales, ministère de l'Emploi et de la Solidarité, 2^e éd. 1999 reproduite dans E. Marsaudon, *Les infections hospitalières*, PUF, « Que sais-je ? », Paris, 1998, p. 8.

3,8 % attendus), en 2003, de 6,4 % (contre 5,3) et en 2004 de 5,2 % (contre 4 %).

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 »²²⁸⁵. 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 moyens ou de résultat.

Obstétrique : Branche de la médecine qui concerne l'accouchement.

Orthophoniste : Auxiliaire médical* spécialisé dans la rééducation du langage, en particulier de la prononciation.

Orthoptiste : Auxiliaire médical* spécialisé dans la rééducation de certains défauts de l'œil, comme le strabisme.

Ostéopathie : L'ostéopathie est « l'art de diagnostiquer et de traiter, par la main, les dysfonctions de la micro-mobilité des tissus du corps humain, qui entraînent des troubles fonctionnels pouvant perturber l'état de santé »²²⁸⁶. Elle peut indifféremment être pratiquée par un médecin (pour la plupart des rhumatologues) ayant suivi un enseignement post-universitaire dans certaines facultés de médecine ou, depuis 2002, par un membre d'une profession paramédicale, ayant reçu une formation d'ostéopathe et pouvant à ce titre accomplir certains actes.

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.

Personne de confiance : Création légale²²⁸⁷ inspirée par le Comité consultatif national d'éthique²²⁸⁸, la personne de confiance est une personne nommée par un patient qui peut, si celui-ci le souhaite, l'accompagner dans toutes ses démarches concernant sa santé. Elle a vocation à être consultée si ce patient devenait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin²²⁸⁹.

Placenta : Appelé *pūfenua* en langue *mā'ohi*, littéralement « noyau de la terre », il est destiné à être enseveli après la naissance de l'enfant. La vitalité de cette coutume locale entrave la politique des pouvoirs publics incitant les mères à accoucher à Papeete ou à 'Uturoa (Ra'iatea).

Professions de santé : Terme volontiers utilisé par le Code de la santé publique pour désigner, indépendamment des « professions médicales et pharmaceutiques » : les infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures podologues, manipulateurs d'électroradiologie médicale, aides-soignants, auxiliaires de puériculture, ambulanciers et techniciens en analyses biomédicales²²⁹⁰.

2285 Cass. civ., 19 novembre 1911, Zbidi Hamida ben Mahmoud c/ Cie Gale Transatlantique.

2286 http://www.osteoo-osteopathe-osteopathie-paris.fr/Definition-de-l-osteopathie_a20.html

2287 L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 11 complété par la L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, spécialement art. 4, la L. n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, spécialement art. 89 et la L. n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits et à la fin de vie.

2288 CCNE, avis n° 58 du 12 juin 1998, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche ».

2289 CSP, art. L. 1111-6 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002). Bonne analyse critique chez C. Taglione, « La personne de confiance : facteur de progrès ou source de difficultés à venir. Réflexions autour d'un dispositif juridique incertain », *RGDM*, n° 17, 2005, p. 397.

2290 Voir par ex. A. du 6 mars 2007 relatif à la liste des élèves et étudiants des professions médicales

Professions médicales : Aucun texte ne donne de définition précise de ce terme. Cependant la partie IV, livre 1^o du Code de la santé y fait entrer la profession de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme.

Promoteur : Personne physique ou personne morale qui prend l'initiative d'une recherche biomédicale sur l'être humain et qui en assure la gestion.

Références médicales opposables (RMO) : Transposition des *review criteria* américain ²²⁹¹ s'exprimant dans une liste de pratiques médicales inutiles ou dangereuses, depuis leur introduction, par la convention nationale signée le 21 octobre 1993 et approuvée par l'arrêté du 25 novembre 1993.

Scores (anesthésie) : Système d'évaluation de l'aptitude d'un patient à supporter une opération chirurgicale sous anesthésie. Il existe cinq scores : ASA 1 (bon état général), ASA 2 (mauvais état général), ASA 3 (très mauvais état général), ASA 4 (inopérable) et ASA 5 (moribond).

Secteur I (métropole) : Ensemble des médecins conventionnés pratiquant des honoraires ne pouvant dépasser les tarifs fixés dans l'annexe de la convention, sauf hypothèse d'un dépassement exceptionnel pouvant intervenir compte tenu d'exigences légitimes et particulières du patient.

Secteur II (métropole) dit secteur « libre » ou « à honoraires différents » : Ensemble des médecins conventionnés dont les honoraires ne sont pas tenus par les tarifs conventionnels²²⁹². En 2002, 84 % des consultations de spécialistes en secteur II donnaient lieu à dépassement d'honoraires. Leur impact financier a été estimé à deux milliards d'euros annuels en 2005, d'après le rapport IGAS 2007.

Soins aigus : Soins donnés aux patients lors de la phase aiguë de la maladie ou de l'accident, qui correspond à un temps limité, de courte durée, impliquant diagnostic et traitement. Les soins aigus se distinguent des soins de suite et de réadaptation (dits de moyen séjour).

Soins de suite et de réadaptation : Soins s'adressant 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.

Soins de longue durée : Soins s'adressant à des malades (en USLD) qui ne sont pas ou plus justifiables de soins de suite et de réadaptation, notamment parce que les possibilités thérapeutiques sont restreintes ou nulles.

Soins infirmiers : Mentionnés par l'article 1^{er} de la loi du pays n° 2009-2 du 28 janvier 2009 relative à la profession d'infirmier* en Polynésie française (qui ne les définit pas) ce sont les soins dispensés par un infirmier* sur prescription ou conseil médical, dans son domaine de compétence (fixé en métropole au CSP, art. L4311-1). Ce périmètre correspond au monopole infirmier, dont la violation est en principe pénalement sanctionnée de deux ans d'emprisonnement et de 3 500 000 F CFP d'amende (Lp 2009-2, art. 42).

et pharmaceutiques et des autres professions de santé, pris en application de l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique (JO, 21 mars).

²²⁹¹ P. Loiseau, *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux États-Unis et en France*, op. cit., p. 49.

²²⁹² Les assurés sociaux ne sont remboursés que sur la base du tarif conventionnel, éventuellement augmenté de la partie supportée par leur mutuelle.

Soins médicaux : Soins consistant en l'établissement direct d'un diagnostic et/ou 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. Ils sont protégés par le monopole médical.

Taote : Médecin en langue *mā'ohi**.

Ticket modérateur : Procédé imaginé par les sociétés de secours mutuel de la région lyonnaise à la fin du XIX^e siècle et adopté pour la première fois par le législateur avec la loi sur les assurances sociales en 1928. C'est un pourcentage des frais médicaux (ou pharmaceutiques), qui restent à la charge du patient après le remboursement par la Sécurité sociale. On devrait plutôt parler de «ticket d'exclusion»²²⁹³. En 2000, il atteignait un taux moyen de 9,7% ce qui est assez élevé à l'intérieur des pays européens²²⁹⁴. Mais 90% de la population bénéficie d'une assurance maladie complémentaire qui le prend en charge²²⁹⁵.

Tahu'a rāa'u : Tradipraticien* en langue *mā'ohi**.

Tradipraticien : Guérisseur traditionnel. L'OMS a défini la «médecine traditionnelle» comme «l'ensemble des connaissances, compétences et pratiques basées sur les théories, croyances et expériences auxquelles différentes cultures ont recours pour entretenir la santé ainsi que pour prévenir, diagnostiquer, soulager ou soigner des maladies physiques et mentales»²²⁹⁶. Elle n'a aucune existence juridique en droit français.

Visite préanesthésique : Passage obligatoire du patient auprès d'un médecin-anesthésiste peu de temps (le plus souvent quelques minutes) avant l'intervention chirurgicale (CSP, art. 712-41 b, al. 3). Elle ne doit pas être confondue avec la consultation préanesthésique qui doit avoir lieu *plusieurs jours* avant l'opération (CSP, art. D. 712-40).

Visiteur médical : Collaborateur salarié d'un (ou plusieurs) laboratoire(s) pharmaceutique(s), chargé de visiter le corps médical²²⁹⁷ soit en cabinet, soit à l'hôpital et de diffuser de l'information. Cet agent n'a pas la qualité de commerçant²²⁹⁸.

2293 J. Peigné, *Le régime de la pharmacie en droit public français : contribution à l'étude d'un service public*, Thèse Droit, Nice, 1999, p. 217, n. 383.

2294 *La santé en France en 2002*, Rapport annuel du Haut Comité de la Santé Publique, La Documentation française, Paris, 2002, p. 253. Cette situation est à mettre en parallèle avec la relative faiblesse du taux moyen de remboursement des frais pharmaceutiques en France : à peine 54%, pour 65% en Italie, 71% en Suède, 85% au Japon et 90% au Royaume-uni (chiffres : Eco-Santé, OCDE, 1999).

2295 La loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création de la CMU a ouvert aux bénéficiaires de celle-ci le droit à une assurance complémentaire gratuite destinée à prendre en charge le «ticket modérateur» (CSS, art. L. 861-1).

2296 <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs134/fr/> Cf. V. Kamgoui-Kuitche, *Contribution à l'étude des aspects juridiques de l'exercice de la médecine traditionnelle : l'exemple du Cameroun*, Thèse, Paris-VIII, 2003.

2297 Une charte de la visite médicale a été signée le 22 décembre 2004 (*Dictionnaire permanent. Bioéthique et biotechnologies*, bull. 145 (janvier 2005), p. 6705). Elle concerne uniquement la médecine de ville. Elle a été très contestée car elle interdit la remise gracieuse d'échantillons et la négociation des honoraires des études de phase IV par le visiteur médical (*Le Quotidien du Médecin*, n° 7689, 16 février 2005, p. 3). Ces missions seront désormais de la responsabilité directe des laboratoires.

2298 Il en résulte que son licenciement motivé par une baisse de pénétration des produits dans le secteur visité est un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 18 juillet 2000, n°98-44591 et 19 décembre 2000, n°98-44362). Le contrat de promotion n'est pas d'ailleurs un contrat de

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Ouvrages généraux : J.-M. Auby (éd. *princeps*, dir.), C. Esper, *Droit médical et hospitalier*, Paris, Litec (3 vol.); A. Laude, J.-L. Mouralis, J.-M. Pontier (dir.), *Lamy – Droit de la Santé*, Paris, 2002 (2 vol.); G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, LEH, Bordeaux, 2^e éd., 2003 (544 p.); G. Agniel, A. Leca, G. Orfila (dir.), *Le droit médical en Nouvelle-Calédonie*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 2005; A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, Thémis Droit, PUF, Paris, 2007 (686 p.); F. Vialla (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ/lextenso éditions, Paris, 2009; J.-R. Binet, *Droit médical*, Montchrestien lextenso éditions, Paris, 2010; A. Leca, *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, LEH, Bordeaux, 3^e éd. 2012; C. Kouchner, *Les droits des malades*, Dalloz, Paris, 2012; D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Memento Dalloz, 8^e éd. Paris, 2013.

Sur le droit des établissements de santé privés : J.-M. de Forges (dir.), «L'hospitalisation privée», n^o spécial de la *RDSS*, 1990; E. Rossini, «Les établissements de santé à but non lucratif», *LGDJ*, 1992; O. Lantrès, *La responsabilité des établissements de santé privés*, Thèse Droit, Poitiers, 1999, LEH, Bordeaux, 2001; Fr. Vialla, *La responsabilité des établissements de soins*, Litec, 2001; I. Lucas-Baloup, B. Worms, *Médecins-cliniques. Le contrat d'exercice*, Éd. Scrof, 2001; et, bien qu'il comporte de larges développements sur les établissements publics, M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, Dalloz, 4^e éd. 2003; B. Apollis, *Autorisations sanitaires et hospitalisation privée. Contribution à l'étude des autorisations administratives dans leurs rapports avec les personnes privées*, Thèse Droit, Montpellier I, 2005; A. Léandri, *Le contrat d'exercice libéral du médecin*, Thèse Droit, Aix, 2006.

Sur la responsabilité du service public hospitalier : A. Rogier (dir.), *Responsabilité médicale; la référence pour les hôpitaux – Médecins-juristes*, Éd. A. Lacassagne-Eska, 2005; Christine Maugué, Jean-Philippe Thiellay, «La responsabilité du service public hospitalier», *LGDJ*, 2010, 204 pages; Marie-Laure Moquet-Anger, «Droit hospitalier», *LGDJ*, 2^e éd. 2012, 567 pages; Jean-Paul Markus, *Responsabilité des établissements publics de santé*, Fondements, Fasc. 906-10

Sur la responsabilité médicale et l'indemnisation des accidents médicaux : J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Thèse Droit, Paris, 1973 (un classique); 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. Dauray-Fauveau, *La responsabilité pénale du médecin. Les principales infractions contre les personnes*, LEH, 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, PUAM, Aix-en-Provence, 2003 ; J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 3^e édition, Paris, 2004 ; G. Mémeteau (dir.), *Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, LEH, Bordeaux, 2004 ; J.-F. Abeille et A. Leca (dir.), *L'indemnisation et l'assurabilité des dommages médicaux*, Cahiers de droit de la santé, n° 4, Aix, 2005 ; P. Loiseau, *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux États-Unis et en France*, Thèse Droit, PUAM, Aix-en-Provence, 2005 ; P.-A. Lecoq (rapport final rédigé par), «L'indemnisation amiable des accidents médicaux. Bilan du traitement de 15 000 dossiers par les CRCI et l'ONIAM et perspectives d'avenir», *RGDM*, n° spécial, LEH, Bordeaux, 2009.

Sur l'éthique et la déontologie : 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 ; Jacques Doubleit et Maxime Letourneur, *Code du médecin*, Confédération des syndicats de médecins français, Paris, 1937 ; É. Berg, *Code professionnel des médecins allemands du 5 novembre 1937. La comparaison avec le Code de déontologie française du 1^{er} avril 1941*, Thèse Médecine, Strasbourg, 1947 ; L. Portes, *À la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson-PUF, 1964 ; F. Marcoux et C. Doerflinger, *Droit médical et déontologie*, Maloine, 1979, 3^e éd. ; *Commentaires du Code de déontologie médicale*, Ordre national des médecins, Conseil national de l'Ordre Paris, 1996 ; J.-P. Almeras et H. Péquignot, *La déontologie médicale*, Litec, Paris, 1996 ; L. Dubouis, «Le nouveau Code de déontologie : Quoi de neuf?», *RDSS*, 1995, p. 725 ; J. Moret-Bailly, *Essai sur les déontologies en droit positif*, Thèse Droit, Saint-Etienne, 1996 ; C. Hervé, *Éthique, politique et santé*, Paris, PUF, coll. «Médecine et société», 2000 ; E. Martinez, *Le comité consultatif national d'éthique et la formation du droit*, Thèse Droit, Aix-en-Provence, 2002 ; E. Terrier, *Déontologie médicale et droit*, Thèse Droit, Montpellier I, 2002 ; A. Leca (dir.) *La déontologie médicale*, PUAM, Collection «Droit de la santé», Aix, 2007 ; A. Leca (dir.), *Le secret médical*, LEH, Bordeaux, 2012.

Sources électroniques :

en Polynésie et outre-mer :

<http://www.lexpol.pf/>

<http://www.ordre-medecins-polynesie.com/news.php>

<http://www.cps.pf/>

<http://www.polynesie-francaise.pref.gouv.fr/>

<http://www.sante-outremer.com>

<http://www.leh.fr/edition/autres-ouvrages/le-droit-medical-en-nouvelle-caledonie-9782848742441.html>

en métropole :

<http://www.legifrance.gouv.fr>

www.courdecassation.fr/_BICC/610a619/612/sommaire.html

www.ccne-ethique.fr/francais/htm/present.html

<http://www.leh.fr/edition>
<http://www.leh.fr/edition/ouvrages-generaux/droit-de-l-exercice-medical-en-clientele-privee-3e-edition-9782848741420.html>
http://www.leh.fr/edition/les-cahiers-de-droit-de-la-sante-du-sud-est/sante-et-discriminations-n-11-9771774983004_00011.html
<http://www.leh.fr/edition/colloques-du-cdsa/la-fin-de-vie-et-l-euthanasie-9782848741000.html>
http://www.leh.fr/edition/les-cahiers-de-droit-de-la-sante-du-sud-est/sante-religion-et-laicite-n-13-9771774983004_00013.html
http://www.leh.fr/edition/les-cahiers-de-droit-de-la-sante-du-sud-est/le-secret-medical-n-15-9771774983004_00015.html

TABLE DES MATIÈRES

LES AUTEURS DE CE LIVRE	9
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	11
PRÉFACE <i>Richard Wong Fat</i>	15
AVERTISSEMENT <i>Antoine Leca</i>	21
INTRODUCTION	25
I – DÉFINITION DU DROIT MÉDICAL, DE LA DÉONTOLOGIE <i>Antoine Leca</i>	25
II – LES DIFFÉRENTS ASPECTS DU DROIT MÉDICAL, PRIVÉ ET PUBLIC EN FRANCE MÉTROPOLITAINE <i>Antoine Leca</i>	29
III – L’ORIGINALITÉ DE LA SITUATION INSTITUTIONNELLE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE <i>Marc Debène</i>	36
IV – DE LA COMPÉTENCE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE SANTÉ <i>Jean-Paul Pastorel</i>	50
V – LA DÉMOGRAPHIE MÉDICALE <i>Gregory Detrun</i>	61

PREMIÈRE PARTIE :	
LES INSTITUTIONS MÉDICALES ET SANITAIRES	63
TITRE 1. LES INSTITUTIONS ORDINALES	65
Chapitre 1. L'organisation de l'Ordre	65
Section 1. Les règles générales prévalant dans les structures ordinales dans le droit français	65
<i>Antoine Leca</i>	
Section 2. Le Conseil de l'Ordre des médecins de la Polynésie française	71
<i>Teva Jeannette</i>	
Chapitre 2. Les attributions de l'Ordre	80
Section 1. La définition avec le pays de la déontologie médicale	80
<i>Antoine Leca, Arnaud Hellec</i>	
Section 2. La réglementation et le contrôle de la profession	84
<i>Antoine Leca</i>	
TITRE 2. L'ORGANISATION SANITAIRE ET SOCIALE	91
Introduction : La délibération relative à l'organisation sanitaire et la délibération relative au STOS	91
<i>Arnaud Hellec</i>	
Chapitre 1. Les institutions sanitaires	94
<i>Arnaud Hellec</i>	
Section 1. Les institutions compétentes en matière de santé	94
<i>Arnaud Hellec</i>	
Sous-section 1 ^{re} – Le ministre en charge de la santé	94
<i>Arnaud Hellec</i>	
Sous-section 2 – L'Assemblée de la Polynésie française et le Conseil économique, social et culturel	98
<i>Arnaud Hellec</i>	
Sous-section 3 – La Direction de la santé et le Conseil territorial de la Santé publique	99
<i>Arnaud Hellec</i>	
Section 2. Le centre hospitalier de la Polynésie française	103
<i>Christophe Psychogios</i>	

Table des matières	469
Section 3. Les autres institutions sanitaires <i>Antoine Leca, Arnaud Hellec, avec la collaboration de Christian Hellec</i>	112
Chapitre 2. La CPS et les conventions médicales <i>Antoine Leca, Maiana Balbridge, Arnaud Hellec</i>	114
Section préliminaire – La mise en place historique du système, de la Caisse de Compensation des Prestations Familiales des Établissements Français de l’Océanie à la CPS <i>Antoine Leca</i>	115
Section 1. La gouvernance de la CPS <i>Maiana Bambridge</i>	124
Section 2 – La convention médicale en vigueur pour les médecins <i>Arnaud Hellec</i>	130

DEUXIÈME PARTIE : STATUT ET EXERCICE DE LA PROFESSION DE MÉDECIN	159
TITRE 1. LE STATUT DU MÉDECIN	161
Chapitre 1. Le statut privé <i>Antoine Leca</i>	161
Section 1. Les droits et libertés des praticiens privés <i>Antoine Leca</i>	161
Section 2. Les différentes modalités d’exercice privé <i>Antoine Leca</i>	185
Chapitre 2. Le statut public <i>Christophe Psychogios</i>	217
Section 1. Le praticien hospitalier <i>Christophe Psychogios</i>	218
Section 2. Les autres statuts publics <i>Christophe Psychogios</i>	226

TITRE 2. L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE MÉDECIN 227

Chapitre 1. Les conditions d'exercice de la profession 227

Section préliminaire. L'affirmation historique et le contenu du monopole – Les difficultés particulières concernant la Polynésie 227

Antoine Leca

Section 1. L'accès à la profession médicale 241

Arnaud Hellec

Section 2. L'exercice légal de la médecine 248

Antoine Leca, Arnaud Hellec

Chapitre 2. La protection de la profession 268

Section 1. Les conditions de l'exercice illégal de la médecine 268

Arnaud Hellec

Section 2. Les effets de l'exercice illégal de la médecine 270

Arnaud Hellec

TROISIÈME PARTIE : LA RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN 273

TITRE 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE 275

Antoine Leca

Chapitre 1. Les obligations des médecins 275

Antoine Leca

Section 1. L'obligation générale de donner des soins 275

Antoine Leca

Section 2. Les obligations particulières liées à la dispensation des soins 279

Antoine Leca

Chapitre 2. La mise en œuvre de la responsabilité civile du médecin 328

Section 1. La responsabilité personnelle pour les préjudices subis par les patients 329

Antoine Leca

Section 2. La responsabilité collective au sein d'une équipe ou d'un groupe médical 375

Antoine Leca

Chapitre 3. La responsabilité du service public de la santé en Polynésie française **391***Marc Debène*

Section 1. Une responsabilité administrative de principe 393

Marc Debène

Section 2. Le principe de la responsabilité pour faute 397

Marc Debène

Section 3. Les régimes de responsabilité sans faute 404

*Marc Debène***TITRE 2. LES RESPONSABILITÉS PÉNALE ET DISCIPLINAIRE** **409****Chapitre 1. La responsabilité pénale** **409***Gaëtan di Marino*

Section 1. Une responsabilité ancrée dans le droit commun 410

Gaëtan di Marino

Section 2. Une responsabilité modulée à partir des faits justificatifs 423

*Gaëtan di Marino***Chapitre 2. La responsabilité disciplinaire** **427***Antoine Leca*

Section 1. Les juridictions disciplinaires et les conditions de leur saisine 428

Antoine Leca

Section 2. Le déroulement de l'instance devant la chambre de discipline et les sanctions possibles 430

*Antoine Leca***EN GUISE DE CONCLUSION** **435***Antoine Leca***ANNEXE** **439****GLOSSAIRE** **453***Antoine Leca*

Achevé d'éditer en février 2013
ISBN: 978-2-84874-446-9

Cette édition numérique correspond à la version intégrale de l'ouvrage *Le droit médical en Polynésie française*, publié dans sa version imprimée en février 2013.

LE DROIT MÉDICAL EN POLYNÉSIE FRANÇAISE

Marc Debène, Antoine Leca, Jean-Paul Pastorel

Le présent ouvrage, conçu et réalisé à l'initiative du Conseil de l'Ordre des médecins de Polynésie française, répond à deux principales problématiques.

La première est de présenter pour la première fois le droit médical applicable en Polynésie française. En effet, en tant que collectivité d'outre-mer régie par l'article 74 de la Constitution, le pays jouit d'un statut particulier au sein de la République, tenant compte de son particularisme. D'abord, du fait de la « spécialité législative », la plupart des textes métropolitains intéressant le droit médical ne sont pas localement applicables. Par ailleurs, l'autonomie dont jouit la Polynésie française au sein de la République lui consacre des compétences propres – dont celle de la santé publique – laquelle confère à cette collectivité la capacité d'établir ses propres règles en la matière, par délibérations et « lois de pays ». Cette autonomie et cette « spécialité législative » sont à l'origine d'un droit spécifique.

La seconde problématique concerne la définition de la politique de santé publique en Polynésie française : il s'agit de s'intéresser, non plus seulement à ce qu'est ce droit, mais à ce qu'il doit et peut être. L'une des grandes questions que celui-ci doit appréhender réside dans le conflit entre certaines pratiques traditionnelles et culturelles insulaires (les *tahu'a rāa'u* et la « médecine chinoise ») avec la conception plus récente et occidentale de l'exercice légal de la médecine dévolu à un docteur. Outre les spécificités culturelles, le droit médical doit aussi tenir compte des particularités géographiques du pays. La Polynésie française compte 270 000 habitants sur 118 îles dispersées dans un espace aux dimensions de l'Europe. Dans ce contexte, tout invite à l'humilité et au réalisme, que ce soit l'immensité de son territoire, l'isolement d'une grande partie de la population, le manque de personnel médical, la modestie des ressources, les déficits en matière de sécurité sociale, l'accroissement et le vieillissement de la population. Il va de soi qu'il ne peut y avoir un médecin dans chaque île. De fait, un infirmier ou un adjoint de soins se trouve souvent en situation de pallier l'absence de médecin, et donc de pratiquer des actes médicaux. Mais comment le droit local appréhende-t-il ces pratiques ? Une autre réflexion afférente à ce que doit ou peut être notre politique de santé publique concerne nos relations avec nos voisins de la région. Ne devrait-on pas renforcer nos liens avec la Nouvelle-Zélande ou l'Australie, afin notamment de solliciter davantage le concours de leurs personnels médicaux ?

Le vœu que ces pistes soient explorées se réalise aujourd'hui avec l'édition de ce livre. Nous en sommes obligés et infiniment reconnaissants à Antoine Leca, ainsi qu'à tous ceux et celles qui y ont contribué.

Dr Richard Wong Fat

Président du Conseil de l'Ordre des médecins
de la Polynésie française