

# Qualification juridique du « colloque singulier » : faut-il en finir avec le contrat ?

Paul Véron\* et François Vialla\*\*

<b>Introduction</b> .....	247
<b>I. L'assaut : la remise en cause de l'analyse contractuelle</b> .....	255
A. Le contrat trop large.....	255
1. Le contrat inadapté .....	256
2. Le contrat inutile.....	260
B. Le contrat trop étroit .....	262
1. La relation de soins en secteur public.....	262
2. La relation de soins imposée au patient.....	264
<b>II. Le sursaut : le dépassement de l'analyse contractuelle</b> .....	266
A. L'évolution du droit positif.....	266
B. Les propositions de la doctrine .....	271
1. Le statut .....	271
2. La décision.....	273

---

\* Docteur en droit, Centre européen d'études et de recherche droit et santé, UMR 5815, Université de Montpellier.

\*\* Professeur des universités, directeur du Centre européen d'études et de recherche droit et santé, UMR 5815, Université de Montpellier.



## Introduction

Un rien désuète mais pourtant fréquemment utilisée pour qualifier la relation unissant le médecin et le malade, l'expression « colloque singulier », soulève parfois l'intérêt amusé, voire ironique, des experts contemporains « *es relation de soins* ». Elle tend à ancrer les liens unissant « l'homme de l'art » et « son » patient dans la tradition binaire Hippocratique<sup>1</sup>. Parfois présentée comme un « mythe français »<sup>2</sup> cette formule est née sous la plume de George Duhamel : « le colloque du médecin et du malade est essentiellement un colloque singulier, un duo entre l'être souffrant et celui dont il attend délivrance. Entre ces deux personnages existe presque toujours un secret »<sup>3</sup>. Ainsi que le soulignait Henri Péquignot, « L'expression a fait fortune, l'acte médical est un colloque singulier, c'est à dire une espèce de duo qui ne comporte dans le silence du cabinet que deux personnages : le médecin et le malade. C'est un acte clos dans l'espace et dans le temps qui commence par une confession, qui se continue par un examen et qui se termine par une prescription. Il y a unité de temps, de lieu et d'action. Cette rencontre, on l'avoue bien, est celle d'une technique scientifique et d'un corps, mais on aime à souligner que se sont

<sup>1</sup> ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., « colloque », en ligne : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm> : « n. m. XV<sup>e</sup> siècle, mais surtout popularisé par les *Colloquia* (1518-1535) d'Érasme. Emprunté du latin *colloquium*, "entretien, discussion, entrevue" : 2. Entretien, plus ou moins confidentiel, entre deux ou plusieurs personnes ».

<sup>2</sup> V. A.-C. HARDY, *Travailler à guérir. Sociologie de l'objet du travail médical*, Rennes, Presses de l'E.H.E.S.P., 2013 ; L'expression cependant n'est pas sans être connue au-delà des frontières hexagonales. Pour s'en convaincre, voir le riche article du dédicataire de ces lignes, P. MOLINARI, *Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux*, Droit de la santé : fondements et perspectives, Actes de la 10<sup>e</sup> Journée de droit de la santé, Institut de droit de la santé, Neuchâtel, Université de Neuchâtel, 2004, p. 9 [Collection Bibliothèques numériques de l'Université de Montréal, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca>, notamment §2.1, p. 11 et suiv.]

<sup>3</sup> G. DUHAMEL, *Paroles de médecin*, Monaco, Rocher, 1946. Voir, du même auteur, *Problème de l'heure*, 1957 : « Entre le médecin de famille et l'homme souffrant s'engageait ce qu'il m'est arrivé d'appeler déjà "un colloque singulier", un colloque d'homme à homme », . L'expression apparaît sous sa plume pour la première fois dans « Les excès de l'étatisme et les responsabilités de la médecine », (1934) *Revue des deux mondes* 277.

essentiellement deux âmes, ou, si l'on préfère, un langage plus moderne, deux personnes humaines qui réagissent l'une sur l'autre»<sup>4</sup>.

Ainsi appréhendée la relation de soins s'inscrit résolument dans une dimension intimiste, dont la pierre angulaire est la confiance que le patient octroie au soignant, à sa science et sa conscience. Longtemps cette confiance fut considérée comme celle «d'un profane à un initié»<sup>5</sup> avant de marquer «le rapport de l'ignorant au savant»<sup>6</sup>. Ainsi les auteurs du *Traité de droit médical* soulignaient-ils, en 1956, que «le contrat médical correspond nécessairement à un acte de confiance double : celui d'un ignorant envers un savant, celui d'un faible envers un protecteur»<sup>7</sup>. Cette confiance conduit le malade à se livrer, corps et âme, à celui ou celle à qui il confie sa santé et dont il espère la guérison, «La confiance a toujours été considérée comme indispensable au bon fonctionnement de certaines professions dont le rôle est jugé nécessaire au bien commun de la société parmi lesquelles, au premier chef, les soignants»<sup>8</sup>. Elle a pour socle le secret : «Il n'y a pas de soins sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret»<sup>9</sup>. On a pu alors considérer que «tout acte médical normal n'est, ne peut être, ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience»<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> H. PÉQUIGNOT, *Médecine et mode moderne*, coll. «L'homme et la machine», Paris, Les éditions de minuit, 1953, p. 7.

<sup>5</sup> R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2<sup>e</sup> série, Paris, Dalloz, 1959, p. 189 [chap. VII sociologie juridique des professions libérales] : «N'imaginons pas que tout soit disparu de ce fondement mystique initial des professions libérales ! le représentant d'une de ces professions donnera encore aujourd'hui à ces devoirs un côté "religieux" ; il s'attribuera un "ministère", voir un "sacerdoce"».

<sup>6</sup> R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2<sup>e</sup> série, Paris, Dalloz, 1959, p. 191.

<sup>7</sup> R. SAVATIER, J. SAVATIER, J.-M. AUBY et H. PÉQUIGNOT, *Traité de droit médical*, Paris, Litec, 1956, p. 224.

<sup>8</sup> B. PY, «Secret professionnel», dans F. VIALLA (dir.), *Les grandes Décisions du Droit Médical*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014, p. 306.

<sup>9</sup> Commentaire de l'art. 4 du *Code de Déontologie Médicale*, citation tirée de B. HOERNI, *Éthique et déontologie médicale*, Paris, Masson, 2000.

<sup>10</sup> L. PORTES, *Du consentement à l'acte médical. À la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson, 1964, p. 163.

Assurément cette relation binaire est bouleversée dans une société entrée « au temps de l'équipe et de l'équipement »<sup>11</sup> et « peu à peu, la médecine moderne, aux connaissances de plus en plus développées, a fini par considérer la maladie plutôt que le malade. Le médecin tend à devenir un “technicien de l'organe malade”, et le malade un “usager de la médecine”, voire un simple consommateur »<sup>12</sup>.

Pour autant, ce « mythe fondateur » qu'est le « colloque singulier » perdure, comme en atteste certains textes de droit positif<sup>13</sup>. La question de sa qualification juridique se pose alors avec acuité.

<sup>11</sup> R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2<sup>e</sup> série, Paris, Dalloz, 1959, n<sup>o</sup> 205, p. 229 [chap. VII « sociologie juridique des professions libérales »]; Trib. civ. de la Seine, 27 juin 1956, J.C.P. 1956.II.9624, note Savatier « On doit prendre garde cependant à l'évolution des techniques médicales qui oblige les malades à faire de plus en plus confiance, non seulement à un médecin librement choisi par eux, mais aussi à l'équipe qui travaille avec lui »; C. BOILEAU, « L'évolution de la responsabilité civile de l'équipe médicale », dans F. VIALLA (dir.), *Les grandes Décisions du Droit Médical*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014, p. 750 : « Au temps de l'équipe, car notre société commande de plus en plus la spécialisation des professionnels, induisant la coopération et la pluridisciplinarité. Au temps de l'équipement, car l'équipe s'inscrit désormais principalement dans une structure d'exercice, (...) lui offrant les infrastructures nécessaires »; C. BOILEAU, *Le statut de l'équipe médicale en droit privé*, thèse de doctorat, Montpellier, Faculté de droit, Université de Montpellier, 2007.

<sup>12</sup> D. SICARD, *Penser solidairement la fin de vie*, coll. « Rapports officiels », Paris, La documentation française, décembre 2012, p. 28 [Partie II « la médecine désarmée »] (commission Sicard); F. VIALLA, « *Salutas vos Lucas medicus carissimus*. L'ambivalence des devoirs des soignants », *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, t. 2, Bordeaux, LEH Éditions, 2015, p. 209.

<sup>13</sup> V. *Code de la santé publique*, art. L1111-2 al. 3, relatif à l'information due par le professionnel de santé au patient : « Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel »; Notons, qu'en la matière, les *Recommandations de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé*, mai 2012, en ligne : [www.has.fr](http://www.has.fr), s'inscrivent dans cette logique : « La délivrance de l'information, qui implique un dialogue, se fait toujours dans le cadre d'un entretien individuel. Celui-ci permet d'ajouter aux informations génériques des éléments adaptés à la situation de la personne, ainsi que de répondre aux questions qu'elle se pose, et de lui permettre d'exprimer ses préférences. La délivrance de l'information requiert du tact, du temps et de la disponibilité, ainsi qu'un environnement adapté. Elle s'inscrit dans un climat relationnel alliant écoute et prise en compte des attentes de la personne. Il est souvent nécessaire de délivrer l'information de façon progressive et en plusieurs fois. Elle est réitérée à chaque fois que cela est nécessaire et elle

Ce « colloque singulier » est-il fongible dans le moule contractuel ? Telle est l'une des questions qui agite la doctrine française de droit médical<sup>14</sup> depuis que la Cour de cassation a affirmé, dans le célèbre arrêt Mer-

---

est régulièrement actualisée » ; V. F. VIALLA, « HAS, Recommandations de bonnes pratiques relatives à la délivrance de l'information à la personne sur son état de santé », (*Revue Droit et Santé* 2013.51.88, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr)).

<sup>14</sup> Pour la défense du modèle contractuel, not., G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.E.H., 2010, n° 435 et suiv. et G. MÉMETEAU et M. GIRER, *Cours de droit médical*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.E.H., 2016, n° 440 et suiv. ; F. LEDUC, « Pas de *requiem* prématuré pour l'arrêt Mercier », R.D.C. 2011.345 ; M. BACACHE, « Longue vie à l'arrêt Mercier », R.D.C. 2011.335 ; *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé*, RTD Civ. 2002.574, com. Bellivier et Rochfeld ; B. MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? Étude à partir de la relation médicale*, Thèse droit privé, Paris 2, 2016. Notons qu'avant même l'arrêt Mercier, certains auteurs défendaient la nature contractuelle de la relation médicale. Par ex., R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Rousseau, 1927, n° 181 ; J. MAZEN, *Essai sur la responsabilité civile des médecins*, Paris, Dalloz, 1934 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Sirey, 1938, n° 1287. R. BESSERVE, « Le contrat médical », J.C.P. 1956.I.1309 ; G. MÉMETEAU, *Construction et déconstruction du contrat médical par la cour de cassation*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 253 ; sur la « déconstruction du contrat médical ? » V. G. MÉMETEAU et M. GIRER, *Cours de droit médical*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.E.H., 2016, n° 459 et suiv. ; Pour la critique de ce modèle, not., M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Paris, L.E.H., 2008 ; M. GIRER, *Chronique de la mort annoncée du contrat médical ?*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 387 ; M. GIRER, « Relation de soins et lien contractuel », dans F. VIALLA (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014, p. 410. M. GIRER, « La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ? », dans ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DE LA SANTÉ (dir.), *Consentement et santé*, Paris, Dalloz, 2014, p. 55 ; G. MÉMETEAU et M. GIRER, *Cours de droit médical*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.E.H., 2016, n° 474 et suiv. ; Également, entre autres, F. DREIFUSS-NETTER, « Feu la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », R.C.A. 2002.chr.17.5 ; J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et de résultat*, Paris, L.G.D.J., 2001, n° 801 et suiv. ; D. THOUVENIN, « La référence au contrat de soins dans les expérimentations sur l'homme », *Éthique médicale et droits de l'homme*, Paris, Acte sud/Inserm, 1988, p. 123 ; P. MALAURIE, *La responsabilité civile médicale*, Issy-les-Moulineaux, Defrénois, 2002, p. 1516 ; sur cette qualification V. P. MOLINARI, *Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux*, Droit de la santé : fondements et perspectives, Actes de la 10<sup>e</sup> Journée de droit de la santé, Institut de droit de la santé, Neuchâtel, Université de Neuchâtel, 2004, p. 11 et suiv. [Collection Bibliothèques numériques de l'Université de Montréal, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca>, notamment §2.1, p. 11 et suiv.]

cier du 20 mai 1936<sup>15</sup>, « qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement » de délivrer des soins « consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ». L'analyse de cette décision laisse cependant apparaître que c'est aussi pour des raisons d'opportunité<sup>16</sup> que les magistrats de la chambre civile s'étaient ici placés sur le fondement contractuel. Il s'agissait de contourner la prescription de trois ans, alors applicable en matière de responsabilité civile extracontractuelle, afin de permettre à la victime, Dame Mercier, atteinte d'une radiodermite des muqueuses de la face à la suite de l'utilisation imprudente d'un traitement aux rayons X par le docteur Nicolas, d'obtenir réparation de ses préjudices corporels. Qu'à cela ne tienne, le contrat s'imposait désormais comme le fondement juridique de la relation médicale, du moins celle qui se noue en médecine libérale, mettant en scène un échange de prestations, la délivrance de soins contre le versement d'honoraires, et expliquant la naissance d'un rapport d'obligations réciproques. Le contrat médical allait alors se révéler le creuset du développement des droits du patient et des obligations du professionnel<sup>17</sup>, reflet symbolique d'une égalité entre les parties. Dans ses célèbres conclusions Matter soulignait que « si par le passé, l'existence d'un tel contrat a été contestée par certains auteurs, et très considérables (Aubry et Rau, Demolombe), à l'heure actuelle les juristes modernes n'hésitent plus que sur le nom, l'étiquette à lui donner ; les uns veulent y voir un mandat, les autres un louage

<sup>15</sup> Cv. 20 mai 1936, D.P. 1936.1.88, note E.P., rapp. Josserand, concl. Matter [« Mercier »] ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41 ; S. 1937.1.321, note Breton ; J.C.P. 1936.1079, G.A.J.C. 1936.2.161 ; V. F. VIALLA (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014.

<sup>16</sup> Pour une analyse de ces éléments : J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyen et de résultat*, Paris, L.G.D.J., 2001, n° 801 et suiv. ; M. MORLAAS-COURTIES, *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier 1, 1999, n° 42 et suiv. ; B. MANSART, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris 1, 1999, n° 516 et suiv. ; M. GIRER, *Contribution à une analyse renouvelée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Paris, L.E.H., 2008, n° 71 et suiv. ; G. MÉMETEAU et M. GIRER, *Cours de droit médical*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.E.H., 2016, n° 450 et suiv. : les auteurs évoquent « la fabrique de l'arrêt Mercier ».

<sup>17</sup> L. KORNPROBST et S. DELPHIN, *Le contrat de soins médicaux*, Paris, Sirey, 1960, p. 25, qui relèvent cette fonction du contrat comme « procédé technique, un moyen de rendre compte d'effets de droit que l'on ne peut expliquer autrement ».

de service [...] les autres un louage d'industrie [...] ou encore un louage d'ouvrage ; et d'autres plus prudents, avec la Cour de cassation elle-même dans un vieil arrêt, n'y voient qu'un contrat innomé, sui generis. Je me rattacherais volontiers à un tel système ». La référence aux « juristes modernes » nous conduit à l'humilité dans cette nouvelle querelle des anciens et des modernes ; les modernes d'antan sont contestés de nos jours, ceux d'aujourd'hui le seront probablement à leur tour. Il n'en reste pas moins que le « dogme » du contrat médical s'effrite<sup>18</sup>.

S'intéresser à la qualification contractuelle de la relation de soins impose cependant de définir un tant soit peu les principaux termes de la réflexion.

La relation de soins, tout d'abord, celle qui se noue entre un médecin et un patient, fut qualifiée, nous l'avons vu, de « colloque singulier ». On sait que celle-ci a connu d'importantes évolutions<sup>19</sup> depuis 1936, dont certaines amènent à réenvisager son appréhension. Ces mutations concernent l'environnement sociologique, économique, et... juridique de la relation : phénomène de collectivisation de la prise en charge<sup>20</sup>, exercice de la médecine en équipe, création de parcours de soins et constitution de

<sup>18</sup> M. GIRER, *Contribution à une analyse renouvelée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, préc., note 14 ; P. SERLOOTEN, « Vers une responsabilité professionnelle », dans *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, 1981, p. 805.

<sup>19</sup> Sur ces évolutions : P. MOLINARI, *Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux*, *Droit de la santé : fondements et perspectives*, Actes de la 10<sup>e</sup> Journée de droit de la santé, Institut de droit de la santé, Neuchâtel, Université de Neuchâtel, 2004.

<sup>20</sup> Sans pour autant que l'équipe constitue en droit une entité juridique autonome : C. BOILEAU, *Le statut de l'équipe médicale en droit privé*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier 1, 2007 ; C. BOILEAU, « L'équipe médicale : une existence évidente pour le professionnel de santé, mais discutable pour le juriste », *R.G.D.M.* 2004.14.33. C. BOILEAU, « L'évolution de la responsabilité civile de l'équipe médicale », dans F. VIALLA (dir.), *Les grandes Décisions du Droit Médical*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014, p. 750 ; M. GUIGUE, « La responsabilité pénale au sein de l'équipe de soins », dans F. VIALLA (dir.), *Les grandes Décisions du Droit Médical*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014, p. 492 ; Une évolution est notable dans les textes de droit positif français puisque l'équipe de soin fait désormais l'objet d'une définition légale : *Code de la santé publique*, art. L1110-12 [Créé par Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 – art. 96] ; F. VIALLA, « Secret partagé », (2016) *Revue Droit & Santé* [hors-série consacré à la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016] ; on notera encore la multiplication des hypothèses de recours à la « procédure collégiale » encadrant la décision : F. VIALLA, « γπνοσ ή θάνατος ? hypnos ou thanatos ? », *Loi n° 2016-87 du*



réseaux de santé<sup>21</sup> ; montée en puissance des droits fondamentaux et développement de l'ordre public sanitaire<sup>22</sup> ; spécialisation et technicisation croissante de la médecine ; consumérisation (apparente ?) du droit de la santé<sup>23</sup> ; élargissement du champ d'intervention du médecin, notamment vers des activités de confort ou de convenance personnelle<sup>24</sup>. Ajoutons à cela le mouvement de relative convergence entre les secteurs public et privé(s) et l'unification notable des droits du patient et des règles de la responsabilité médicale depuis l'adoption de la loi du 4 mars 2002<sup>25</sup>. Ce dernier constat n'est pas sans effet sur la manière d'appréhender le rapport médical, notamment sur l'opportunité de proposer un modèle de lecture unique qui transcende le clivage « public-privé ».

Le contrat, ensuite, figure emblématique du droit privé, est le mode de régulation des rapports entre les hommes par excellence. Les contours de la notion ne sont cependant pas parfaitement établis en doctrine, mais la plupart des auteurs s'accordent sur l'idée qu'il est une manifestation bilatérale de volonté destinée à créer des effets de droit<sup>26</sup>, et singulière-

---

2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *R.G.D.M.* 2016.59, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr).

- <sup>21</sup> J.-L. ROMANENS, « Des réseaux, centres, maisons et pôles de santé, pour quels services ? », *Revue Droit & Santé* 2012.49.635, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr).
- <sup>22</sup> S. RENARD, *L'ordre public sanitaire*, thèse de doctorat, Rennes, Université de Rennes 1, 2008.
- <sup>23</sup> A. LAUDE, « Le consommateur de soins », *D.* 2000.415 ; M.-L. MOQUET-ANGER, « Le malade à l'hôpital public : client, usager et/ou citoyen ? », *R.G.D.M.* 2004.12.43. Une consumérisation à nuancer cependant : G. ROUSSET, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Paris, L.E.H., 2009.
- <sup>24</sup> S. PARICARD, « La médecine saisie par la convenance personnelle », *Mélanges G. Mémeteau*, t. 2, Paris, L.E.H., 2015, p. 25.
- <sup>25</sup> 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.* 2002.1291 ; 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 », *J.C.P. G.* 2002.I.141, n° 6 ; L. BLOCH, P. COMBEAU et H. GROUDEL (dir.), *Dix ans d'application de la loi Kouchner*, Paris, L.E.H., en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr).
- <sup>26</sup> J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990.147 : « Pour qu'un accord soit véritablement contrat, il faut qu'il ait été conclu en vue de produire des effets juridiques » ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2013, p. 414 : « la doctrine française s'accorde a minima, aujourd'hui, sur deux éléments de définition : le contrat procéderait d'une rencontre des volontés de deux ou plusieurs parties ;

ment des obligations. Or, c'est précisément au regard de cette définition technique permissive et relativement consensuelle que l'identification d'un « véritable contrat » médical pose problème. En effet, le contrat est un instrument qui sert à réaliser et sécuriser une opération concrète, le plus souvent une opération économique d'échange<sup>27</sup>, bien qu'on lui reconnaisse une portée plus large que le champ économique, et qu'il ne serve pas exclusivement des opérations d'échange. Il peut notamment avoir une fonction d'organisation<sup>28</sup> et de coopération<sup>29</sup>. Or, si tout contrat porte nécessairement sur la réalisation d'une opération concrète – il n'est qu'un moyen au service d'une fin –, l'inverse n'est pas vrai. Certaines activités, certaines relations, même lorsqu'elles font intervenir une rencontre des volontés, ne nécessitent pas le recours à l'outil qu'est le contrat, parce qu'il n'est pas question, pour les parties, de s'engager ou de s'enfermer dans un lien d'obligation. L'impératif de sécurité juridique est dès lors absent ou secondaire. La promesse entre amis en constitue un exemple<sup>30</sup>, de même que l'entraide entre voisins ou l'acceptation d'une invitation<sup>31</sup>. L'accord donné à une relation sexuelle n'est pas un contrat. Dans ces exemples, les parties ne cherchent pas à se lier juridiquement. Il se pourrait que les enjeux de la relation de soins se situent également en marge de cet impératif de sécurisation des échanges<sup>32</sup>, bien qu'il y ait certes deux

---

cette rencontre tendrait à créer des effets de droit. Cependant, au-delà de ce consensus minimal, il existe toujours des oppositions, habitées par une palette de variations ».

- <sup>27</sup> F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Paris, Economica, 2008.
- <sup>28</sup> P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mélanges F. Terré*, Paris, Dalloz-PUF-Jurisclasser, 1999, p. 635.
- <sup>29</sup> S. LEQUETTE, *Le contrat coopération*, Paris, Economica, 2013.
- <sup>30</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 36 : « Les philosophes n'ont pas toujours suffisamment noté l'antinomie de l'amitié et du droit [...]. L'amitié, en effet, implique une volonté de se tenir en dehors du droit. Sinon, les amis auraient fondé une association selon le droit, une amicale. Et cela pourrait bien être la fin de leur amitié ».
- <sup>31</sup> E.H. PERREAU, « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTD Civ.* 1914.481.
- <sup>32</sup> C'est plus largement la difficile rencontre du droit et de la médecine qui a été soulevée par la doctrine : R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2<sup>e</sup> série, Paris, Dalloz, 1959, n<sup>o</sup> 213 et suiv. ; F. DREIFUSS-NETTER, « Les relations médecin-malade sont-elles codifiables ? », *Mélanges G. Wiederkehr*,

prestations identifiables, l'une (les honoraires) étant en effet la contrepartie de l'autre (le soin). C'est une autre « sécurité » qui est au cœur des règles régissant le rapport médical : celle de la personne du patient, qui n'est pas envisagé comme un contractant qui s'engage mais comme une personne humaine qui se soumet à des soins. Le droit médical fonctionnerait dès lors très largement en marge du contrat, parfois même en porte à faux par rapport à la logique contractuelle, en raison notamment de l'irruption des droits fondamentaux.

Il importe dès lors de rappeler les principaux arguments qui fragilisent l'analyse contractuelle, pour envisager, peut-être, de la dépasser. Après l'assaut (I), le sursaut (II) !

## I. L'assaut : la remise en cause de l'analyse contractuelle

Les arguments qui fondent la remise en cause du contrat médical peuvent être regroupés en deux ordres de critiques. Le contrat serait une figure à la fois trop large (A) et trop étroite (B) pour appréhender aujourd'hui la relation de soins<sup>33</sup>.

### A. Le contrat trop large

Trop large, le contrat l'est en raison de son caractère à la fois inutile<sup>34</sup> et inadapté, à de nombreux égards. Inutile car rares sont les éléments

---

Paris, Dalloz, 2009, p. 247 ; V. également, J.-M. AUBY, « Le droit et la médecine », R.R.J. 1976.2.76 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine », *Mélanges E. Langavants*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 127 ; F. DEMICHEL, « Les contradictions actuelles du droit de la santé (autour de la pensée d'A. Demichel) », (2004) 13 *R.G.D.M.* 169 ; A. DEMICHEL, « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », *Mélanges J.-M. Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 705 : « l'application, notamment du Code civil à la médecine a été pour le moins chaotique et ne s'est pas faite sans difficulté. Il faut reconnaître que les auteurs du Code civil se souciaient davantage de la propriété et de sa transmission que des droits de la personne. Aussi les médecins ont-ils mal accepté de se plier à ces règles faites par des marchands et pour des marchands ».

<sup>33</sup> La démonstration a été magistralement menée par Mme M. Girer, dont nous ne faisons ici que reprendre les arguments : M. GIRER, *Contribution à une analyse renouvelée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Paris, L.E.H., 2008.

<sup>34</sup> V. notamment, G. MÉMETEAU et M. GIRER, *Cours de droit médical*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.E.H., 2016, n<sup>o</sup> 498.

relevant du droit commun des contrats qui trouvent application dans le rapport médical (2). Inadapté, car il faut bien constater que les règles spécifiques du droit médical perturbent sérieusement certains principes essentiels du droit des contrat (1).

### 1. *Le contrat inadapté*

L'inadéquation du modèle contractuel a été dénoncée à plusieurs titres, en ce que les règles applicables à la relation médecin-patient seraient difficilement conciliables avec les principes fondamentaux du contrat. C'est en particulier la force obligatoire de ce prétendu contrat qui fait largement défaut. On s'accordera sur le fait que le propre du contrat est de lier les parties. L'accord de volontés oblige le débiteur à exécuter la prestation promise. En cas d'inexécution, il peut y être contraint en nature ou condamné à des dommages intérêts. Or, s'il y a bien dans le rapport médical une rencontre de deux volontés s'accordant sur les actes de soins à mettre en œuvre et éventuellement sur le montant des honoraires, on peut douter que cette rencontre des volontés engage véritablement les parties au sens où elle les obligerait à exécuter ou à recevoir la prestation « promise ».

Le constat est manifeste s'agissant du patient. Ce dernier peut refuser les soins à tout moment jusqu'à l'intervention<sup>35</sup>, quand bien même il aurait donné un consentement éclairé au médecin. Ce consentement donné par le patient ne l'engage pas mais autorise seulement l'accomplissement des soins sur sa personne<sup>36</sup>. Cette règle déroge à la logique contractuelle

<sup>35</sup> L. 1111-4 al. 2 et 4 CSP : « Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif (...). Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment » ; F. VIALLA, « Le principe du consentement », dans E. MARTINEZ et F. VIALLA (dir.), *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Ethique*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 128.

<sup>36</sup> Il semble désormais acquis en doctrine que « le consentement à une intervention médicale, à un acte de diagnostic, de prévention ou de soin n'est pas un consentement contractuel », F. DREIFUSS-NETTER, « Feu la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », R.C.A. 2002.10.chr.17. Ce n'est pas un « consentement qui engage » mais un « consentement qui protège ». V. C. LABRUSSE-RIOU, « Code civil et code de la santé publique », R.D.S.S. 2008.427 : « Le consentement du code de la santé publique est plus proche du code de la consommation que du droit civil. C'est que, pour

puisqu'en droit commun des contrats, un créancier ne peut faire échec par sa volonté discrétionnaire à l'exécution de sa créance. Elle se justifie par la protection des droits fondamentaux de la personne. Parce que l'acte médical touche au corps et à l'intimité, le patient ne peut promettre de se soumettre aux soins. A y réfléchir, une telle promesse donnée au médecin aurait d'ailleurs quelque chose d'absurde et il semble difficile de raisonner ici comme en matière de fourniture de biens ou de services. Comme le souligne Bertrand Mathieu, « le consentement dont il s'agit n'est pas celui du droit civil des obligations, c'est une garantie procédurale qui oblige les médecins à respecter un droit fondamental de la personne, celui que traduit le vieil adage *noli me tangere* »<sup>37</sup>.

On pourrait certes arguer que la faculté pour le patient de faire échec à l'exécution de sa créance ne condamne pas l'existence d'un contrat et qu'il en irait ainsi seulement s'il pouvait neutraliser sa propre obligation, celle de payer les honoraires. Or, précisément, le droit médical se présente là encore comme dérogatoire puisque le patient n'est tenu de régler que les actes déjà réalisés<sup>38</sup>. En d'autres termes, la créance d'honoraires naît de l'exécution des soins et non de l'accord des volontés<sup>39</sup>. Pour le patient, cet accord n'a donc aucun effet obligatoire.

---

ce dernier, le consentement libre et éclairé oblige celui qui l'émet, tandis que le code de la santé publique tend à protéger le profane contre une adhésion trop rapide aux propositions biomédicales ». Selon l'auteur, le consentement du patient ne serait « qu'une autorisation unilatérale, sans engagement, donnée par les personnes aux chercheurs ou aux médecins de faire usage de leur corps, pour leur bien ou pour le bien d'autrui ». Selon le doyen Nerson, il « relève d'une exigence inhérente au droit de chacun à la conservation de son intégrité corporelle », NERSON, « Le respect par le médecin de la volonté du malade », *Mélange G. Marty*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, 1978, p. 871.

<sup>37</sup> B. MATHIEU, *La bioéthique*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2009, p. 52 ; F. VIALLA, « Le principe du consentement », dans E. MARTINEZ et F. VIALLA (dir.), *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, Paris, L.G.D.J., 2013 ; M. GIRER, « La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ? », *Consentement et santé*, Paris, Dalloz, 2014, p. 55.

<sup>38</sup> Civ. 8 févr. 1932, D.H. 1932.1.202.

<sup>39</sup> M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Paris, L.E.H., 2008, n° 403 et suiv. qui cite notamment A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, L.G.D.J., 1960, n° 385 : « la question des honoraires est très accessoire. Le client a promis au

Du côté du médecin, un raisonnement en partie similaire peut être avancé. Le praticien se voit en effet reconnaître une faculté légale de refuser des soins, bien que ce droit soit encadré. Le code de la santé publique<sup>40</sup> dispose ainsi qu'« hors le cas d'urgence et celui où le professionnel de santé manquerait à ses devoirs d'humanité, le principe énoncé au premier alinéa du présent article ne fait pas obstacle à un refus de soins fondé sur une exigence personnelle ou professionnelle essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins ». Le droit de refuser une prise en charge ou des soins est donc subordonné à l'existence d'un motif légitime : le refus doit être objectivement justifié par un impératif lié à la qualité, la sécurité ou l'efficacité des soins<sup>41</sup>. Contrairement au patient, le médecin ne bénéficie donc pas d'un droit discrétionnaire au refus. La raison en est simple et tient au fait que la liberté reconnue au professionnel de refuser une prise en charge doit être conciliée avec l'accès aux soins et le droit fondamental à la protection de la santé. Certes, on ne peut contraindre un médecin à pratiquer des soins qu'il désapprouve sur un plan technique<sup>42</sup>. Pour autant, il n'est pas illégitime de sanctionner les abus manifestes, notamment les refus discriminatoires ou les refus systématiques de « patients CMU »<sup>43</sup>.

D'un point de vue contractuel, peut-on alors y voir une obligation conditionnée ? Par le consentement donné, le praticien serait tenu de réaliser les soins promis, seules certaines circonstances objectives pouvant

---

chirurgien une rémunération pour le cas où il se ferait opérer. Il n'a jamais promis, même sous condition suspensive potestative, de se faire opérer».

<sup>40</sup> L. 1110-3 *in fine* CSP ; R. 4127-47 CSP.

<sup>41</sup> V. F. VIALLA, « Le refus de soins peut-il induire une discrimination ? La réforme annoncée de l'article L. 1110-3 du code de la santé publique », (2009) 94 *Médecine & Droit* 2 et « Un accès aux soins facilité pour les bénéficiaires de la CMU : les avatars de l'article L.1110-3 du Code de la Santé Publique », (2010) 22 *Revue Droit & Santé* 67 [spécial Loi Hôpital Patients Santé et Territoire].

<sup>42</sup> V. F. VIALLA, « Indépendance du médecin, liberté thérapeutique, liberté de prescription », *Les grandes décisions du droit médical*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014, p. 265 et « L'indépendance du médecin à nouveau proclamée », note sous Trib. adm. Châlons-en-Champagne, 9 oct. 2015, *Médecine & Droit* 2016.33, en ligne : <http://dx.doi.org/10.1016/j.meddro.2015.12.005> ; G. MÉMETEAU, *Essai sur la liberté thérapeutique du médecin*, Étude de droit positif français, thèse, Paris, Poitiers, 1973.

<sup>43</sup> M. LHÉRITIER, « Le refus de soins opposé par le praticien libéral aux bénéficiaires de la couverture maladie universelle », R.G.D.M 2002.95. L. DELPRAT, « CMU complémentaire et refus de soins, une nouvelle mise en demeure », *R.D.S.* 2005.8.541.

l'en affranchir. Il s'agirait donc d'une obligation assortie d'une condition simplement potestative et comme telle, légale, ce qui serait compatible avec l'identification d'un contrat. Cette explication technique est toutefois largement artificielle. L'encadrement du droit pour le professionnel de refuser des soins existe en réalité *ab initio*, avant même toute rencontre des volontés. Il restreint tant la possibilité de refuser une demande de prise en charge – ce qui heurte au passage le principe de liberté contractuelle – que celle de se retirer d'une prise en charge déjà en cours, sous réserve cependant d'assurer la continuité des soins<sup>44</sup>. Dès lors, ce n'est pas l'échange des consentements qui explique que le médecin soit tenu. C'est bien la loi qui oblige, sauf juste motif, le médecin à accepter une prise en charge, et ce indépendamment de l'existence d'un accord conclu avec le patient.

En définitive, les volontés émises n'ont qu'un effet obligatoire très limité. Qu'elles soient envisagées chacune indépendamment ou comme accord, on ne peut à dire vrai identifier que deux effets principaux. Premièrement, le consentement donné par le patient n'engage pas mais *permet*<sup>45</sup> seulement la réalisation de l'acte médical qui en est l'objet. Le médecin n'est pas pour autant engagé à réaliser l'acte convenu, il y est seulement autorisé<sup>46</sup>. Certes, s'il change d'avis et refuse, il ne peut théoriquement le faire qu'en se fondant sur des raisons légitimes sus-énoncées. Dans les fait toutefois, au regard de la largesse de ces motifs, seuls les abus les plus flagrants seront sanctionnés, le contentieux sur la question étant pour

<sup>44</sup> L. 1110-3 CSP: «La continuité des soins doit être assurée quelles que soient les circonstances, dans les conditions prévues par l'article L. 6315-1 du présent code»; L. 6315-1: «La continuité des soins aux malades est assurée quelles que soient les circonstances. Lorsque le médecin se dégage de sa mission de soins pour des raisons professionnelles ou personnelles, il doit indiquer à ses patients le confrère auquel ils pourront s'adresser en son absence. Le conseil départemental de l'ordre veille au respect de l'obligation de continuité des soins et en informe le directeur général de l'agence régionale de santé».

<sup>45</sup> Un auteur pénaliste parle de « consentement permissif », X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Paris, L.G.D.J., 2002, n° 250.

<sup>46</sup> Sur la qualification du consentement comme autorisation : S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Paris, L.E.H., 1999, n° 230 et suiv. ; A. BATTEUR, « Le consentement sur le corps en matière médicale », *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 51 : « Le consentement relatif au corps humain fait partie de la catégorie des actes juridiques. Celui qui consent à une intervention chirurgicale sur son propre corps manifeste par là une volonté en vue de produire des conséquences dans un cadre légal ».

ainsi dire quasi-inexistant. Pour le reste, il semble difficile de contrôler la décision du médecin qui jugerait n'avoir pas les compétences ou les moyens techniques d'intervenir, ou que l'intervention est inopportune. Si positivement, sa liberté de prescription trouve sa limite dans l'exigence de conformité aux données acquises de la science<sup>47</sup>, négativement, elle est en revanche très étendue. Deuxièmement, l'accord préalable sur le montant des honoraires n'oblige pas en soi le patient à les régler mais détermine seulement le montant qui sera dû *si* l'intervention a effectivement lieu. Là encore, difficile de voir dans la rencontre des volontés une source d'obligations.

## 2. *Le contrat inutile*

Nous l'avons évoqué, le contrat est un outil, une manière de sécuriser une relation. S'il est d'une quelconque utilité dans la relation de soins, en toute hypothèse, ses règles devraient s'appliquer. Or, le droit commun – ou même spécial – des contrats apparaît très largement surabondant, la relation de soins semblant fonctionner en marge de son régime.

Le premier écueil tient à la prévalence des règles d'ordre public dans le régime applicable au rapport médical<sup>48</sup>. Si contrat il y a, les obligations qu'il contient trouvent leur source dans la loi et la déontologie professionnelle. Peu de place pour la liberté contractuelle donc, même si en théorie médecin et patient sont libres de s'accorder sur le montant des honoraires ainsi que sur les soins à mettre en œuvre, pourvu du moins que ces derniers obéissent au principe de raison proportionnée<sup>49</sup> et soient conformes aux données acquises de la science. Cet argument ne condamne pas l'analyse contractuelle d'un point de vue technique, l'existence de « contrats dirigés » n'étant plus à démontrer, mais elle atténue l'utilité du recours au contrat pour expliquer la naissance des obligations applicables, dès lors notamment que des règles identiques existent, nous l'avons vu, en secteur public où la qualification de contrat est pourtant habituellement écartée.

<sup>47</sup> R. 4127-32 CSP.

<sup>48</sup> L. BLOCH, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical : de l'acte juridique au fait juridique », *Mélanges J. Hauser*, Paris, L.G.D.J., 2011, p. 737.

<sup>49</sup> R. 4127-40 CSP.



Le second écueil tient à la faible application (il faudrait même dire l'absence) des mécanismes traditionnels du droit commun des contrats, et ce que l'on envisage la formation<sup>50</sup> de la relation, son exécution, ou sa rupture, selon une trilogie classique. Un mécanisme tel que la nullité, par exemple, qui sanctionne les conditions de formation du contrat, ne trouve pour ainsi dire jamais application en jurisprudence, si ce n'est dans quelques arrêts anciens sanctionnant des conventions illicites portant sur une atteinte au corps humain<sup>51</sup>. S'il en va ainsi, c'est parce qu'elle n'a que peu de pertinence au regard de l'enjeu qui caractérise la rencontre patient-soignant en pratique. L'enjeu de la nullité est d'obtenir l'anéantissement du contrat, c'est-à-dire de sortir du lien d'obligation créé par la rencontre des volontés. Or, dans la relation médicale, l'invocation de la nullité n'a pas vraiment lieu d'être, et ce pour une double raison. Avant l'exécution de l'acte médical, les parties ne se trouvent pas véritablement tenues, ainsi qu'il a été exposé : l'invocation de la nullité est donc dépourvue d'intérêt puisqu'elle ne produit pour elles aucun effet « libératoire ». Après l'exécution de l'acte médical, la nullité n'aurait pas plus de sens puisque les « restitutions » sont par hypothèse impossibles. En pratique, l'intérêt du patient est d'obtenir réparation de son préjudice, non de faire annuler un hypothétique engagement contractuel.

Le même constat peut être effectué lorsqu'on aborde les sanctions relatives, non plus à la validité, mais à l'exécution du contrat. Ni la résolution, ni la résiliation, ni la caducité n'ont vocation à s'appliquer, car encore une fois, l'enjeu n'est pas du côté du rapport d'obligation, du lien de droit unissant un débiteur à un créancier, mais du côté de l'acte médical, et de ses potentielles conséquences dommageables sur la santé.

On aurait pu, toutefois, avancer que le droit médical se rapproche plus du droit spécial des contrats de consommation que du droit commun des contrats. En témoignerait la présence de mécanismes consuméristes tels que l'obligation d'information<sup>52</sup>, le délai de réflexion<sup>53</sup> ou le droit de

<sup>50</sup> Sur la formation du contrat médical, V. R. et J. SAVATIER, J.-M. AUBY et H. PÉQUIGNOT, *Traité de droit médical*, Paris, Litec, 1956, n° 239 et suiv.

<sup>51</sup> V. G. MÉMETEAU, « De la nullité du contrat médical ? », *Mélange M. Bélanger*, Paris, L.E.H., 2015, p. 285, qui cite Lyon, 27 juin 1913, D.P. 1913.II.73, note Lalou ; Trib. gr. inst. Paris, 3 juin 1969, D. 1970.136, note J.-P. (affaire de la rose tatouée) ; Trib. gr. inst. Bobigny, 15 décembre 1976, D. 1977.245, note P. Le Tourneau.

<sup>52</sup> L. 1111-2 CSP.

<sup>53</sup> L. 2123-1 CSP (stérilisation volontaire) ; L. 6322-2 CSP (chirurgie esthétique).



rétractation<sup>54</sup>. Il a cependant été démontré que cette similitude n'est qu'apparente, et que l'utilisation de ces techniques en droit de la santé et en droit de la consommation ne répondait pas à la même logique ni n'avaient la même portée<sup>55</sup>. Ainsi, la faculté de rétractation du droit de la consommation, si elle est certes discrétionnaire pour le consommateur, est toujours assortie d'un délai, le terme de celui-ci consolidant le lien d'obligation et obligeant la partie faible à respecter le contrat. La situation du patient est fort différente puisqu'il peut se rétracter à tout moment jusqu'à l'exécution des soins, ce qui n'aurait pas grand sens en droit de la consommation, par exemple pour un contrat de vente à distance, qui est d'exécution instantanée. Quant à l'obligation d'information médicale, très ancienne<sup>56</sup>, sa nature et son étendue ne sont pas les mêmes d'une matière à l'autre, même si dans les deux cas la charge de la preuve est inversée au bénéfice de la « partie faible »<sup>57</sup>.

## **B. Le contrat trop étroit**

L'étroitesse du modèle contractuel se mesure à un double titre, en ce que l'analyse classique laisse artificiellement de côté deux séries d'hypothèses : d'une part, celle de la relation de soins en secteur public (1); d'autre part, celle de la relation imposée au patient (2).

### *1. La relation de soins en secteur public*

La situation du patient en hôpital public ne serait pas contractuelle mais statutaire en ce que ce dernier serait soumis aux règles du secteur

<sup>54</sup> L. 1111-4 CSP (pour le patient); L. 1110-3 CSP (pour le médecin).

<sup>55</sup> V. l'importante thèse de G. ROUSSET, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Paris, L.E.H., 2009. Également, G. ROUSSET, « Et si le droit de la santé cessait d'exister ? Fiction ou anticipation sur l'application subséquente du droit de la consommation aux relations de santé », *Mélanges M.-F. Callu*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 427; S. PRIEUR, « Retour sur la relation juridique de soins en tant que relation consumériste », *Mélanges G. Mémeteau*, t. 2, Paris, L.E.H., 2015, p. 73.

<sup>56</sup> L. DENERVAUD-BLAIS, *L'obligation d'information du médecin : sa construction par le juge judiciaire des origines à aujourd'hui (une étude de 1853 à 2003)*, thèse de doctorat, Douai, 2003.

<sup>57</sup> G. ROUSSET, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Paris, L.E.H., 2009, n° 179 et suiv.



public hospitalier<sup>58</sup>. Cette distinction tranchée entre la médecine publique et la médecine privée, comme si elles relevaient de modèles radicalement différents, n'est toutefois pas pleinement satisfaisante, du moins lorsqu'on s'intéresse à la nature et au régime juridique de la relation médicale elle-même plus qu'à son environnement institutionnel. Il est en effet indéniable que les spécificités du secteur public sont nombreuses. Elles concernent, entre autres exemples, l'organisation interne des établissements, le statut des travailleurs, celui des biens ou encore la comptabilité. En revanche, il faut reconnaître que les règles consacrant les droits et obligations des « parties » à la relation sont très majoritairement les mêmes. Tel fût d'ailleurs l'un des objectifs majeurs de la loi du 4 mars 2002 : unifier les droits du patient et les règles de la responsabilité médicale, quel que soit le secteur considéré, même si la dualité de juridiction demeure<sup>59</sup>. Certes, le contexte de la prise en charge a des incidences sur la relation médecin-patient elle-même, que l'on pense par exemple au régime des sorties dans le secteur hospitalier<sup>60</sup> ou à la libre fixation des honoraires en secteur privé, bien qu'elle soit largement atténuée par le système du conventionnement.

Toutefois, la tendance contemporaine est celle d'une convergence entre les secteurs – que l'on pense aux missions de service public assumées par le secteur privé<sup>61</sup> ou encore à la convergence tarifaire – et le patient en

<sup>58</sup> A. DEMICHEL, *Le droit de la santé*, Paris, L.E.H., 1998, p. 43, qui note que la nature juridique de la relation « est différente selon qu'il s'agit de la médecine privée, où elle est fondée sur une relation contractuelle, ou de l'hôpital public, où il n'y a pas de contrat, mais où le contrat est un usager du service public, situation définie par certains textes et que le droit public qualifie de légale et réglementaire ». L'auteur ajoute cependant que « cette distinction juridique est fondamentale, mais elle est également relative dans la pratique car le contrat entre le médecin et son patient n'est pas un contrat écrit. Les juristes disent que c'est un contrat tacite, mais quel est son contenu ? Il porte sur les droits et les obligations du médecin, ce qui renvoie à un règlement. Dans les deux cas, la situation est donc à peu près la même ».

<sup>59</sup> V. A. ROUYERE, « Dualité de juridictions, dualité de droits ? », *Dix ans d'application de la loi Kouchner*, Paris, R.G.D.M., 2013, p. 39 [n° spécial] ; J. COELHO, « Responsabilité médicale : Réflexion sur l'unification des règles de compétence juridictionnelle », *R.G.D.M.* 2004.13.153.

<sup>60</sup> Sur les permissions de sortie et le régime des sorties contre avis médical : R. 4127-56 et R. 4127-62 CSP.

<sup>61</sup> D. TRUCHET, « Du service public hospitalier aux missions de service public en matière de santé », *R.G.D.M.* 2009.33.22 ; D. TABUTEAU, « Les services publics de santé entre repli et renouveau », *R.D.S.S.* 2013.5.

médecine publique bénéficie à peu de choses près des mêmes droits que le patient en secteur privé. En particulier, le droit de consentir aux soins et à la décision partagée<sup>62</sup>, le droit à l'information<sup>63</sup>, celui de recevoir les soins les plus appropriés et conformes aux connaissances médicales avérées<sup>64</sup>, ou encore de ne pas subir une obstination déraisonnable<sup>65</sup>, sont également applicables. Peut-on alors soutenir que d'un secteur à l'autre, la nature juridique de la relation change fondamentalement ? Cette scission ne repose-t-elle pas avant tout sur la persistance d'une dualité de juridictions davantage que sur des éléments substantiels ? Si le médecin hospitalier est certes un agent public ce que n'est pas le praticien exerçant à titre libéral, cela n'a que peu d'incidences pour le patient et on voit mal quelles sont les règles spécifiquement contractuelles qui seraient d'application exclusive dans la relation de soins privée. Si l'on admet, dès lors, que le rapport médical mérite aujourd'hui une analyse unitaire, le recours à la figure du contrat – sauf à l'étendre au secteur public, ce qui semble une démarche hasardeuse – est inopportun et conduit à des artifices insatisfaisants. Le constat est encore aggravé lorsqu'on aborde les actes de soins imposés.

## 2. *La relation de soins imposée au patient*

Il est des situations où des soins sont réalisés sur un patient sans et parfois même contre sa volonté<sup>66</sup>. Si en principe, l'intégrité du corps est protégée par le consentement, le droit admet également qu'elle soit parfois protégée malgré le consentement. On pense bien entendu au cas du malade inconscient nécessitant des soins de manière immédiate ou lorsqu'au cours d'une intervention chirurgicale programmée sous anesthésie générale, se révèle la nécessité urgente d'un nouvel acte pour lequel le

<sup>62</sup> Art. 16-3 C. civ. ; L. 1111-4 CSP.

<sup>63</sup> L. 1111-2 CSP.

<sup>64</sup> L. 1110-5 CSP.

<sup>65</sup> Nouvel art. L. 1110-5-1 CSP issu de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

<sup>66</sup> A. MELLAC, « L'influence de l'urgence sur le recueil du consentement à l'acte médical », *Consentement et santé*, Paris, Dalloz, 2014, p. 89 ; A. DORSNER-DOLIVET, « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », R.F.D.A. 2003.528.

patient n'a pas consenti<sup>67</sup>. Et que dire de la transgression du refus de soins vital<sup>68</sup>, qui ne peut être jugée légitime que dans des situations exceptionnelles ?

Il semble évident qu'aucun contrat ne peut être formé dans de tels cas, sauf à réhabiliter la vieille thèse du consentement présumé, que la doctrine semble avoir abandonné de longue date<sup>69</sup>. Dès lors, le modèle contractuel, qui fait du consentement du patient le point d'ancrage de l'analyse, exclut arbitrairement tout un champ de la médecine qui relève certes bien souvent de régimes juridiques d'exception, mais qui ont une importance pratique considérable. La source des obligations applicables est ici légale, à n'en pas douter. Ce n'est pas la volonté mais une situation de fait qui permet ou oblige le soignant à prendre en charge le patient. Situation de péril<sup>70</sup> pour sa santé ou situation de danger pour la sécurité de la personne ou des tiers, comme c'est le cas en présence d'une admission en soins psychiatriques sans consentement sous la forme d'une hospitalisation complète<sup>71</sup>.

Ces situations relèvent-elles d'un tout autre modèle qui justifierait une analyse éclatée du rapport médical ? Certes, l'absence de consentement du patient reconfigure le régime de la relation. En particulier, l'obli-

<sup>67</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2012, *Légifrance n° 11-14.169*, à propos d'une hystérectomie révélée nécessaire lors d'une intervention. Le juge relève que le praticien « avait découvert, lors de l'intervention, diverses pathologies de l'utérus qui, combinées à la position de cet organe dans la cavité pelvienne, rendaient nécessaire en per-opératoire la réalisation de l'hystérectomie pour obtenir un bon résultat ». D'autre part, « le fait de laisser en place l'utérus aurait été la cause d'incontinence urinaire et aurait fait prendre à Mme Y un risque non négligeable de surinfection pouvant évoluer vers une pelvi-péritonite post-opératoire ». Dès lors, la cour d'appel a « caractérisé la nécessité de l'ablation de l'utérus à laquelle la patiente n'était pas, du fait de l'anesthésie, à même de consentir, circonstances de nature à faire exception à l'exigence du consentement préalable ».

<sup>68</sup> On pense bien sûr au cas des transfusions sanguines imposées à des patients témoins de Jéhovah dans le but de préserver leur vie : Cons. d'Ét. Sec., 26 oct. 2001, *Sénanayaké*, R.F.D.A. 2002.146, concl. Chavaux, note D. de Béchillon ; Cons. d'Ét., 16 août 2002, n° 249552, J.C.P. 2002.II.10184, note P. Mistretta ; également, Trib. adm. Lille, 25 août 2002, D. 2002.2877, J. Penneau, *RTD Civ.* 2002.781, J. Hauser.

<sup>69</sup> R. NERSON, « Le respect par le médecin de la volonté du malade », *Mélange G. Marty*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, 1978, p. 871.

<sup>70</sup> Art. 223-6 CP.

<sup>71</sup> L. 3213-1 et suiv. CSP.

gation de recueil d'un consentement éclairé laisse place à l'obligation de consulter l'entourage du patient<sup>72</sup>. Pour autant, la compétence exigée du professionnel est toujours la même et les soins demeurent soumis aux mêmes impératifs de nécessité médicale, de qualité et de proportionnalité dans le rapport bénéfice-risque favorable. Bien plus, ces situations d'exception révèlent, nous semble-t-il, que ce qui est au cœur du droit médical, ce n'est pas un engagement contractuel, mais un acte de soin. La rencontre médecin patient est détachée de l'idée d'engagement réciproque ou de respect de la parole donnée. Ce qui importe n'est pas la sécurité juridique d'un accord mais la sécurité corporelle d'une personne humaine et la protection de la dignité. Ce qui motive les soins, c'est une situation de nécessité médicale, à laquelle doit s'adjoindre le consentement du patient lorsque cela est possible. Ce consentement n'est en rien une condition de validité d'un acte juridique, le contrat médical, mais une condition de licéité d'un fait, l'acte médical. Ces écueils de l'analyse contractuelle conduisent alors naturellement à s'en émanciper et à proposer une autre grille de lecture du rapport médical.

## II. Le sursaut : le dépassement de l'analyse contractuelle

Avant d'être le fait de la doctrine (B), la prise de distance avec le contrat est d'abord le fait du droit positif lui-même, qui en multiplie aujourd'hui les signes (A).

### A. L'évolution du droit positif

On observera tout d'abord que rien dans la loi du 4 mars 2002 ni dans ses travaux préparatoires ne fait référence au contrat, ce qui marque sans doute une grande indifférence à l'égard de cette institution, sans pour autant condamner expressément l'analyse. C'est dès lors du côté des récentes évolutions jurisprudentielles que la tendance est observable. Ces dernières montrent une réelle prise de distance avec le fondement contractuel de la responsabilité. Il en va ainsi notamment en ce qui concerne le fondement du devoir d'information. Rappelons que l'arrêt *Teyssier* avait déjà fondé l'exigence de consentement sur le devoir de respect de la per-

<sup>72</sup> L. 1111-4 al. 5 CSP : « Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté » ; R. 4127-36 CSP.

sonne humaine<sup>73</sup>. La référence au consentement était alors rattachée à un impératif supérieur, sans lien avec le contrat.

L'abandon du fondement contractuel apparaît encore plus nettement dans certains arrêts récents. Ainsi, dans un arrêt rendu le 6 décembre 2007<sup>74</sup>, la Première chambre civile se fonde sur les articles 1382 du Code civil et 36 du Code de déontologie médicale, alors même que l'action en responsabilité était exercée à l'encontre d'un médecin libéral sur la base de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi Kouchner. Le retentissant arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 juin 2010<sup>75</sup>, qui consacre l'autonomie de la sanction du défaut d'information<sup>76</sup>, apparaît encore plus emblématique et ouvre véritablement la voie à la rénovation des fondements textuels. Alors que la cour d'appel de Toulouse avait rejeté toute réparation au titre du défaut d'information, au motif qu'aucune perte de chance pour le patient de se soustraire à l'opération ne pouvait être alléguée, la première chambre civile affirme, au visa des articles 16, 16-3,

<sup>73</sup> Req. 28 janv. 1942, *Teyssier*, D. 1942.63 : « mais attendu que, comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu 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, il commet une atteinte grave aux droits du malade [...] ». L'arrêt concerne toutefois une prise en charge dans le secteur public, ce qui pourrait expliquer l'absence de référence au contrat.

<sup>74</sup> Cet arrêt avait essentiellement retenu l'attention en ce qu'il excluait la possibilité pour les proches du patient défunt d'obtenir indemnisation de leur préjudice moral personnel, mais certains auteurs espéraient y voir un abandon délibéré par le juge judiciaire du fondement contractuel. Not., P. SARGOS, « L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral », D. 2008.192.

<sup>75</sup> D. 2010.1484, obs. I. Gallmeister, 1522, note P. Sargos, 1801, point de vue D. Bert, et 2092, chr. N. Auroy et C. Creton ; R.D.S.S. 2010.898, note F. Arhab-Girardin ; *RTD civ.* 2010.571, obs. P. Jourdain ; R.G.D.M. 2010.195, note L. Bloch, 233, note S. Prieur et 207, note D. Delcourt ; F. VIALLA, « Évolutions récentes de la responsabilité pour défaut d'information », *Médecin & Droit* 2010.105.161, V. aussi *Médecine et droit* 2013.120.57 ; G. MÉMETEAU et M. GIRER, *Cours de droit médical*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.E.H., 2016, n° 506 et suiv.

<sup>76</sup> O. GRARE, « Préjudice autonome en cas de méconnaissance par le médecin de son devoir d'information : début d'une saga juridique », *Revue Droit et Santé* 2012.47. Chr.343, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr) ; A. GASCON, « Évolutions et interrogations autour de la sanction du défaut d'information médicale », *Revue Droit et Santé* 2010.38.489.

alinéa 2, et 1382 du Code civil<sup>77</sup>, que le non-respect du devoir d'information « cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ». La référence à l'article 16-3 du Code civil, qui ne fait pourtant pas référence à l'information, s'explique sans doute par le fait que l'article L. 1111-2 du code de la santé publique n'était pas applicable au litige, les faits litigieux ayant eu lieu en avril 2001. Toutefois, le rattachement aux droits fondamentaux apparaît d'autant plus net. La référence combinée, d'une part à l'article 16 du Code civil<sup>78</sup>, qui consacre la primauté de la personne humaine, d'autre part à la responsabilité délictuelle, témoigne de la volonté de sortir définitivement d'une logique contractuelle. Dans deux arrêts rendus respectivement le 6 octobre 2011<sup>79</sup> et le 12 janvier 2012<sup>80</sup>, la même chambre se fonde sur les articles 16, 16-3 et L. 1111-2 du Code civil. Si la référence à ce dernier article peut surprendre, les faits étant dans les deux affaires antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, là encore le juge semble abandonner

<sup>77</sup> Sur la réitération de ce visa : R. Bourret et F. Vialla, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2016, *Revue Droit et Santé* 2016.72, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr) ; On admettra que la lisibilité de la jurisprudence est délicate en la matière, les visas relevés dans les décisions sont, en effet, fort disparates : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv. 2010 : *Légifrance* : n° 09-10.992 : « C. santé publ., art. L. 1142-1 et C. civ., art. 16-3 ». – Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avr. 2010 : *Légifrance* : n° 08-21.058 : « C. civ., art. 1147 et C. santé publ., art. L. 1111-2 ». ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2010 : *Légifrance* n° 09-13.591 et Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2016 : *Légifrance* : n° 15-17351 : « C. civ., art. 16, art. 16-3, al. 2 et art. 1382 ». – Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2011 : *Légifrance* n° 10-21.241 et Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 2012 : *Légifrance* n° 10-24.447 : « C. civ., art. 16 et 16-3 et C. santé publ., art. L. 1111-2 » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 2012 : *Légifrance* n° 10-26.705 : « C. civ., art. 1147 et C. déont. méd., art. 35 ». – Civ. 1<sup>re</sup>, 9 févr. 2012 : *Légifrance* n° 10-25.915 : « C. civ., art. 1382 et C. santé publ., art. L. 1111-2 » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2012 : *Légifrance* n° 11-18.327 « Vu les principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, ensemble l'article 1382 du code civil », V. F. VIALLA, « Défaut d'information du patient, la Cour de cassation persiste et signe et La réforme discrète du Code de déontologie médicale », J.C.P. G. 2012.G.756.

<sup>78</sup> Art. 16 du Code civil : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

<sup>79</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 octobre 2011, *Revue Droit et Santé* 2012.45.54, note F. VIALLA, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr), R.G.D.M. 2012.42.462, obs. M. Girer, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr).

<sup>80</sup> M. GIRER, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janvier 2012, R.G.D.M. 2012.42.463, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr), M. GIRER, obs. sous *Revue Droit et Santé* 2012.47.364, en ligne [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr), M. GIRER, obs. sous R.G.D.M. 2012.44.549, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr).



toute référence au contrat. Enfin, dans un arrêt du 12 juin 2012<sup>81</sup> concernant un défaut d'information portant sur un traitement par injection pratiqué hors du cadre de l'autorisation de mise sur le marché, la Cour sanctionne le praticien pour manquement à son devoir d'information au visa des principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, ainsi que l'article 1382 du code civil, l'injection litigieuse ayant eu lieu en 1988. Si l'on excepte un arrêt dissident du 26 janvier 2012<sup>82</sup>, qui revient sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, combiné avec l'article 35 du Code de déontologie médicale, et la décision antérieure du 8 avril 2010<sup>83</sup>, qui fait également référence à la responsabilité contractuelle, on peut à tout le moins affirmer que le contrat ne semble plus le fondement privilégié par la Cour de cassation pour sanctionner le défaut d'information<sup>84</sup>. C'est d'un droit subjectif<sup>85</sup>, voire un droit de la personnalité, qu'il s'agit, même si la jurisprudence en fait aujourd'hui un accessoire du droit à l'intégrité corporelle, la violation du devoir d'information n'ouvrant droit à réparation qu'en cas de réalisation effective du risque<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> I. GALLMEISTER, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2012, D. 2012.1610, A. LAUDE, note sous D. 2012.1794, F. VIALLA, J.C.P. G. 2012.756.

<sup>82</sup> M. GIRER, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janvier 2012, R.G.D.M. 2012.4.568.

<sup>83</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avril 2010, C.C.C. 2010.7.174, note L. LEVENEUR.

<sup>84</sup> En ce sens, F. VIALLA, « Défaut d'information du patient, la Cour de cassation persiste et signe », J.C.P. G. 2012.756 ; S. PRIEUR, « Nouvelles précisions sur le droit à l'information médicale et sa sanction », R.G.D.M. 2010.36.233, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr).

<sup>85</sup> Civ. 1<sup>re</sup> du 12 juillet 2012 : *Légifrance n° 11-17510* : « Mais attendu que l'arrêt énonce que, s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle » ; J. DUGNE et F. VIALLA, « Du nouveau en matière d'obligation d'information ? », *Revue Droit et Santé* 2012.50, 2012. 688, sur cet arrêt v. aussi P. VÉRON, « Revirement en matière de responsabilité pour défaut d'un produit de santé : application de la responsabilité pour faute au chirurgien qui implante une prothèse défectueuse ! », *Revue Droit et Santé* 2012.50695, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr).

<sup>86</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2014, n° 12-22.123, D. 2014.589 ; *id.* 584, avis Léonard Bernard de la Gatinais ; *id.* 590, note M. Bacache, R.D.S.S. 2014.295, note F. Arhab-Girardin, J.C.P. 2014.446, note A. Bascoulergue, *id.* n° 124, obs. C. Quezel-Ambrunaz ; R.C.A. 2014.116, obs. S. Hocquet-Berg, R.D.C. 2014.368, note A. Guégan-Lécuyer, *Gaz. Pal.* 16-17 avril 2014, obs. M. Mekki, *RTD Civ.* 2014.379, note P. Jourdain : « le

Il est vrai que ces illustrations ne concernant que l'obligation d'information et de recueil du consentement, on ne saurait déduire de ce seul exemple l'abandon définitif du contrat par la jurisprudence. Ainsi, certains auteurs, tout en reconnaissant le fondement extracontractuel de l'obligation d'information, n'y voient pas pour autant une disparition complète du contrat médical introduit en 1936 par la jurisprudence *Mercier*<sup>87</sup>. Toutefois, l'obligation d'information manifeste à tout le moins que le « contenu obligationnel » de la relation de soins échappe, au moins partiellement, à la tutelle du contrat. Cette obligation n'est plus « liée à l'existence d'un contrat entre le médecin et le patient mais bien rattachée à d'autres sources qui dépassent le droit des obligations, rendant le modèle contractuel surabondant »<sup>88</sup>.

Il n'est plus possible, même sur la base d'une apparence, en se fondant sur la seule autorité des affirmations jurisprudentielles, de rattacher l'ensemble des droits et obligations au contrat, et l'on voit mal, en conséquence, comment justifier que certaines obligations prennent appui sur le contrat et d'autres non. La démonstration du phénomène de « décontractualisation » des obligations du professionnel dans le discours du juge pourrait d'ailleurs être conduite pour de nombreuses obligations s'appliquant à la relation médicale, à commencer par l'obligation principale de donner des soins<sup>89</sup>, dont l'existence est par ailleurs discutable, nous l'avons vu. Avec l'autonomisation du fondement de la responsabilité médicale à

---

non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information, cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation » ; R. BOURRET et F. VIALLA, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2016, *Revue Droit et Santé* 2016.72, en ligne : [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr).

<sup>87</sup> F. LEDUC, « Pas de *requiem* prématuré pour l'arrêt *Mercier* », R.D.C. 2011.345 ; M. BACACHE, « Longue vie à l'arrêt *Mercier* », R.D.C. 2011.335.

<sup>88</sup> M. GIRER, « Chronique de la mort annoncée du contrat médical ? », *Mélanges M.-F. Callu*, Paris, L.E.H., 2014, p. 409.

<sup>89</sup> *Id.* : « cet abandon spécifique du fondement contractuel en matière d'obligation d'information médicale incite fortement à pousser le raisonnement plus loin et à étudier son extension à l'ensemble de la relation de soins (...) ce qui est désormais acquis pour une obligation d'humanisme, de conscience, d'éthique, pourrait valablement être appliqué à une obligation technique, de science, de soins. Si l'information, obligation contractuelle accessoire, est reliée à l'intégrité du corps humain, que dire de l'obligation de soins consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science, obligation contractuelle principale, qui touche directement et en première ligne le corps humain ? ».

l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, la référence à l'article 1147 du Code civil a presque totalement disparu en matière médicale. Phénomène notable, elle ne demeure que pour les aspects accessoires à la prestation de soins proprement dite. Ainsi, par exemple, en présence d'une prise en charge impliquant la pose d'un dispositif médical, le juge distingue nettement la prestation de fourniture, pour laquelle il continue d'appliquer le régime de la responsabilité contractuelle, des soins, pour lesquels ce fondement est abandonné<sup>90</sup>. Si le contrat de fourniture demeure un contrat, ce qui paraît difficilement contestable, le contrat de soins, lui, s'efface.

### **B. Les propositions de la doctrine**

Nous en mentionnerons ici deux principales : le statut (1) et la décision (2).

#### *1. Le statut*

Pour certains auteurs, la relation de soins serait statutaire, le statut étant ici compris comme « un ensemble cohérent de règles applicables à une catégorie de personnes et qui en déterminent pour l'essentiel, la condition et le régime juridique »<sup>91</sup>. C'est notamment la thèse soutenue par Mme M. Girer qui juge qu'un accord contractuel ne peut être identifié que pour certains aspects de la relation qui concernent l'organisation matérielle des soins tels que l'entente sur les honoraires, le déplacement du médecin ou encore la fixation du lieu et de l'heure de rendez-vous. Le régime des soins, en revanche, relèverait d'un régime légal impératif et cohérent centré autour de la personne du patient, et lui consacrant un ensemble de droits. Les volontés ne joueraient qu'un simple rôle d'« acte-condition »<sup>92</sup> marquant l'adhésion à ce statut légal. L'auteure propose

<sup>90</sup> Certes, la distinction entre l'obligation de fourniture et l'obligation de soins existaient déjà avant que l'obligation de soins soit décontractualisée, la première constituant une obligation de résultat, la seconde constituant une simple obligation de moyens. Not., en matière de soins dentaire, I. DOUSSAN, « La dualité de la responsabilité des dentistes prothésistes, une singularité persistante », L.P.A. 1998.71.16. Il est cependant intéressant de constater que le fondement contractuel a été maintenu pour la seule prestation de fourniture, qui se fonde bien plus aisément dans la figure du contrat.

<sup>91</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2015.

<sup>92</sup> V., M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Paris, L.E.H., 2008, n° 759.

ainsi « un cadre juridique rénové, de nature mixte, concluant à l'abandon partiel du contrat. En ce sens, la qualification contractuelle subsiste pour organiser matériellement la relation de soins, notamment le paiement des honoraires ; en revanche, les soins proprement dits s'insèrent dans une « institution chose », constitutive d'un véritable statut légal et réglementaire de la relation de soins. Cette solution permet de remédier tant à l'insuffisance du modèle contractuel, puisqu'elle englobe en une vision unitaire l'exercice de la médecine sous forme salariée ou libérale, et en milieu public ou privé, qu'à ses imperfections, en évitant une distorsion du droit des obligations »<sup>93</sup>.

D'autres auteurs, sans remettre en cause le contrat, voient désormais dans la relation médicale une relation multipartite, irréductible à un rapport simplement bilatéral. Le modèle tripartite a par exemple été défendu en raison de l'irruption de l'assurance maladie dans le colloque singulier, conditionnant de plus en plus, au-delà du remboursement des soins, les décisions thérapeutiques elles-mêmes et donc le choix de la prestation<sup>94</sup>. La prise en charge en équipe et l'irruption de tiers dans le colloque singulier ferait en particulier glisser la relation de soins vers un modèle institutionnel, signant le « crépuscule du colloque singulier »<sup>95</sup>.

Plus largement, on peut se demander si le droit médical, en particulier celui qui régit la relation de soins, ne se trouve pas aujourd'hui englobé et même fondu dans un droit de la santé plus vaste, représenté sous la forme d'une sphère, mettant au centre du dispositif le patient et ses

<sup>93</sup> *Id.*, n° 817.

<sup>94</sup> G. CROIZE, *Le consentement du patient assuré social*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier I, 2011 ; également, D. JACOTOT, « D'une relation bipartite à une relation multipartite. Essai sur le contrat médical », *Mélanges G. Mémeteau*, t. 2, Paris, L.E.H., 2015, p. 505 : « le contrat est bien le support juridique du lien car il y a indiscutablement une rencontre de deux consentements visant à créer des effets de droit : l'un demande à un praticien de le soigner, ce dernier accepte contre le versement d'honoraires. Ce contrat, néanmoins, représente davantage que ce que les contractants ont voulu, il est nourri, il incorpore des obligations légales ou issues de conventions auxquelles l'un des deux, praticien-patient, seulement est partie ».

<sup>95</sup> B. PITCHO, « Les valeurs du soin. Le crépuscule du colloque singulier ? », *Mélanges J.-M. Clément*, Paris, L.E.H., 2014, p. 697 : « Le colloque singulier, s'il n'est pas mort, ne mérite probablement plus de représenter la figure archétypale par laquelle est évoquée la totalité du droit des patients. Peut-être le temps est-il venu d'envisager les relations entre soignants et soignés comme des cercles concentriques, plutôt qu'à l'image d'une ligne directe ».

droits. Le professionnel ne serait plus qu'un des débiteurs du droit à la protection de la santé du patient, au même titre que l'État, les organismes sociaux, les services et établissements de santé, voire médico-sociaux. N'est-ce pas ce que suggère l'article L. 1110-1 du code de la santé publique lorsqu'il dispose : « 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 » ? C'est ce glissement qui a pu être désigné comme le passage du colloque singulier à la théorie des droits sociaux, dont le dédicataire de ces lignes a tiré un article substantiel<sup>96</sup>. Le colloque singulier ne serait alors plus qu'une planète parmi d'autres de la galaxie sanitaire, avec pour point d'ancrage l'usager, bénéficiant de *droits de* mais aussi dans une certaine mesure d'un *droit à*, selon la classification traditionnelle des droits fondamentaux.

## 2. La décision

Une lecture alternative est toutefois possible, centrée autour d'un autre paradigme : la décision. Selon cette approche, ce n'est pas le contrat mais la décision médicale qui est au cœur de l'encadrement juridique de la relation médecin-patient<sup>97</sup>. Cet encadrement ne relève pas tant du droit des obligations que du droit des personnes<sup>98</sup>. Il n'est pas centré sur un échange

<sup>96</sup> P. MOLINARI, *Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux*, Droit de la santé : fondements et perspectives, Actes de la 10<sup>e</sup> Journée de droit de la santé, Institut de droit de la santé, Neuchâtel, Université de Neuchâtel, 2004.

<sup>97</sup> En ce sens, P. VÉRON, *La décision médicale*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier, 2015 ; P. LOKIEC, « La décision médicale », *RTD Civ.* 2004.641 ; « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *R.D.S.S.* 2006.865. Pour deux approches publicistes : A. DEMICHEL, « La notion juridique de décision médicale. Sociologie Santé », 1991.5. 9 ; D. TRUCHET, « L'intervention publique dans le domaine de la santé. La décision médicale et le droit », *A.J.D.A.* 1995.611.

<sup>98</sup> F. DREIFUSS-NETTER, « Les relations médecin-malade sont-elles codifiables ? », *Mélanges G. Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 247 : « la relation de soins demeure (...) étroitement attachée au droit des personnes ».

de prestations mais sur la protection du patient, appréhendé comme une personne humaine saisie jusque dans son corps par un acte médical affectant sa santé. En marge du contrat, la décision traduit un rapport de pouvoir, celui qu'exerce un professionnel sachant sur un patient profane, dans l'intérêt – *a priori* du moins – de ce dernier.

Cette lecture a notamment pour mérite de faire écho à ce qui constitue une préoccupation centrale de la pratique médicale. Au cœur de celle-ci, se trouve en effet la problématique de la décision. Exercer la médecine, c'est décider, c'est choisir les moyens adéquats (diagnostic, traitement, soin) pour atteindre une fin (la guérison), le tout dans un contexte plus ou moins marqué par l'incertitude, principalement celle du vivant<sup>99</sup>. Serait-il étonnant, dès lors, que le droit médical, droit qui régit l'activité médicale, soit lui aussi avant tout centré sur la décision ? Il y a là, somme toute, un raisonnement inductif de bon sens.

Il reste cependant à préciser à la fois la notion et le régime de cette décision. Concernant la notion, il convient de dissiper tout malentendu. La décision dont il s'agit ne recouvre pas le même sens que dans la plupart des domaines du droit où on la rencontre. La décision administrative, la décision patronale, les décisions prises dans les groupements, désignent habituellement des actes juridiques unilatéraux<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> L. ISRAËL, *La décision médicale*, Paris, Calman-Levy, 1980, p. 45 : « Je n'ai pu me convaincre, jusqu'ici, qu'existent en thérapeutique des situations de certitude telles que le prescripteur soit assuré de connaître toutes les conséquences, à tous les termes considérés, de son intervention, et telles que tout risque soit exclu. S'il en était ainsi, les problèmes médicaux les plus complexes ne relèveraient que de la programmation linéaire, technique sûre d'optimisation des décisions en certitude. Il est hautement vraisemblable qu'on n'en viendra jamais là. L'incertitude est, comme on va le voir, consubstantielle à notre sujet sauf dans un cas de grande importance pratique : celui de la certitude de l'échec si l'on ne fait rien, cas où il n'y a rien à perdre à tenter quelque chose » ; D. TRUCHET, « La décision médicale et le droit », A.J.D.A. 1995.611, qui note que chacune des interventions du médecin « peut comporter un nombre élevé de décisions, les unes prises à froid, les autres d'urgence, parfois de grande portée, parfois très ponctuelles. Mais toutes supposent un choix engageant l'avenir du patient. Plus ou moins codifié par la pratique selon les cas, ce choix reste toujours marqué par l'incertitude fondamentale du vivant ».

<sup>100</sup> P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », D. 2008.2293 ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, n° 216 : « si l'on devait définir d'un mot la prérogative qu'emporte tout pouvoir, c'est le terme de décision qui viendrait à l'esprit. Le titulaire du pouvoir est en effet investi du droit de faire prévaloir sa décision, de

Or, la décision médicale, c'est-à-dire celle qui porte sur la réalisation d'un acte de prévention, de diagnostic, de traitement ou de soins – curatifs ou non –, ne peut être assimilée à un acte juridique unilatéral, et ce pour deux raisons. D'une part, il ne s'agit pas d'une décision acte juridique, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté ayant pour visée la création d'effets de droit, comme c'est le cas par exemple du licenciement prononcé par l'employeur. S'il y a bien une ou plusieurs manifestations de volonté identifiables, selon que la décision est prise en commun par le médecin et le patient ou qu'elle est prise par le seul médecin, ces volontés ne sont pas orientées vers la création d'effets de droit<sup>101</sup>. Plus prosaïquement, elles sont orientées vers la réalisation d'un acte médical. Ce ne sont pas des volontés qui ont pour objet de modifier l'ordonnement juridique, d'agir juridiquement, mais bien d'agir « matériellement » sur la santé. On peut donc voir dans la décision médicale un simple fait<sup>102</sup>. D'autre part, la décision médicale n'est pas sauf exception une décision unilatérale puisque le principe qui prévaut aujourd'hui en droit est celui

---

trancher, par l'exercice de sa volonté, une situation juridique et d'imposer à autrui la décision prise ».

<sup>101</sup> M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014, n° 463 : « une décision, aussi bien médicale que juridique, a vocation à produire des effets : si la décision juridique entraîne des droits et des obligations dont le non-respect est habituellement assorti de sanctions, la décision médicale a vocation à produire des conséquences heureuses, attendues, d'une intervention chirurgicale, d'investigation radiologique ou d'un traitement médicamenteux ou de soins paramédicaux ».

<sup>102</sup> S'agit-il d'un fait juridique ? Pas nécessairement. La décision emporte certes le plus souvent des effets de droits : l'exécution des soins fait naître l'obligation pour le patient de payer les honoraires. L'acte médical non conforme aux données acquises de la science engage la responsabilité du professionnel. Pour autant, non seulement ces effets ne sont pas systématiques (les soins peuvent être dispensés gratuitement et l'acte médical est le plus souvent licite), mais surtout ils n'expliquent en rien la soumission de la décision médicale au droit. Si cette dernière est encadrée, contrôlée, ce n'est pas en raison d'effets juridiques, mais en raison de ses effets sur la santé physiques et psychiques du patient, des effets certes *a priori* bénéfiques, mais potentiellement néfastes, peu d'actes médicaux étant sans risques. Il s'agit donc d'une décision de fait.

de la codécision ou « décision partagée »<sup>103</sup>. En définitive, la décision désigne ici non pas un acte juridique unilatéral, mais plus simplement un processus de choix orienté vers l'accomplissement d'une action : l'acte médical. Son régime emprunte cependant pour partie à celui des actes juridiques unilatéraux, ce qui n'a rien d'étonnant si l'on admet que cette décision, qu'elle se situe ou non dans un rapport consensuel, est avant tout la manifestation d'un pouvoir médical désormais contrôlé.

Le régime de la décision médicale peut être présenté sous une forme rationalisée, en distinguant, à l'image d'une dichotomie traditionnelle du droit administratif, ce qui relève de sa légalité externe et ce qui relève de sa légalité interne<sup>104</sup>. L'ordre juridique instaure en effet un contrôle tant de la prise de décision que de la décision prise<sup>105</sup>. Dans ce contexte, ce ne sont plus les concepts et les techniques tirées de la théorie générale du contrat qui sont mobilisées mais ceux relevant davantage du champ lexical du pouvoir et de l'unilatéralisme. Des notions telles que la compétence, la procédure, le motif légitime, le pouvoir discrétionnaire ou la proportionnalité, des dispositifs tels que la motivation, la consultation ou l'avis, des techniques telles que le contrôle *a priori* ou *a posteriori*, externe ou interne de l'acte, apparaissent bien plus féconds que les notions et les techniques contractuelles pour rendre compte du régime de la relation médicale.

Une telle lecture a pour intérêt de proposer un modèle de lecture du rapport médical qui puisse inclure toutes les formes que peut recouvrir ce rapport, qu'il s'inscrive dans un contexte privé ou hospitalier, que le patient consente ou non, que l'acte médical ait un but curatif ou non. Qu'on ne s'y trompe pas pour autant ! Elle n'implique en rien une quelconque réhabilitation d'un pouvoir médical paternaliste. Dans la relation de soins comme ailleurs, il y a bien plusieurs manières d'exercer un pouvoir sur

<sup>103</sup> L. 1111-4 al. 1<sup>er</sup> C.S.P. : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ». Sur la décision partagée, V. P. VÉRON, *La décision médicale*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, n° 140 et suiv.

<sup>104</sup> G. KOUBI, *Réflexions critiques à propos de la distinction entre légalité externe et légalité interne de l'acte administratif unilatéral*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier, 1984.

<sup>105</sup> Cette distinction révèle au passage l'ambivalence du mot « décision » qui peut désigner à la fois un processus et un résultat. La décision signifie en effet tantôt l'action même de choisir tantôt le résultat de cette action.



Qualification juridique du « colloque singulier » : faut-il en finir avec le contrat ?

autrui : de manière solitaire, autoritaire et monarchique ou au contraire de manière respectueuse, concertée et démocratique, notamment en associant le destinataire. L'objet du droit médical contemporain est bien d'aller vers cette seconde tendance, celle d'un pouvoir qui traite efficacement la maladie sans pour autant oublier le malade<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Sur cette ambivalence du soin, acte technique et acte d'accompagnement : F. VIALLA, « *Salutas vos Lucas medicus carissimus*. L'ambivalence des devoirs des soignants », *Mélanges Mémeteau*, t. 2, Paris, L.E.H., 2015, p. 209 ; F. VIALLA, « Le consentement », *Les grands avis du CCNE*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 138 : « Par-delà le corps vivant qu'il soigne, l'homme de l'art doit aussi se préoccuper du corps vécu » ; J. RUSS et C. LEGUIL, *La pensée éthique contemporaine*, coll. « Que sais-je », Paris, PUF, 2012, p. 58.