HAL open science

La déontologie médicale et le droit souple de la responsabilité civile

Benjamin Moron-Puech

To cite this version:

Benjamin Moron-Puech. La déontologie médicale et le droit souple de la responsabilité civile. Journée d'études: "Le droit souple de la responsabilité civile", Le laboratoire de sociologie juridique (journée présidée par Pr. Stéphane Gerry-Vernières), Feb 2017, Paris, France. hal-01498793

HAL Id: hal-01498793

https://hal.science/hal-01498793

Submitted on 30 Mar 2017

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

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

Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

La déontologie médicale et le droit souple de la responsabilité civile

Communication présentée lors de la journée d'études « Le droit souple de la responsabilité civile », organisée par le Laboratoire de sociologie juridique (Université Panthéon-Assas) le20 février 2017

Benjamin Moron-Puech
Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique
Université Panthéon-Assas

Introduction générale

Théoriquement, comme l'a constaté Catherine Thibierge dans le rapport de synthèse d'un colloque consacré il y a quelques années au droit souple, le droit souple est une catégorie fourre-tout qui recouvre en réalité trois types de réalité :

- Le droit flou, désignant les énoncés normatifs ayant une texture, un contenu incertain ;
- Le droit doux, désignant les énoncés normatifs n'ayant *a priori* pas de force obligatoire ;
- Le droit mou, désignant des énoncés ayant une force obligatoire, mais que l'on n'a pas doté de sanction spécifique, mais auxquels peut virtuellement s'appliquer la sanction de la responsabilité civile.

Si l'on croise ce triptyque avec la responsabilité civile, il apparaît que la seule manifestation du droit souple qui est susceptible de nous intéresser est celle du droit doux et non du droit flou ou du droit mou. Non du droit flou, car si l'on s'intéressait à croiser cet aspect du droit souple avec la responsabilité civile, il faudrait en réalité traiter pratiquement tout le droit de la responsabilité civile, du fait du caractère structurellement flou d'une des conditions de la responsabilité civile : la faute. Non du droit mou également car, le droit mou se définissant semble-t-il par le fait qu'une norme soit seulement sanctionnée par le droit de la responsabilité civile, traiter du droit mou de la responsabilité civile, c'est en réalité traiter de la responsabilité civile tout cours, ce qui n'a pas d'intérêt dans le présent séminiaire.

Seul est intéressant le croisement du droit doux avec la responsabilité civile, croisement qui conduit à rechercher de quelle manière le droit (dur) de la responsabilité est influencé par un droit mou, c'est-à-dire des normes dépourvues *a priori* de force obligatoire car extérieures à l'ordre juridique.

I. Remarques liminaires

A. Observations sociologiques sur le droit souple

B. Observations théoriques sur le droit souple

L'aspect du droit souple qui nous intéresse ici est le droit doux. À nos yeux, le concept de droit doux est un concept imagé et simple pour rendre compte d'une question complexe qui est celle de l'influence exercée sur l'ordre juridique étatique par des normes appartenant à un autre ordre social, l'ordre des médecins ou celui des chefs d'entreprises. Dès lors, la question du droit doux s'inscrit dans la thématique de l'inter-normativité. Cette compréhension du droit souple, implique les postulats suivants :

- **1°** L'adhésion à une analyse pluraliste du droit. L'ordre juridique étatique n'est ni le seul, ni le premier des ordres sociaux. D'où d'ailleurs pour ma part, une certaine hésitation quant à la pertinence du mot droit souple qui paraît relier avec une analyse moniste, en considérant que le droit étatique serait forcément plus dur que le droit non étatique.[1]

[1] M. Mekki, *Propos introductifs sur le droit souple, in* Le droit souple, pp. 1-23, n° 5.

- **2°** Les ordres sociaux se recoupent, s'imbriquent parfois, phénomène que Santi Romano avait appréhendé sous le prisme de la relevance. Ces recoupement peuvent résulter de l'identité des objets qu'ils régissent (par exemple l'entreprise et la relation médicaleappartiennent tant à l'ordre étatique qu'à l'ordre professionnel). Cela peut résulter de ce qu'ils partagentles mêmes sujets de droit (les chefs d'entreprise, les médecins) mais aussi, pour ce qui nous intéresse, parce qu'ils peuvent contenir les mêmes modèles de conduite.
- **3°**Ces ordre entretiennent des rapports dynamiques qui se traduisent par des mécanismes de mimétisme ou de différenciation des normes : un ordre social A va se rapprocher d'un ordre B en reprenant un de modèle présent dans B ou au contraire s'en éloigner en abandonnant le modèle de conduite qu'il partageait avec B.

Ces observations liminaires faites, intéressons-nous à présent à deux manifestations différentes du droit souple. D'abord la déontologie médicale et ensuite les code de gouvernance d'entreprise

II. Pour la déontologie médicale

Avant de donner des illustrations de ce phénomène d'internormativité à propos de la déontologie médicale, je voudrai préalablement démontrer que celle-ci se rattache bien au sujet qui nous réunit aujourd'hui, car depuis 1940 cela peut être discuté

A. La déontologie médicale, une composante du droit souple (3'23)

Avant 1940, il ne faisait guère de doute que les normes déontologiques, bien que peu élaborées et peu formalisées, constituaient une manifestation du droit souple de la responsabilité civile. En effet ces normes étaient forgées par la communauté des médecins,en dehors de toute habilitation étatique et pourtant les médecins tentaient parfois de s'en prévaloir dans les prétoires pour exclure ou limiter leur responsabilité.

À partir des années 1940, le statut de la déontologie médicale est devenu plus compliqué, car celles-ci ont été formalisées dans un code, produit par un ordre des médecins, nouvellement créé et publié sous la forme d'un décret en Conseil d'État.Par là, ces normes ont donc été intégrées à l'ordre juridique étatique. Et pas n'importe laquelle ! La formalité mise en place — décret en conseil d'État — confère à ces normes la plus haute valeur que peut avoir un acte réglementaire. D'où cette conséquence que les médecins peuvent désormais former un recours pour excès de pouvoir contre tous les actes réglementaires qui, d'une valeur inférieure au décret en Conseil d'État, viendraient contredire les dispositions de leur code de déontologie !Cette intégration de la déontologie s'est renforcée en 2004 lorsque le code de déontologie médicale a été intégré dans la partie réglementaire du code de la santé publique. Un code dans un code donc. D'où cette conséquence que cohabitent désormais par exemple dans le code de la santé publique, tant des dispositions déontologique sur les « devoirs des médecins envers leurs patients » (R. 4127-32 s. CSP) que des dispositions non-déontologiques sur les « droits des personnes malades » (L. 1110-1 s. CSP)

Malgré cette forte intégration de la déontologie dans l'ordre juridique, le phénomène du droit souple n'a pas totalement disparu car,d'un ordre social à l'autre, les normes déontologiques sont différentes d'une part, ce qui laisse la place à un jeu d'influence d'autre part.

D'une part, d'un ordre social à l'autre les normes sont différentes. Dans l'ordre professionnel, ces normes sont conçues comme s'appliquant tant dans les rapports entre les médecins et l'ordre qu'entre médecins et patients. En revanche, dans l'ordre étatique, ces

normes n'ont pour destinataires que les médecins et les autorités régulant leur activité (arg. art. L. 4127-1 et R. 4127-1 pour les assujettis etL. 4124-2 CSP pour les bénéficiaires). Ceci se traduit notamment par le fait que le non respect de ces normes n'entraîne que des sanctions disciplinaires internes à la profession. À cet égard ces normes déontologiques se distinguent des normes non déontologiques contenues dans les articles L. 1110-1 et suivant du code de la santé publique, qui ont elles une portée générale et qui peuvent donc être invoqués par tous, notamment dans le cadre d'action en responsabilité civile.

D'autre part, cette différence rend possible un jeu d'influence. L'on constate en effet que les juges étatiques, poussés par des plaideurs retenant une conception lâche de la déontologie étatisée,confèrent à ces normes une portée qu'elles n'ont pas. C'est ainsi que les magistrats vont utiliser ces règles déontologiques dans une responsabilité civile et non disciplinaire et en outre qu'ils vont le faire à l'égard denon médecins, et c'est là que réside cette manifestation du droit souple de la responsabilité civile.

Au demeurant, cette occurrence à la déontologie est devenue aujourd'hui si présente dans les décisions des magistrats, y compris dans les visas, que nombre d'auteurs semblent avoir perdue de vue que la déontologie n'est pas une règle de droit en dehors du champ disciplinaire.Fort heureusement, lorsqu'on cherche bien, l'on trouve encore des décisions qui refusent de reconnaître à la norme disciplinaire cette nature de règle de droit en dehors du champ disciplinaire, rappelant ainsi, à qui veut bien les lire, qu'en dehors du champ disciplinaire la déontologie n'est pas reconnue dans l'ordre juridique étatique. Règle sans doute, mais règle de droit, non.

Le statut de droit de souple de la déontologie ayant été justifié, venons-en à présent aux utilisations de la déontologie médicale dans le droit de la responsabilité civile.

B. Les manifestations de cette influence

L'étude du contentieux de la responsabilité civile, fait apparaître que la déontologie peut être utilisée à propos de l'existence même d'une responsabilité ou à propos de la faute.

1. L'influence sur l'existence de la responsabilité (2,30)

Historiquement, la déontologie médicale a d'abord été utilisée par les médecins pour s'exonérer de toute responsabilité. En effet, lorsque pour la première fois la responsabilité civile des médecins a été recherchée sur le fondement de l'ancien article 1382 du code civil, il a été soutenu par les médecinsque la liberté de prescription, aujourd'hui codifiée dans l'article 8 du code de déontologie médicale,faisait obstacle à une telle action. Argüant qu'au sein de l'ordre professionnel des médecins, la liberté de prescription imposait que le médecin ne soit responsable que devant sa conscience, les médecins ont soutenu qu'il devait en aller de même dans l'ordre juridique étatique, et cela dans l'intérêt du malade, bien sûr !L'argument, qui était trop contraire à la généralité de l'article 1382 du code civil (« tout fait quelconque ») et qui s'ancrait trop dans la tradition des privilèges de l'Ancien Droit,a été rejeté parla Cour de cassation dans l'arrêt Thouret-Noroy de 1835[2]. L'ordre étatique a donc refusé de reconnaître cette norme déontologique.

Un autre exemple d'influence de la déontologie sur l'existence même de la responsabilité peut être trouvé dans un arrêt rendu en 2002 où, à l'inverse, la déontologie est utilisée par les magistrat pour refuser au médecin une immunité qui lui aurait sinon profitée. Il s'agissait dans cet arrêt de savoir si le médecin salarié pouvait bénéficier de l'immunité que la Cour de cassation, dans une autre formation, venait de reconnaître au préposé lorsque sa responsabilité

2

était recherchée par son commettant. Pour la Cour de cassation, l'article 10 de l'ancien code de déontologie médicale, posant le principe d'indépendance du médecin, implique que le médecin salarié ne saurait bénéficier de cette immunité !Si, dans cet arrêt, la déontologie est prise en compte, c'est parce qu'au jour où cet arrêt de 2002 est rendu la portée et la pérennité de ce cas d'immunité n'est pas encore assuré. En revanche lorsque,quelques années plus tard, la même question vient à se poser devant la Cour, à une date où l'immunité du préposé s'est densifiée, il sera refusé de faire produire une telle conséquence à la norme déontologique : le médecin salarié bénéficiera de l'immunité.

À côté de ces hypothèses où la déontologie influence l'existence même de la responsabilité, existent aussi celles, plus nombreuses, oùla déontologie influence la caractérisation de la faute.

2. L'influence sur la faute (2'30)

À la suite de l'arrêt *Thouret-Noroy*que nous avons tout à l'heure évoqué, les médecins vont changer de stratégie et cherchant désormais seulement à voir leur responsabilité allégée, ils vont soutenir que la liberté de prescription implique que leur responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde.

Cette fois, cela marche ! Nombre de juridictions, y compris la Cour de cassation[3], vont accepter l'argument et, dès lors, rejeter les actions en responsabilité des patients. Exemplaire est à cet égard un arrêt rendu par la Cour royal de Besançon en 1844qui, après avoir rejeté en des termes vifs l'idée d'irresponsabilité, soutient que cet assouplissement de la responsabilité permet de « concilie[r] la liberté nécessaireà l'art et à l'opération avec les justes garanties dues à la société toute entière »[4].

Si la norme déontologique est cette fois reconnue par l'ordre juridique étatique, c'est parce qu'elle profite d'une incertitude du droit positif de l'époque sur la question de savoir si le nouveau code civil a ou non maintenu la hiérarchie des fautes : *culpa lata*, *culpa levis* et *culpa levissima*. C'est donc en s'engouffrant dans cette brèche que les avocats des médecins vont parvenir, jusqu'au débutdu XXe siècle[5], date à laquelle la théorie de la hiérarchie des fautes a perdu du terrain, à utiliser la liberté de prescription pour assouplir la responsabilité des médecins.

Ce n'est que lorsque l'idée de cette hiérarchieva définitivement disparaître, vers la fin du XIXe siècle, que les médecins perdront ce privilège de la faute lourde[6]

Est-ce à dire pour autant que la déontologie a perdu toute influence dans l'ordre juridique étatique ? Non. Une recherche de l'utilisation de la déontologie par la Cour de cassation permet de faire apparaître au moins une cinquantaine d'arrêts où la Cour se réfère

[3] Not. Cour royale de Besançon, préc. ; CA Colmar, 10 juill. 1850 : *DP* 1852, 2, 196 ; T. civ. St-Quentin, 22 mai 1861 : *droit*, n° 27-28 mai 1861. Cass. 1865 ??? Comp. 1862

[4] CA Besançon, préc.. *Adde* T. civ. Valenciennes, 26 déc. 1930 : *S*. 19301, 2, 221

[5] Refusant la faute lourde : Trib. corr. d'Évreux, 16 nov. 1892 :*GP* 1922, 2, 618 ; Req., 21 juillet 1919, *D*. 1920, 1, 30 ; T. civ. Seine, 23 février 1914 : *GP*, 1914, 2 et 1915, p. 242 ; CA Toulouse, 25 mai 1938 :*GP* 1938, 2, 363. Il faut attendre la fin des années 1930 pour que tendent à disparaître, mais au sein de la seule jurisprudence judiciaire, toute exigence de faute lourde.

[6] Il est intéressant que plus de 80 ans après ce retour au droit commun les médecins tentent encore parfois d'assouplir le standard de la faute en avançant leur liberté de prescription. en se fondant sur leur liberté de prescription. Un arrêt du 14 oct. 2010 de la Cour de cassation en donne une illustration. Face à un médecin qui tentait de se soustraire au droit de la responsabilité en avançant la liberté de prescription prévue par l'article 8 du code de déontologie médicale, il est répondu que ce principe « ne trouv[e] application que dans le respect du droit de toute personne de recevoir les soins les plus approprié à son âge et à son état, conformes aux données acquises de la science et ne lui faisant pas courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. »

explicitement à la déontologie, y compris dans le visa,afin de constater que ces normes ont été violées et donc qu'une faute été commise. La déontologie est par exemple utilisée pour préciser les contours de l'information pré-contractuelle due au patient ou de l'obligation de moyen à laquelle est tenue le médecin[7]. Elle peut aussi être mobilisée par les juges dans les rapports entre professionnels de santé pour déterminer les contours de la concurrence déloyale.

L'on constate donc aujourd'hui un rapprochement normatif certain entre l'ordre étatique et l'ordre professionnel.

Pourquoi ce recours ? Tout simplement car ces normes déontologiques sont désormais aisément accessibles au magistrats via leur introduction dans le code de la santé publique et qu'elles leur fournissent des instruments commodes pour préciser l'obligation générale de ne pas nuire à autrui ou encore le devoir général d'information. Ce d'autant plus que, comme le relevait un magistrat appelant ses collègues à se fonder sur la déontologie,la « qualité et la précision des derniers codes »[8] pousse en ce sens.

C. Un regard critique sur cette influence

Qu'en penser ?

- Pour les magistrats utiliser la déontologie c'est se simplifier la tâche : point besoin de tenter de préciser pour le cas qui leur est soumis les contours du devoir général de ne pas nuire autrui. En outre, lorsque la décision aboutit à une condamnation des médecins, utiliser la déontologie renforce sans doute l'acceptabilité de leur décision à l'égard du médecin qui se verra appliqué une norme élaborée par ses représentants.
- Pour le patient, la déontologie permettra souvent d'alléger la charge de la preuve de la faute et donc l'indemnisation : en effet il est toujours plus facile de prouver la violation d'un texte bien précis que de l'obligation générale de ne pas nuire à autrui,
- Pour les médecins, le recours à la déontologie les assure d'une certaine façon que les normes qui leur sont appliqués pour déterminer une éventuelle faute sont adaptées à la réalité de leurs pratiques.

Pourtant, le fait que la déontologie soit considérée comme une règle de droit en dehors du champ disciplinaire nous paraît erroné techniquement, comme nous l'avons indiqué plus haut, et surtout cela conduit parfois à des solutions iniques. Croyant que la déontologie est règle de droit, notamment parce qu'elle figure dans le code de la santé publique, les juges l'appliquent directement, sans vérifier préalablement l'opportunité de cette règle dans l'ordre juridique. Si, dans la plupart des cas, cela ne pose pas de problème, l'exemple de l'immunité du préposé, montre qu'il peut en aller autrement. L'on pourrait également citer un arrêt de 2003, conduisant cette fois à une solution inique pour le patient et qui, sur le fondement du code de déontologie, juge que le médecin n'engage pas sa responsabilité lorsqu'ildissimule une information à son patient pour un but thérapeutique.

Où l'on voit que si l'on voulait demain éviter ces inconvénients, il conviendrait de mieux prendre conscience de la nature de la déontologie médicale lorsqu'elle est invoquée dans un contentieux en responsabilité civile. Pour ce faire, l'on peut formuler les 2 propositions suivantes :

- Pratiquement : sortir la déontologie médicale du code de la santé publique et la placer dans un code DES déontologies où figurerait l'ensemble des codes des professions réglementées d'une part et comprenant des principes généraux précisant la nature et la portée de ces normes déontologiques.

---

[7] Cass. 1re civ., 6 avr. 2016 à propos de l'obligation de surveillance de l'état du patient (art. R. 4127-32 - 33) …

[8] P. Sargos, *JCP G*, 1997, II, 22829,n° 14 rapport sous Cass., 1re civ. 18 mars 1997, n°95-12.576 : *Bull.*, I, n° 99.

- Théoriquement : sortir la déontologie de cette zone grise qu'est le droit souple — ni tout à fait dans l'ordre juridique étatique, ni tout à fait dehors — pour la placer résolument dans un ordre juridique professionnel.