UNIVERSITÉ PARIS-EST CRÉTEIL

FACULTÉ DE DROIT

ÉCOLE DOCTORALE : ORGANISATIONS, MARCHÉS, INSTITUTIONS

LABORATOIRE : MARCHÉS, INSTITUTIONS, LIBERTÉS

LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DU REFUS DE SE SOUMETTRE À UN ACTE MÉDICAL À L'ÉPREUVE DU CONCEPT DE RESPONSABILISATION

UNE CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DU DROIT DE CONSENTIR À L'ACTE MÉDICAL

Thèse pour le doctorat en droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 8 janvier 2024

par

Dana EL AMINE

Directeur de recherches :

Madame Sara GODECHOT-PATRIS, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Membres du jury :

Madame Clothilde GRARE-DIDIER (rapporteur), Professeur à l'Université Paris Cité

Monsieur Paul GROSSER, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Madame Sophie HOCQUET-BERG (rapporteur), Professeur à l'Université de Lorraine

Madame Lydia MORLET-HAÏDARA, Maître de Conférences à l'Université Paris Cité

L’université n’entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce document. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l’auteur.

Remerciements

Je tiens tout particulièrement à exprimer ma reconnaissance à ma directrice de thèse, le Professeur Sara GODECHOT-PATRIS pour son accompagnement et son soutien tout au long de mes recherches. Je la remercie pour toute la patience et l'exceptionnelle disponibilité dont elle a fait preuve à mon égard. Ses enseignements ont rendu possible ce travail, et ont considérablement contribué à améliorer la qualité de mes recherches.

L'aboutissement de ce travail doit aussi beaucoup à mes collègues, amis et compagnons de route, Anny, Halima, Issam, Pauline, Aziz, Salah, Vincent, Gwennoline, Dan, Mohab, Nordine, Océane, Clarisse, Sofiane, Marion, Anne-Sophie, Valentine, Nathan, Christophe, Johan et tant d'autres pour leurs précieux conseils, aide, accompagnement au quotidien et encouragements.

J'adresse par ailleurs mes remerciements à mes parents, mon frère ainsi qu'à mon mari dont l'indéfectible soutien m'a permis d'effectuer ce travail de recherches dans les meilleures conditions qui soient. Je leur serai éternellement reconnaissante pour leur amour, leur sagesse et leur inconditionnelle bienveillance qui m'ont permis de m'élever. À vous, Papa, Maman, Mahdi et Sliman avec qui j'ai tant partagé et appris.

Je remercie enfin les Professeurs Clothilde GRARE-DIDIER, Sophie HOCQUET-BERG, Paul GROSSER et Madame Lydia MORLET d'avoir accepté de siéger dans mon jury de thèse et de m'avoir permis de bénéficier de leur expertise.

Liste des principales abréviations

A.	Arrêté
AJ fam.	Actualité juridique famille
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJDI	Actualité juridique droit immobilier
al.	Alinéa
al.	Autres
AMO	Assurance maladie obligatoire
ANSM	Agence nationale de sécurité du médicament
art.	Article
art. cit.	Article cité
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. civ. ch. mixte	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles – chambre mixte
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. déont. méd.	Code de déontologie médicale
C. envir.	Code de l'environnement
C. pén.	Code pénal
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CE, ass.	Conseil d'État statuant en assemblée du contentieux
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
chron.	Chronique
Civ.	Chambres civiles de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNAMTS	Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNEMiDTS	Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
ConvEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Décret
D.	Recueil Dalloz
dir.	Sous la direction de

Dr. famille	Droit de la famille
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
éd.	Édition
GAJC	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal. Rec.	Gazette du Palais Recueil
GPL	Gazette du Palais
ibid.	*Ibidem*
IGAS	Inspection générale des affaires sociales
JCl.	Encyclopédies JurisClasseur
JCl. Responsabilité civile et Assurances	JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances
JCP	JurisClasseur périodique (Semaine juridique)
JCP G	Semaine Juridique, édition générale
JCP S	Semaine Juridique, édition sociale
JDI	Journal du droit international
JDSAM	Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie
JOAN	Journal officiel de la République française - Informations parlementaires, Assemblée nationale
JORF/JO	Journal officiel de la République française
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
L.	Loi
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État, statuant en contentieux
LPA	Les Petites Affiches
LPPR	Liste des produits et prestations remboursables
obs.	Observation
op. cit.	*Opere citato*
Ord.	Ordonnance
p.	Page(s)
PIBD	Propriété industrielle – Bulletin documentaire
préc.	Précité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RCA	Responsabilité civile et assurances
RCJB	Revue critique de jurisprudence belge
RDA	Revue de droit d'Assas
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RGDM	Revue générale de droit médical
RGPD	Règlement général sur la protection des données
RID comp.	Revue internationale du droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale

RLDI	Revue Lamy Droit de l'immatériel
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ	Revue de la recherche juridique
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant(e)s
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	Spécialement
SSL	Semaine sociale Lamy
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. civ.	Tribunal civile
v.	Voir
vol.	Volume

SOMMAIRE

Introduction générale 1

TITRE PRÉLIMINAIRE
L'ADMISSION DE SANCTIONS SPÉCIFIQUES EN DEHORS DES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉ

Chapitre I. Les sanctions justifiées par l'objectif de maîtrise des dépenses 30
Chapitre II. Les sanctions justifiées par l'objectif de protection des tiers 72

PREMIÈRE PARTIE
LA SANCTION INDIRECTE DU REFUS DE SE SOUMETTRE À UN ACTE MÉDICAL

Titre I. L'absence de sanction indirecte traditionnellement admise 139

Chapitre I. Le rattachement du statut de patient victime au droit commun en matière d'aggravation du dommage 140
Chapitre II. La particularité du statut de patient victime justifiée par l'inviolabilité du corps humain 159

Titre II. L'absence de sanction indirecte controversée 188

Chapitre I. L'absence de sanction indirecte partiellement fondée 190
Chapitre II. Une sanction indirecte souhaitable 230

DEUXIÈME PARTIE
LA SANCTION DIRECTE DU REFUS DE SE SOUMETTRE À UN ACTE MÉDICAL

Titre I. Le refus fait générateur de responsabilité civile 309

Chapitre I. La fonction préventive de la responsabilité civile 311
Chapitre II. La fonction indemnitaire de la responsabilité civile 348

Titre II. Le refus fait générateur de responsabilité pénale 371

Chapitre I. Les infractions imputables aux parents 373
Chapitre II. L'exposition d'autrui à un risque grave 392

Conclusion générale 426

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Le Moi devant Autrui, est infiniment responsable. »
E. LÉVINAS, *Humanisme de l'autre homme*, 1972.

« *Tout ce qui augmente la liberté, augmente la responsabilité.* »[1] Dans une société contemporaine centrée à l'excès sur l'individu, cette affirmation, aussi juste soit-elle, semble perdre de sa grandeur, alors qu'elle est empreinte d'une vertu rare : celle de la mesure. *L'altérité* doit, tout autant que l'individualité, être protégée par le Droit, car ce dernier est « l'ensemble des conditions qui permettent à la liberté de chacun de s'accorder à la liberté de tous »[2].

1. Notion de responsabilisation. Il est des notions ambigües, assorties de diverses définitions, susceptibles de plusieurs appréhensions, parfois contrastées, et dont les champs d'application sont divers et difficilement identifiables. Il est indéniable que la notion de responsabilisation en fait partie. Cette notion est intéressante, tant elle est, dans les discours politiques, juridiques, et sociaux, de plus en plus revendiquée, et abordée dans de nombreuses disciplines. Elle occupe une place notamment en sciences de la santé, mais aussi dans des domaines variés comme la gestion, l'économie, les sciences de l'éducation[3], la sociologie ou encore la philosophie[4]. La responsabilisation n'est pas une notion juridique. En son sens commun, elle renvoie à l'action consistant à rendre quelqu'un responsable, à lui donner le sens des responsabilités, afin qu'il prenne conscience de son rôle[5]. De manière sensiblement analogue, la responsabilisation peut également être définie comme « le fait de

[1] V. HUGO, *Actes et paroles*, 1875-1876.
[2] E. KANT, *Théorie et pratique*, [1793], FB Éditions, 2015.
[3] V. par ex. en ce sens, A. HAUDIQUET, N. ROEKENS, « La parentalité à l'épreuve de la responsabilisation juridique », EMPAN, 2012/4, n° 88, pp. 123-133.
[4] Pour les différentes dimensions du concept de responsabilisation, v. M. LEMIRE, G. PARÉ et C. SICOTTE, « La responsabilisation du patient dans un contexte de télésoins à domicile », Canadian Public Administration, 2008, vol. 49, pp. 441-467.
[5] Le Nouveau Petit Robert, dictionnaire de la langue française, v° Responsabilisation.

rendre responsable en faisant participer aux décisions »[6]. Il en ressort tout d'abord, et de façon évidente, que responsabiliser revient à *conscientiser*, *ce qui* renvoie d'une part à une idée d'éducation, et, d'autre part, à reconnaître une certaine marge de liberté à l'individu. La responsabilisation implique alors « l'émergence de rapports participatifs entre les acteurs »[7]. Ensuite, le phénomène de responsabilisation semble lier deux notions qui, dans l'histoire de notre pensée moderne, sont intimement liées : l'autonomie et la responsabilité[8]. Et c'est de là que « le patient, collaborant, devient acteur de sa santé et donc responsable »[9]. L'individu informé et conscient des choix qu'il opère librement en devient alors indéniablement responsable.

2. En tout état de cause, force est de constater que la sollicitation accrue du concept de responsabilisation tient essentiellement aux liens qu'il entretient avec l'individualisme et la liberté. Alors que dans une société contemporaine, on assiste à une volonté grandissante de liberté et d'individualisme, il n'est pas étonnant que la quête de l'autonomie dicte de plus en plus les discours politico-sociaux et juridiques, devenant ainsi « une revendication et une donnée incontournable dans les relations juridiques »[10]. La matière médicale n'échappe pas à cette tendance : l'idée d'une responsabilisation du patient n'a fait que s'accroître depuis la mise en lumière de la « démocratie sanitaire » par la loi Kouchner du 4 mars 2002[11]. Inscrite dans une stratégie d'incitation, la responsabilisation, en matière de consentement aux actes médicaux, permettrait alors d'assurer l'émancipation de l'individu qui n'est aujourd'hui plus sous les ordres du médecin qui s'impose face à des malades vulnérables vis-à-vis de leur santé, incapables d'exprimer leur volonté. Il est de ce point de vue patent que le concept de responsabilisation, mis en perspective avec le droit de consentir, demeure avant tout une démarche centrée sur l'individu, car le droit de consentir touche avant tout à *l'intime* de la personne. Toutefois, le droit de consentir à un acte médical n'est pas

[6] Trésor de la langue française informatisé, dictionnaire en ligne, http://atilf.atilf.fr/tlf.htm, v° Responsabilisation ; mentionnée par M. GIRER, « Les droit des patients : les enjeux d'une autonomie affirmée », Sciences sociales et santé, 2014, vol. 32, pp. 29-37.
[7] M. GIRER, *ibid*.
[8] L'approche philosophique occidentale de la responsabilité est classiquement associée aux conditions de liberté et d'imputabilité, et ce depuis Kant : v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, coll. Thémis, 3e éd., 2022, p. 658, n° 29 ; v. également E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, [1795], FB Éditions, 2015.
[9] A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, coll. Thémis, 2e éd., 2009, p. 393, n° 359.
[10] P. MISTRETTA, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », Revue internationale de droit pénal, 2011/1, vol. 82, pp. 19-39.
[11] L. n° 2002-303, 4 mars 2002, relative à la qualité du système de santé et aux droits des malades.

uniquement une question individuelle. Dès lors, le concept de responsabilisation, mis en perspective avec le droit de consentir, ne semble pas uniquement s'inscrire dans une démarche centrée sur l'individu. Renvoyant aux moyens permettant à l'individu de prendre conscience de son rôle[12], la responsabilisation s'inscrit donc dans une logique d'incitation qui pourrait à terme, se traduire par des « moyens de pression »[13]. Soulignons que l'étude du droit de consentir conduit à limiter notre analyse aux actes médicaux, qui constituent les seuls comportements encadrés par ledit droit[14], et de ne pas l'étendre à l'ensemble des comportements qui influeraient sur l'état de santé[15]. Aussi, le choix est fait de ne pas parler du patient, mais de cibler l'individu de façon générale dès lors que la décision n'implique pas uniquement le patient dans sa relation avec le médecin, mais également l'assuré social et l'usager du système de santé.

3. En tout état de cause, la responsabilisation dévoile un large éventail de définitions qui n'a pas pour seules conséquences l'émancipation ou l'habilitation de l'individu dans ses choix médicaux. Dans ce contexte, il sera mis en exergue le rôle de la responsabilisation tant au sein de la société que dans la défense des intérêts individuels, légitimant un passage rationalisé d'une autonomie à une responsabilité, sans ignorer les principes fondateurs sur lesquels reposent notre système de santé ainsi que notre droit positif. Nous démontrerons comment le concept de responsabilisation s'inscrit dans une stratégie d'incitation et de soumission au bénéfice tant des intérêts individuels que des tiers, et contribue à établir un socle commun de principes permettant de concilier raisonnablement autonomie et responsabilité, en jouant le garde-fou contre les excès de l'autonomie. La question du consentement aux soins est alors à convertir, à travers le phénomène de responsabilisation, d'un choix individuel à un choix *altruiste*. Ainsi, la responsabilisation, mise en perspective avec le droit de consentir, est dotée d'une nature duale dont les deux composantes sont, bien que distinctes, intimement liées. Si le phénomène de responsabilisation s'est essentiellement imposé dans sa composante individuelle (§1), il dévoile par ailleurs une dimension *altruiste*, dès lors que la santé de chacun influe sur les tiers et la collectivité dans son ensemble (§2).

[12] Le Nouveau Petit Robert, *op. cit.*, v° Responsabilisation.
[13] M. GIRER, « Les droits des patients : les enjeux d'une autonomie affirmée », art. cit.
[14] Le commentaire de l'article 36 du Code de déontologie qui consacre le droit de consentir est clair : « les actes médicaux justifiant ce consentement doivent être entendus au sens large : en commençant par l'examen clinique habituel dont certains gestes peuvent être désagréables, comprenant d'éventuelles investigations complémentaires, différents traitements, la surveillance du traitement et de ses suites ».
[15] Par exemple, consommation de tabac ou d'alcool, alimentation équilibrée, ou encore pratique sportive.

§1. La composante individuelle de la responsabilisation

4. La responsabilisation, une conséquence logique de l'autonomisation. Si la notion de responsabilisation est certes l'objet de traitements et d'interprétations multiples, la montée en puissance de la volonté d'autonomiser coïncide avec une sollicitation de plus en plus accrue de la responsabilisation de chacun. En matière médicale, on a assisté avec la fin du XX^{e} siècle à la mise à l'écart d'un modèle paternaliste, au profit de l'autonomie et de la transparence, qui, désormais, apparaissent comme les leviers principaux de la relation liant l'individu aux politiques de santé et à son parcours de soins. Aujourd'hui, les temps ont changé : feu le paternalisme, voire « l'impérialisme médical »[16]. Et afin d'encadrer l'exercice de l'autonomie, au bénéfice notamment de la santé de chacun, l'accent a été mis, depuis quelques années, sur la nécessité de responsabiliser les individus. La responsabilisation, en ce qu'elle désigne le processus consistant à faire prendre conscience à quelqu'un de ses actes, pose les jalons d'un schéma participatif incluant l'individu dans son propre parcours de santé et renvoie dès lors intuitivement à une certaine idée d'apprentissage et d'éducation. Ce faisant, l'idée de responsabilisation répond à une logique d'autonomisation par la normalisation et la *protocolisation* des comportements de chacun et donc par l'incitation aux bonnes pratiques selon des standards reconnus. Le phénomène de responsabilisation fait alors sans conteste écho à l'émergence de l'individu postmoderne et renvoie à un besoin d'indépendance du sujet de droit et du principe de liberté, tels qu'ils résultent de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. D'ailleurs, en matière médicale, la responsabilisation s'est, au sein de la doctrine, plutôt imposée dans sa composante individuelle et s'inscrit de façon évidente dans une volonté d'autonomiser l'individu, y compris dans la décision médicale. Ainsi A. LAUDE considère qu'appliquée au secteur de la santé et plus particulièrement au patient, la notion de responsabilisation renvoie à l'hypothèse où le patient est « maître de ses comportements et donc *a priori* acteur de sa santé »[17]. Cette corrélation entre responsabilisation et autonomisation est évidemment juste : on relèvera d'ailleurs que responsabilisation et autonomisation sont parfois même considérées comme des synonymes[18]. Dès lors, si la responsabilisation contribue à

[16] R. SAVATIER, H. PÉQUINOT, J.-M. AUBY et J. SAVATIER, *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956, p. 22, n° 9.
[17] A. LAUDE, « Le patient, entre responsabilité et responsabilisation », Les Tribunes de la santé, 2013/4, n° 41, pp. 79-87.
[18] Le Robert, dictionnaire en ligne, v° Responsabiliser, https://dictionnaire.lerobert.com/definition/responsabiliser.

l'éducation de l'individu, elle participe nécessairement à l'efficacité de l'autonomie, voire la renforce permettant ainsi aux personnes « d'exercer un plus grand contrôle sur leur propre santé et de faire des choix favorables à cette-ci »[19]. Finalement, la responsabilisation, sous sa dimension individuelle, devient l'affirmation d'une liberté de choix, d'une autonomie de décision et inclut inévitablement le citoyen dans l'action sanitaire. Dans ce cadre, le principe d'autonomie est envisagé au sens kantien du terme, c'est-à-dire à travers l'alliance de la raison et de la liberté qui permet à l'homme de s'autodéterminer[20]. Juridiquement, sous son prisme individuel, la responsabilisation se traduit donc avant tout par la reconnaissance de nombreux droits assurant l'effectivité de l'autonomie de la personne dans son parcours de soins. Elle passe alors par deux modalités incontournables de l'autodétermination : la raison et la liberté relayées notamment par l'accès à l'information et la reconnaissance d'une autonomie d'action en matière de décision médicale.

5. La santé dépend de l'inné et de l'acquis. En outre, peu de temps avant l'émergence de la société contemporaine qui assiste à l'affirmation d'un individu libre et autonome, essentiellement fondée sur le droit au respect de la dignité humaine, un nouveau schéma médico-scientifique s'est développé, fondé sur des études épidémiologiques[21], lesquelles ont démontré que la maladie « n'est plus simplement le résultat d'une défaillance d'un élément du corps, mais aussi celui d'une série de facteurs liés à l'environnement et aux comportements individuels »[22]. Dans un rapport de Marc LALONDE,[23] il est établi que le facteur influant le plus sur notre santé est celui qui renvoie aux modes de vie et conduites de chacun[24]. Or admettre que l'état de santé dépend de l'inné et de l'acquis appelle l'autonomie de la volonté de chaque individu, et, de ce fait, sollicite sa responsabilisation dans la protection de sa propre santé. Ce sont précisément ces données acquises par la science qui ont permis l'apparition des politiques contemporaines de santé publique fondées sur de nouvelles méthodes de recherches médico-scientifiques ; autrement dit, s'appuyant

[19] Organisation mondiale de la santé, charte d'Ottawa, 17-21 nov. 1986.
[20] Sur la notion d'autodétermination, v. P. BORDAIS, *Essai d'une théorie générale de l'autodétermination de la personne humaine*, thèse, université de Montpellier, 2019.
[21] V. en ce sens M. COUTURIER, « L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé ? », RGDM 2010, num. spé., pp. 171-192 ; F. OROBON, « La responsabilisation des individus vis-à-vis de leur santé a-t-elle un sens ? », Les carnets de santé, mai 2013.
[22] M. COUTURIER, « L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé ? », art. cit.
[23] M. LALONDE, « Nouvelle perspective de la santé des Canadiens », rapport, 1974.
[24] Rappelons à ce sujet que tous les comportements et tous les modes de vie ne sont pas objets de notre étude. Seuls les actes médicaux, pratiqués dans le cadre de la relation qui lie le professionnel de la santé à l'individu, et encadrés par le droit de consentir, sont en effet visés.

« sur une logique actuarielle d'analyse, d'évaluation et de prévention des risques liés à la santé »[25]. La santé ne relève plus des seuls professionnels de santé[26]. La maladie ne serait plus seulement le fruit d'une défaillance du corps humain, elle serait également liée au comportement et mode de vie de chacun, et donc « au consentement » de chacun face aux questions de santé. En parallèle, la conception traditionnelle de la santé a évolué après avoir été critiquée pour son caractère trop réducteur[27]. Depuis 1946 en effet, l'Organisation mondiale de la santé définit la santé comme « un état complet de bien-être physique, mental et social ne consistant pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité [28]». Ainsi, la santé ne se conçoit plus comme un corps sans maladie, mais « comme une recherche permanente d'adaptation qui englobe l'individu dans ses déterminations physio-biologiques et psychosociales[29] ». Cette nouvelle approche de la santé et de la médecine suggère que chacun s'implique dans la recherche d'un idéal de santé, nonobstant la nécessité de soigner un état dégradé par la maladie.

6. L'éducation par l'information : *incipit* du processus de responsabilisation selon sa composante individuelle. La responsabilisation est vue comme un processus à travers lequel l'individu est amené à acquérir des connaissances et à les mettre en pratique à travers ses décisions, de façon à agir efficacement au regard de sa santé[30]. Ajouté à cela, la vulnérabilité de la personne bénéficiaire du droit à la protection de la santé dont l'État est garant impose d'assurer sa protection afin d'instaurer des garde-fous contre les excès de l'autonomie, lesquels conduiraient à une remise en cause du rôle de l'État dans la préservation de la santé de chacun.

7. L'État, garant du droit à la protection de la santé de chacun. Il semblerait que ce soit essentiellement au titre du droit à la protection de la santé, dont l'État est le principal garant[31], que les politiques de santé ont dû mettre en place un certain nombre de mécanismes

[25] V. en ce sens A. GOLSE, « De la médecine de la maladie à la médecine de la santé », *in* P. ARTIÈRES et E. DA SILVA (dir.), *Michel Foucault et la médecine. Lectures et usages*, Kimé, 2001, pp. 271-300.
[26] M. COUTURIER, « L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé ? », art. cit.
[27] V. en ce sens M. COUTURIER, « L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé ? », art. cit., p. 172 ; G. CANGUILHEM, *Le Normal et le Pathologique*, PUF, coll. Quadrige, 12 éd., 2013.
[28] Préambule adopté par la Conférence internationale sur la santé, New York, 1946, Actes officiels.
[29] V. en ce sens A. GOLSE, « De la médecine de la maladie à la médecine de la santé », *op. cit.*
[30] V. en ce sens M. LEMIRE, G. PARÉ et C. SICOTTE, « La responsabilisation du patient dans un contexte de télésoins à domicile », art. cit.
[31] Art. 1 de la Constitution de l'OMS : « Le but de l'Organisation mondiale de la santé (ci-après dénommée l'Organisation) est d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible. »

visant à guider l'usager du système de santé dans ses choix. L'État, pour honorer le contrat social qui le lie à son peuple, est alors tenu de mettre en place des instruments visant à protéger l'individu contre ses propres décisions, celles qui ne lui permettraient pas « d'amener les peuples au niveau de santé le plus élevé possible »[32]. Protégé par la Constitution[33], ce droit fondamental[34] doit essentiellement être assuré par l'État, même si d'autres acteurs en sont également débiteurs[35]. La responsabilisation apparaît alors à l'évidence comme un mécanisme permettant, à travers l'intervention de l'État, la mise à l'abri du droit à la protection de la santé et s'inscrit dans une stratégie de prévention[36]. D'ailleurs, ce rapprochement entre prévention et responsabilisation a été fait dans un rapport portant sur les politiques de prévention qui indique que la prévention doit correspondre à « une gestion active et responsabilisée du patrimoine santé dans tous les aspects de la vie pour un continuum prévention de soin »[37]. Le rôle de l'État dans la préservation de la santé

[32] *Ibid*.

[33] Art. L. 1110-4 du CSP : « 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 organisme participant à la prévention de soin 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. »

[34] Art. 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Elle [la Nation] garantit à tous, notamment l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs (…) ». Le Conseil constitutionnel a par ailleurs considéré que le droit de la protection de la santé est un principe nécessaire à notre temps : v. Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse : JO, 16 janv. 1975, p. 691 ; AJDA 1975, p. 134, note J. RIVERO. Le Conseil constitutionnel a ensuite consacré le principe comme principe à valeur constitutionnelle : v. Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-117 DC, relative à la loi portant sur la protection et le contrôle des matières nucléaires : JORF 24 juill. 1980 ; Rec., p. 42 ; D. 1981, p. 65, note C. FRANCK : « La protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens (…) a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle. »

[35] En effet, l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique procède à une énumération très large des personnes *obligées* : les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie, les organismes participant à la prévention et aux soins, les autorités sanitaires. Le texte vise également les usagers, sollicitant ainsi leur responsabilisation, et supposant que ces derniers doivent *adopter un comportement vertueux dans la gestion de leur « capital santé »* : v. en ce sens G. MÉMETEAU, M. GIRER, *Cours de droit médical*, LEH Édition, 5e éd., 2016, p. 685, n° 946.

[36] Ce rôle est reconnu à l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique qui précise que le droit à la protection de la santé vise avant tout la prévention ; Haut Comité de la santé publique, *Recueil des principaux problèmes de santé en France,* déc. 2002. V. également en ce sens la définition issue des travaux de l'Organisation mondiale de la santé : « Ensemble des actions tendant à éviter l'apparition, le développement ou la complication d'une maladie ou la survenue d'un accident. » cité par G. MÉMETEAU, M. GIRER, *op. cit.*, p. 685, n° 947. En somme, la prévention a donc pour but d'éviter l'apparition des maladies en agissant sur les causes ; de dépister rapidement les maladies afin de pouvoir les traiter efficacement ; et enfin, de diminuer les récidives et les incapacités résultant des maladies.

[37] A. FLAJOLET, « Mission au profit du gouvernement relative aux disparités territoriales des politiques de prévention sanitaire », rapport, avr. 2008, spéc. p. 50, cité par G. MÉMETEAU, M. GIRER, *op. cit.*, p. 686, n° 947 ; v. également en ce sens M. DEGUERGUE, « L'obligation de mener une vie saine ? », RGDM 2003, p. 13 et s., spéc. p. 17 : « la politique de prévention informe et éduque, et le citoyen agit en

de chacun s'est avant tout traduit par la mise en place de moyens de communication permettant un accès grandissant à l'information afin de promouvoir la santé.

8. L'accès à l'information[38] et le droit à l'information comme leviers majeurs de la responsabilisation. Le phénomène de responsabilisation inscrit l'individu dans une logique de compréhension par laquelle il apprend et met en pratique un enseignement, lui permettant d'agir efficacement sur sa santé personnelle. Dans le secteur de la santé, cette information se matérialise par la diffusion de renseignements visant à porter à la connaissance des citoyens les comportements à adopter dans l'objectif de préserver la santé. Aussi, la loi du 4 mars 2002, « symbole suprême de l'autonomisation »[39], semble mettre en avant la nécessité d'éduquer l'individu face à sa santé[40]. On retrouve cette idée d'éducation dans la formule « éducation thérapeutique »[41] qui constitue l'un des objectifs premiers de la loi Kouchner[42]. D'ailleurs, la loi du 26 janvier 2016[43] prévoit que les agences régionales de santé (…) visent, dans une démarche de responsabilisation, à permettre l'appropriation des outils de prévention et d'éducation à la santé »[44]. Que l'on songe à cet effet, à titre purement illustratif[45] à l'intensification des discours politiques mettant en avant, à travers notamment des campagnes de sensibilisation, le rôle de chacun dans la préservation de la santé[46]. Dans

conséquence non seulement pour ne pas nuire à sa santé, mais encore pour atteindre le meilleur état de santé dont il est capable ».

[38] D. CRISTOL, « Information et consentement en droit de la santé », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *Sécurité des patients, sécurité des consommateurs : convergences et divergences*, PUF, coll. Droit et santé, 2009, pp. 35-91. Le terme « information », pris isolément, « fait référence à l'idée de renseignement, connaissance, savoir ».

[39] G. CROIZE, « Citoyens, patients, assurés sociaux à vos devoirs ! », Revue Droit et Santé, mars 2011, n° 40.

[40] En effet, son article 74 dispose que « la politique de prévention tend notamment : à développer des actions d'informations et d'éducation pour la santé ; à développer également des actions d'éducation thérapeutique ».

[41] L'éducation thérapeutique est une notion qui a rapidement été définie par l'OMS comme « un processus continu, intégré dans les soins et centré sur le patient. Il comprend des activités organisées de sensibilisation, d'information, et d'accompagnement psychosocial concernant la maladie, le traitement prescrit, les soins, l'hospitalisation et les autres institutions de soins concernées, et les comportements de santé et de maladie du patient (…) L'éducation devrait rendre le patient capable d'acquérir et de maintenir les ressources nécessaires pour gérer de manière optimale sa vie avec la maladie ».

[42] Il convient de préciser que l'éducation thérapeutique ne constitue qu'un aspect de la responsabilisation en ce qu'elle a pour objectif d'autonomiser une personne déjà atteinte d'une maladie : v. en ce sens, G. CROIZE, art. cit., p. 121.

[43] L. n° 2016-41, 26 janv. 2016, de modernisation du système de santé. La loi comporte d'ailleurs un chapitre intitulé « Mieux informer, mieux accompagner les usagers dans leur parcours de santé ».

[44] Art. L. 1431-2-2, I du CSP.

[45] Seuls les choix de se soumettre ou non à un acte médical sont visés par l'étude et non pas tous les comportements impactant la santé.

[46] Notamment, les invitations à avoir une alimentation équilibrée, à pratiquer du sport, ou encore à se soumettre à des dépistages.

la même lignée, la création du nouveau comité d'éthique veille à la diffusion gratuite et la plus large des informations relatives à la santé et aux produits de santé[47] mettant en place une démarche partenariale et de collaboration entre tous les acteurs intervenant dans le parcours de santé. Il reste que c'est surtout la relation patient-médecin qui demeure le lieu intime et principal de responsabilisation de l'individu face aux choix qui concernent sa santé : elle est une relation de collaboration permettant dès lors au patient d'être guidé dans ses choix dans le respect de sa volonté définitive. L'individu *responsabilisé*, c'est à dire conscient des choix qu'il fait, est celui qui, à travers le droit à l'information, est mis en mesure d'appréhender la maladie ou l'acte médical sollicité ou préconisé. Le droit à l'information, qui trouve son fondement dans « l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »[48], et consacré tant par le droit interne[49], qu'international ou européen[50], constitue un préalable nécessaire à l'expression de la volonté du patient[51], mais concerne également les suites potentielles de

[47] Art. L. 1111-1-1 du CSP : « Un service public, placé sous la responsabilité du ministre chargé de la Santé, a pour mission la diffusion gratuite et la plus large des informations relatives à la santé et aux produits de santé, notamment à l'offre sanitaire, médico-sociale et sociale auprès du public. Les informations diffusées sont adaptées et accessibles aux personnes handicapées. Il est constitué des caisses nationales d'assurance maladie, de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, des agences et des autorités compétentes dans le champ de la santé publique et des agences régionales de santé. »

[48] Civ. 1re, 9 oct. 2001 : Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001, Jur., p. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENON ; JCP G 2002, II 10045, note O. CACHARD ; LPA 6 déc. 2001, n° 243, note C. CLÉMENT ; LPA 13 mars 2002, n° 52, p. 17, note F. MARMOZ ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. n° 374.

[49] Art. L. 1111-2, al. 1er du CSP : « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé (…) ». V. également L. n° 2011-2012, 29 déc. 2011, relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé : JORF 30 déc. 2011, n° 0302, p. 22667 : à travers cette loi, le législateur a enrichi le droit à l'information en le précisant dans des domaines particuliers tels que l'examen des caractéristiques génétiques, les soins psychiatriques ou les prescriptions hors autorisation de mise sur le marché. Par ailleurs, la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a également enrichi ce droit en précisant que la personne doit être « informée de la possibilité de recevoir, lorsque son état le permet, notamment lorsqu'elle relève de soins palliatifs au sens de l'article L. 1110-10, les soins sous forme ambulatoire ou à domicile. Il est tenu compte de la volonté de la personne de bénéficier de l'une de ces formes de prise en charge » ; ce droit a également été introduit en 1995 dans le Code de déontologie, et figure à l'article R. 4127-35 alinéa 1er du Code de la santé publique : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne, ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension. »

[50] Notamment, la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe du 4 avril 1997 dont l'article 5 dispose que « Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et risques ». Cette exigence est par ailleurs reprise par l'article 6 de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme de l'UNESCO du 19 octobre 2005, en vertu duquel « Toute intervention médicale (…) ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée, fondé sur des informations suffisantes ».

[51] F. VIALLA, « Enjeux et logiques de l'information comme préalable au consentement », *in* AFDS, A. LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 35.

l'acte[52]. Le droit à l'information est un droit relativement jeune, qui n'a cessé de s'étendre, tant en ce qui concerne son champ d'application que son contenu[53]. La Cour de cassation[54] et le Conseil d'État[55] avaient admis que l'information devait porter sur les risques graves liés aux investigations et soins proposés, même lorsqu'ils sont exceptionnels. La loi de 2002, malgré une formulation maladroite et ambigüe, ne semble pas devoir s'interpréter en opposition aux principes jurisprudentiels applicables, et ferait référence à l'exigence d'un risque connu[56]. L'article 35 du Code de déontologie médicale[57] ajoute que l'information doit être loyale[58], renvoyant à l'honnêteté[59] de l'information ; claire, c'est-à-dire intelligible[60] ; complète[61] et appropriée, autrement dit ajustée en fonction de la maladie et de son pronostic[62]. Cette quadruple exigence place le médecin au cœur de la responsabilisation : il dispose d'un rôle pédagogique, tiré de son statut de sachant vis-à-vis de son patient profane, mais aussi de docteur qui vient du latin *docere* qui signifie enseigner, instruire. L'information n'est par ailleurs pas le seul élément destiné à élever le niveau de

[52] Art. L. 1111-2, al. 2 du CSP : « lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements, ou action de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne doit en être informée, sauf impossibilité de la retrouver ».

[53] En vertu de l'article L. 1111-2, alinéa 1er du Code de la santé publique, l'information doit porter sur « les différentes investigations, traitements, ou actions de prévention qui lui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus (…) ».

[54] Civ. 1re, 7 oct. 1998 : JCP G 1998, II 10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS ; D. 1999, Jur., p. 1455, note S. PORCHY-SIMON.

[55] CE, ass., 5 janv. 2000, n° 181899, Consorts Telle : Lebon p. 5, concl. D. CHAUVAUX ; AJDA 2000, chr., p. 137, note J. MOREAU ; JCP 2000, II 10271, note J. MOREAU ; RFDA 2000, p. 641, concl. D. CHAUVAUX, note P. BON ; RDSS 2000, p. 357, note L. DUBOUIS.

[56] V. en ce sens S. PORCHY-SIMON, « Santé, responsabilité médicale, responsabilité pour faute d'éthique médicale : consentement libre et éclairé du patient et secret médical », JCl. Responsabilité civile et Assurances 2011, fasc. 440-3.

[57] Art. 35 du C. déont. méd. : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ». Ces dispositions sont reprises par l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique.

[58] Le critère tenant à la loyauté apparaît en premier dans la rédaction de l'article 35 du Code de déontologie médicale.

[59] Honnêteté qui ne doit pas se confondre avec une franchise brutale, sans tact ni mesure. Concrètement, cela signifie que tout mensonge ou dissimulation doit être exclu sauf le cas où la personne a exprimé sa volonté d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave.

[60] Elle doit dans ce contexte être simplifiée par rapport à un exposé spécialisé, et ne pas prendre la forme d'un langage trop technique, accompagné de détails superflus.

[61] Comme le précise l'article L. 1111-2, al. 1er, le médecin doit indiquer les éventuelles alternatives moins risquées, l'urgence potentielle, les bienfaits et les effets secondaires de l'acte envisagé.

[62] Il s'agit là pour le professionnel de santé d'exploiter toutes les possibilités de compréhension du patient, dont les limites et l'étendue se révèlent au cours de l'entretien. Le contenu de l'information doit par ailleurs dépendre du traitement corollaire.

compréhension du patient : si le professionnel de santé doit informer, il doit également préconiser, conseiller, inciter et, *in fine*, accompagner le patient[63]. S'inscrivant dans une démarche *responsabilisante,* le médecin n'apparaît pas uniquement comme un simple transmetteur du savoir, mais aussi comme un réel conseiller. Plus encore, si le médecin estime qu'un traitement est indispensable, et que le refuser compromettrait l'état de santé de son patient, il lui incombe une obligation de convaincre[64]. Témoignant de l'importance de ce droit pour le patient, la sanction du défaut d'information a fait l'objet d'une évolution progressive, attestant d'une sévérité accrue[65], bien qu'elle reste, « limitée »[66]. Le défaut d'information des patients par les médecins constitue non seulement une faute déontologique[67], mais également une faute civile ou légale[68], et ne connaît que deux exceptions[69] : l'urgence[70] et l'impossibilité d'informer[71]. Quoiqu'il en soit, si ce droit à

[63] Cette injonction est suggérée par l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique qui prévoit explicitement que les décisions sont prises avec le professionnel de santé et n'impliquent pas uniquement le patient : « toute personne prend avec le professionnel de santé (…) ».

[64] L'article L. 1111-4, alinéa 2 du Code de la santé publique dispose que « si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables ».

[65] L'arrêt Mercier, du 20 mai 1936, consacrait le caractère contractuel de la relation patient-médecin. Dès lors, c'est sur le terrain contractuel que devait être recherchée la faute du médecin qui avait manqué à son obligation d'information. L'arrêt du 3 juin 2010 a opéré un revirement de jurisprudence considérant que tous les préjudices nés avant la loi du 4 mars 2002 devaient être réparés sur le terrain contractuel, conformément à l'arrêt Mercier, et tous les préjudices nés après l'entrée en vigueur de la même loi doivent désormais être indemnisés sur le terrain délictuel. À travers ce même arrêt, la Cour de cassation durcit les sanctions et reconnait un préjudice distinct de la perte de chance. Elle estime que le défaut d'information implique nécessairement un préjudice car il porte atteinte à la dignité du patient qui doit être réparé, sans qu'il n'y ait besoin d'apporter la preuve d'une perte de chance. Elle consacre ainsi le préjudice d'impréparation aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle, lequel doit être indemnisé sur le terrain délictuel. Par un arrêt du 25 janvier 2017, la Cour de cassation a retenu que le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte médical peut justifier la réparation de deux préjudices distincts mais cumulables. Le premier tient à la perte de chance et le second au préjudice moral d'impréparation. Parce que le droit à l'information est indispensable à l'exercice de l'autonomie, laquelle repose sur le droit au respect de personne humaine, son non-respect conduit à de lourdes sanctions.

[66] V. en ce sens F. MAURY, « Le droit à l'information du patient, un droit fondamental de l'homme aux effets limités », Actu-Juridique.fr 30 avr. 2019, n° AJU52464.

[67] Art. R. 4127-35 du CSP ; art. 35 du C. déont. méd.

[68] L'article L. 1142-1, issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, pose le principe de la responsabilité médicale pour faute. Cette faute peut consister en la violation du devoir d'information : v. art. L. 1111-2 du CSP.

[69] Art. 36 du C. déont. méd. Ces exceptions ne doivent pas pour autant conduire le professionnel à ne fournir aucune information au patient. En effet, le professionnel doit tout de même informer le patient des conséquences de son refus et fait seul le choix de la thérapie la plus efficace et la moins risquée.

[70] L'urgence renvoie à la situation où le pronostic vital du patient est engagé, justifiant ainsi que le médecin agisse rapidement, passant outre le droit à l'information du patient.

[71] Civ. 1re, 27 oct. 1962 : Bull. civ. I, n° 307 ; Civ. 1re, 22 mai 2002, n° 00-19.817 : Bull. civ. I, n° 142 : le patient peut toujours refuser de recevoir l'information due par le professionnel de santé. L'article R. 4127-35 du Code de la santé publique dispose par ailleurs que la volonté d'un malade de rester dans l'ignorance d'un pronostic ou d'un diagnostic grave doit être respectée.

l'information répond à un objectif d'autonomisation, il se justifie essentiellement par le fait que l'individu est considéré comme un profane.

9. La vulnérabilité de l'usager du système de santé. Saint Thomas d'Aquin nous enseignait déjà : « *consensus voluntatis est actus qui praesupponit actum intellectus* ». Si « l'acte de volonté présuppose un acte intellectuel[72] » et si le consentement préalable de la personne est incontournable, alors il revient la lourde tâche à l'ensemble des acteurs garant de la protection de la santé, qu'ils soient praticiens ou politiques, de rendre possible la réflexion attendue de l'individu devenu autonome en haussant son niveau de compréhension. De partie faible, car initialement ignorante, le patient, ne peut, sans être guidé, appréhender seul les choix concernant sa santé. L'individu doit donc être en mesure d'être orienté afin qu'il puisse appréhender sa maladie, les traitements préconisés ainsi que ceux qu'il sollicite lui-même. Le patient, comme l'affirmait Le Professeur Louis PORTES, premier président du Conseil National de l'Ordre des médecins, « est et doit être (…), un enfant à apprivoiser. L'acte médical normal n'étant essentiellement qu'une confiance qui rejoint librement une conscience (…) »[73]. Dès lors, comme un enfant que l'on élève par la transmission et le savoir, le patient, grâce aux connaissances que le *sachant* lui transmet, est celui qui peut s'émanciper, car devenu conscient et de ce fait apte à décider. Dans un objectif d'autonomisation, le processus de responsabilisation permet de combler les carences de l'individu en matière médicale. Dès lors, l'encadrement de l'exercice de l'autonomie par la responsabilisation, du moins au regard de son prisme individuel, vise à une meilleure observance par le patient de ses traitements et de son parcours de soins[74] dans la mesure où le patient est une personne vulnérable qui doit bénéficier d'un encadrement particulier.

10. La reconnaissance d'une autonomie d'action : excipit du processus de responsabilisation selon sa composante individuelle. L'émergence d'une nouvelle représentation sociopolitique de l'individu libre et autonome s'est principalement traduite par la reconnaissance d'un principe général d'autonomie[75] transcendant de nombreux aspects, et d'une multitude de mécanismes assurant la représentation du patient dans son

[72] H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, p. 106, n° 58.
[73] L. PORTES, *À la recherche d'une éthique médicale*, PUF, 1954, p. 170.
[74] M. GIRER, « Les droits des patients : les enjeux d'une autonomie affirmée », art. cit., p. 34.
[75] Pour un panorama du champ d'application et du contenu du principe général d'autonomie, v. G. MÉMETEAU, M. GIRER, *op. cit.*, p. 694.

parcours de soins, lui conférant ainsi les moyens d'agir sur sa propre santé[76]. L'autonomie, en matière médicale, s'est en tout premier lieu traduite par la possibilité de choisir ou non de se soumettre à un acte médical. Le droit de consentir à un acte médical, considéré comme « le plus vieux principe normatif qui soit »[77] bénéficie d'une valeur supérieure qui ne doit néanmoins pas s'imposer dans la relation patient médecin de façon absolue : elle ne doit pas « s'exercer contre le principe de bienfaisance »[78]. Si le droit de consentir est un droit fondamental pour le patient, il est également un devoir pour le médecin. L'obligation du recueil du consentement par le professionnel de santé repose sur l'article 16-1 du Code civil[79] et est expressément consacrée par l'article 16-3 du même code[80] ainsi que l'article L. 1111-4 alinéa 2 du Code de la santé publique[81]. Le fait pour le médecin de passer outre le consentement du patient entraîne de lourdes sanctions[82].

11. Droit *de* consentir aux actes médicaux de l'individu : précisions terminologiques. Quelques brèves clarifications doivent être apportées au choix délibéré

[76] Il s'agit notamment des associations dont la reconnaissance est assurée par l'article L. 1112-5 du Code de la santé publique. Elles assurent une représentation et une participation collective des usagers à la politique de santé ; mais aussi des associations reconnues par l'article L. 1112-3 et s. du Code de la santé publique qui ont essentiellement pour mission de veiller au respect des droits des malades au sein même de l'institution hospitalière. Pour de plus amples développements sur le rôle de ces associations et sur leur efficacité, quelque peu discutée, v. V. GHADI, D. POLTON « Le marché ou le débat comme instruments de la démocratie », Revue française des affaires sociales, ministère de l'Emploi et de la Solidarité, La Documentation française, avril-juin 2000, pp. 21-33.

[77] A. DEMICHEL, « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 720 (cité par G. MÉMETEAU, M. GIRER, *op. cit.*).

[78] S. RAMEIX, « Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ? », Laennec oct. 1997. Le principe de bienfaisance signifie que l'autonomie ne doit pas systématiquement prévaloir sur la finalité première de la médecine qui est de soigner. La Cour administrative d'appel l'avait d'ailleurs reconnu dans sa fameuse décision à propos des Témoins de Jéhovah transfusés contre leur gré : v. CAA Paris, 9 juin 1998.

[79] Art. 16 du C. civ. : « 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 ».

[80] Art. 16-3 du C. civ. : « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

[81] Art. L. 1111-4 du CSP : « Le médecin doit respecter la volonté de la personne (…). Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable ». Les seuls cas permettant ainsi au médecin de passer outre le consentement sont l'urgence et l'impossibilité, tel que le prévoit l'article L. 1111-4, al. 4 du Code de la santé publique.

[82] Civ., Req., 28 janv. 1942, Teyssier : D. 1942, Jur., p. 63 ; GPL 1942, jur., p. 177. La Cour de cassation dans son célèbre arrêt Teyssier estimait « qu'en violant [l'obligation d'obtenir le consentement du malade] imposée par le respect de la personne humaine, le chirurgien commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs médicaux, qui constitue une faute personnelle se détachant de l'exercice de [ses] fonctions ». Ainsi, le seul défaut de recueil du consentement du patient par le médecin entraîne la mise en jeu de sa responsabilité civile dès lors qu'il s'apparente à la violation d'un droit fondamental.

qu'il est fait de ne pas employer la formule *droit au consentement,* mais *droit de consentir*. La première apparaît, selon l'analyse remarquée de M. PICHARD[83], comme une créance supposant ainsi que le bénéficiaire dudit droit soit passif. L'auteur indique en ce sens que « (le droit) *à* signifie la promesse de la fourniture d'un bien, d'un service ou de l'abstention d'un tiers — renvoie, en somme à une idée de créance (…). À la suite du terme droit, l'alternance *de/à* correspond à une action du titulaire du droit (droit de, droit d'agir) (…) ». Et d'ajouter que « le titulaire d'un *droit de* est donc bien actif ; le titulaire d'un *droit à* est passif »[84]. Or le droit de consentir implique sans nul doute une action de la part du sujet de droit qui le rend donc actif, ce qui justifie l'utilisation de la formule *droit de* consentir qui se substitue à celle de *droit au consentement.*

12. La responsabilisation selon son approche individuelle, une traduction de l'émergence d'un devoir incitatif, moral, de prendre soin de sa santé. L'émergence d'une conception de l'individu libre, responsable de son sort, l'a avant tout rendu *moralement* responsable[85]. Cela s'explique notamment par « l'idéologie de la culpabilisation de la victime »[86], qui passe par la mise en avant des comportements à risques, ce qui rendrait plus simple sa culpabilisation lorsqu'il est malade. B. KOUCHNER affirmait d'ailleurs, lors des débats parlementaires, que « le consentement ne doit plus être l'acceptation passive d'une décision prise par un autre. Il doit devenir l'expression d'une participation active du malade aux décisions qui le concernent, l'expression d'une responsabilité sur sa propre santé »[87]. Ainsi, la responsabilisation fait place, d'une certaine manière, à un devoir moral, ou encore incitatif de prendre soin de sa santé. Le devoir de santé dont il est question est ici celui qui s'apparente à une obligation naturelle, ou encore à un devoir de conscience dépourvu de sanction juridique. C'est très certainement à ce devoir que C. SAUVAT faisait référence lorsqu'il affirmait que « le devoir de santé n'est

[83] M. PICHARD, *Le droit à. Étude de la législation française*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006.
[84] *Ibid*., p. 8, n° 5.
[85] V. sur la responsabilité morale G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la répartition de risques », Archives de philosophie du droit, n°22, 1997, p. 5 et s. : l'auteur montre à travers la conception de Domat, l'importance de la responsabilité morale.
[86] R. CRAWFORD, « You Are Dangerous to Your Health : the Ideology and Politics of Victim Blaming », International Journal of Health Services, vol. VII, n° 4, p. 663, trad fr. : « C'est de ta faute. L'idéologie de la culpabilisation de la victime et ses applications dans les politiques de santé publique », *in* L. BOZZINI, M. RENAUD, D. GAUCHER et *al*., *Médecine et société. Les Années 80*, Québec, Éd. coopératives Albert Saint-Martin, 1981, p. 481, cité par M. COUTURIER, « L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé ? », art. cit., p. 173.
[87] B. KOUCHNER, JOAN, 3 oct. 2001, p. 5319.

nullement sanctionné en cas de violation »[88]. Et comme le suggérait KANT lorsqu'il affirmait que chacun a le devoir de viser sa propre perfection, l'individu demeure le meilleur défenseur de ses intérêts. Désormais conscient, l'individu a le devoir envers lui-même d'adopter des comportements raisonnables, au risque de subir et d'assumer seul les conséquences dommageables de comportements à risques. Ce devoir de santé est alors strictement moral, incitatif ou encore pédagogique, et se justifie, sur le plan juridique, par le principe de liberté. Ainsi, si la dimension individuelle de la responsabilisation permet de lui reconnaître un rôle préventif en mettant à l'abri les intérêts individuels du bénéficiaire du droit de consentir, il ne peut en aucun cas être répressif, car selon un vieux principe, la liberté envers soi-même demeure absolue dans la mesure où « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »[89]. Ce qui veut dire qu'*a contrario,* chacun est libre de se nuire à lui-même.

13. Propos transitifs : d'un devoir moral à un devoir juridique ? Néanmoins, les intérêts des tiers et de la collectivité pouvant être mis en péril par le refus d'un individu de se soumettre à certains actes médicaux, la responsabilisation doit, dans un second temps, s'inscrire dans une démarche tournée vers l'autre. Ce faisant, si dans sa composante individuelle, la responsabilisation ne peut qu'induire une responsabilité morale, qu'en est-il lorsque ce sont les intérêts des tiers et de la collectivité qui sont menacés ? Le caractère incitatif que suggère la responsabilisation doit-il conduire à la mise en place de sanctions lorsque ce ne sont pas les intérêts purement individuels qui sont concernés ?

§2. La composante *altruiste* de la responsabilisation

14. La reconnaissance par les textes d'un nouveau statut du patient et de nombreux droits assurant l'effectivité de son autonomie dans la décision médicale conduit à imprégner les consciences d'une toute nouvelle appréhension de l'individu libre et qui tend alors à devenir responsable. Au surplus, en dépit de la volonté explicitement affirmée de la politique et du droit de faire de la liberté et de la subjectivité les leitmotive principaux des politiques de santé, la santé a en réalité toujours été une affaire à la fois individuelle et collective. Si, en effet, les règles fondamentales de la pratique médicale fixées

[88] C. SAUVAT, *Réflexions sur le droit à la santé*, PUAM, 2004, p. 201, n° 242.
[89] Art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du 26 août 1789.

originellement par Hippocrate sont individualistes, car fondent la relation singulière entre le médecin et son patient, parallèlement, les institutions hospitalières de l'Antiquité gréco-romaine et du Moyen âge chrétien révèlent l'aspect communautaire de la médecine[90]. Dans cette lignée, le Comité national d'éthique, dans plusieurs de ses avis, souligne que le principe d'autonomie de la personne, sous le prisme du droit de consentir, doit parfois s'effacer au profit de l'intérêt général et du collectif[91]. Et lorsque le refus est susceptible d'avoir des répercussions sur la collectivité ou sur les tiers, l'État doit en principe pouvoir intervenir dans l'exercice du droit de consentir, car la Nation est habilitée à déterminer sa politique de santé notamment au titre de garant de la protection de la santé de chacun. Analysée au regard des intérêts de la collectivité et des tiers, la question de la responsabilisation renvoie alors à la problématique générale relative à la légitimité de l'intervention des pouvoirs publics dans l'exercice du droit de consentir.

15. Problématisation. Si le législateur tend de plus en plus à se focaliser sur les comportements et les risques, la politique de santé devrait être fondée sur une logique davantage normative « en recherchant une soumission librement consentie, au risque de la contraindre, voire de sanctionner sa non-application et d'apparaître ainsi comme dans un nouveau mode de contrôle social »[92]. Dans cette hypothèse, l'intérêt de l'individu passe au second plan et l'on assiste à « une responsabilisation » de ce dernier[93] par le biais de moyens coercitifs. Si la responsabilisation, au sens d'incitation aux bonnes pratiques, apparaît par définition comme un outil nécessaire de prévention des risques, la question se pose de savoir si finalement ce mode incitatif pourrait le transformer, comme le soulève à juste titre M. DEGUERGUE, en « une obligation de mener une vie saine[94] », dont la violation entraînerait une sanction, notamment lorsque ce sont, non pas les intérêts individuels qui sont menacés, mais les intérêts d'autrui. La sanction apparaît comme un instrument

[90] V. Comité national d'éthique, « Refus de traitement et autonomie de la personne », avis n° 87, 14 avr. 2005 ; Comité national d'éthique, « Questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale », avis n° 106, 5 févr. 2009.
[91] *Ibid*.
[92] P. LAMOUR, O. BRIXI, « L'éducation pour la santé : entre conceptions dominantes et conceptions alternatives », *in* F. BOURDILLON, D. TABUTEAU et G. BRÜCKER, *Traité de santé publique*, Flammarion, coll. Médecine-Sciences, 2e éd., 2007 ; G. DUHAMEL, « Les enjeux de l'observance », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, coll. Droit et santé, 2007, p. 23.
[93] A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, coll. Thémis, 3e éd., 2012 ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », art. cit.
[94] M. DEGUERGUE, « L'obligation de mener une vie saine », art. cit., p. 13.

incontournable de préservation des intérêts des tiers et de la collectivité et apparaît alors comme un outil de responsabilisation. En effet, la sanction[95] répond de toute évidence à une stratégie, de soumission, d'assignation, et donc d'incitation au consentement, si bien qu'elle peut être perçue comme un outil pertinent de responsabilisation. En un sens restreint, elle est une punition, une peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, c'est-à-dire une mesure répressive destinée à le punir. En un sens plus large, la sanction correspond à toute mesure, même réparatrice, justifiée par la violation d'une obligation. Et encore plus largement, elle renvoie à tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation[96]. La sanction tend alors à constituer une technique parmi d'autres d'incitation aux comportements au regard d'un standard vertueux, dans le but de sauvegarder les intérêts des tiers et de la collectivité dans son ensemble.

16. Si la sanction peut prendre diverses formes, c'est celle consistant en la mise en jeu de la responsabilité qui mobilisera notre attention, dès lors qu'elle entretient des liens apparents avec la responsabilisation, mais aussi parce qu'elle est pourvue d'une portée générale, qui permet de transcender toutes les hypothèses où le refus est susceptible de porter atteinte aux tiers. Ainsi, le refus de se soumettre à un acte médical préconisé, s'il est susceptible de causer des préjudices aux tiers ou les mettre en danger, la responsabilité, qu'elle soit pénale ou civile doit pouvoir être mise en œuvre, conformément à ses fonctions. Dans ce contexte, si l'autonomie de la personne en matière de consentement aux soins est salutairement mise en avant par le droit, ce dernier doit pouvoir en fixer les limites, notamment dans le but de satisfaire des besoins sociétaux. Dans ce contexte, la responsabilisation se confronte à la question de la protection des intérêts d'autrui, et à terme, soulève la question de la responsabilité, qu'elle ait une fonction préventive, indemnitaire, ou encore répressive. C'est en ce sens qu'en matière de consentement aux actes médicaux, le concept de responsabilisation permettrait alors un passage rationalisé d'une autonomie à une responsabilité. Et si la question de la sanction du refus a été, bien que timidement,

[95] Sur la notion de sanction, v. D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2003, v° Sanction ; B. MALLET-BRICOUT, D. ZEROUKI, M. DEGOFFE, L. DE GRAËVE, *La sanction. Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007 ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997 ; M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, thèse, université Paris-Assas, 2018, dir. A. LEPAGE, D. MAZEAUD ; D. SENANEDJ, *Le juge et les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat*, thèse, université Paris, 2021, dir. D. LEGEAIS, J. MARTIN ; P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », D. 1986, Chron., pp. 197-204.

[96] Pour toutes ces définitions v. G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 14e éd., 2022, v° Sanction, p. 947.

abordée, celle d'une responsabilité, fût-elle sous-jacente au principe d'autonomie en matière de consentement aux soins, est passée sous silence.

17. S'il est habituel de consacrer de nombreux développements aux droits des malades et si la question de leurs obligations fait l'objet d'un intérêt croissant chez les auteurs[97], celle de leur sanction, dans le cadre d'une responsabilité, demeure peu abordée. Une seule disposition, issue de la loi du 4 mars 2002, s'y réfère timidement en mentionnant explicitement l'existence de « responsabilités », mais dont la portée n'est jusqu'alors pas précisée. En effet, selon cette disposition, qui introduit l'article L. 1111-1, « Les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé sur lesquels il repose ». Ne faisant pas l'objet d'un examen attentif de la part du droit, elle ne semble être qu'une « déclaration de principe qui n'a que peu de portée concrète »[98]. Néanmoins, à travers cette affirmation, il semblerait que le législateur ait souhaité — *bien que craintivement* — accompagner la reconnaissance de droits de son corollaire naturel : l'existence de devoirs. Appliqué à notre étude, ce postulat de départ nous conduit à nous interroger sur l'émergence d'un devoir de se soigner susceptible d'engager la responsabilité de celui qui refuse, en contrepoids non négligeable au droit de consentir. C'est à ce titre, la responsabilisation se présenterait comme le garde-fou contre les excès de l'autonomie[99].

18. Aujourd'hui, « le devoir général de prendre soin de notre santé n'existe pas encore formellement, mais les réquisits qui permettraient de l'instaurer se mettent progressivement en place dans notre société[100] ». En effet, les références à la responsabilité du patient demeurent quasi inexistantes, excepté la formule ambigüe de l'article L. 1111-1 qui renverrait « plus volontiers aux responsabilités de l'usager, dans ses rapports avec la collectivité, qu'à une responsabilité juridique stricto sensu »[101]. On peut alors reconnaître au législateur qu'il a tout de même fait le premier pas en mettant à la

[97] V. par ex., « "Les obligations du patient", Actes du colloque de l'AFDS, Paris, 13 juin 2003 », RGDM 2003, n° 11 p. 9 et s. ; S. DI FAZIO, *Approche juridique des obligations et des devoirs des personnes hospitalisées*, thèse, université de Montpellier 1, 2010.
[98] G. MÉMETEAU, M. GIRER, *op. cit.*, p. 735, n° 1027.
[99] Art. 4 de la DDHC de 1789.
[100] M. COUTURIER, « L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé ? », art. cit., p. 171.
[101] P. VÉRON, « Les incidences de la faute du patient en droit de la responsabilité médicale », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH Édition, 2015.

charge de l'usager certaines obligations qu'il précise. En effet, le projet de loi initial de la loi du 4 mars 2002 ne mentionnait que « les droits et obligations des personnes accueillies ». Les sénateurs, semblant prendre en considération l'aspect collectif de la santé, ont ajouté que « les devoirs nécessaires au respect des règles de vie collective au sein de l'établissement ou du service ». Le décret du 14 novembre 2003[102] est quant à lui encore plus insistant sur les contraintes qui s'imposent à l'usager : il introduit, notamment, le devoir de « comportement civil »[103] à l'égard des autres usagers et du personnel. C'est dire qu'indéniablement, les comportements de chacun concernant sa santé sont une question de société et pas uniquement individuelle. En revanche, de telles obligations apparaissent en raison de la vie en collectivité, et ne concernent pas le refus de se soumettre à un acte médical, de sorte qu'on ne peut en tirer des règles générales. Il n'en demeure pas moins qu'une démarche tournée vers *autrui* semble progressivement servir de base aux législations.

19. Au demeurant, si l'on s'en réfère aux dispositions de la loi du 4 mars 2002, on peut légitimement croire que le législateur n'a pas totalement ignoré le nécessaire équilibre entre droits et devoirs. En effet, en faisant des droits des usagers une question décisive, en insistant sur la notion de participation et en faisant de l'usager un réel acteur de la santé, la loi ne s'est pas contentée de mettre au centre de l'attention les droits des malades. Elle a en réalité problématisé la question des rapports entre droits et devoirs et a clairement soulevé, sans néanmoins y répondre[104], la question de la responsabilité, qui implique d'être appréhendée sous le prisme du droit de consentir, considéré comme le « pilier » des droits des malades. Ainsi, au-delà de ce qui pourrait paraître n'être qu'une « pétition de principe »[105], la formule très générale de l'article L. 1111-1[106], bien qu'imprécise, vise à affirmer la reconnaissance d'une responsabilité sous l'angle d'une adaptation réfléchie des droits et des devoirs.

[102] D. n° 2003-1095, 14 nov. 2003, relatif au règlement de fonctionnement institué par l'article L. 311-7 du Code de l'action sociale et des familles.
[103] V. art. 9 du D. n° 2003-1095, 14 nov. 2003, relatif au règlement de fonctionnement.
[104] Souligné par nous.
[105] M. JAEGER, « Du principe de responsabilité au processus de responsabilisation », Vie sociale 2009, n° 3/2009, p. 78 ; v. *supra*, n°17.
[106] Art. L. 1111-1 du CSP.

20. Conscience, liberté, responsabilité. Du reste, l'action de responsabiliser une personne n'est-elle pas, sur le plan terminologique, la traduction explicite de la volonté de la rendre *responsable* ? Si la responsabilité recouvre un large spectre de définitions et qu'il ne faut pas nécessairement déduire de l'interprétation terminologique de la notion de responsabilisation des conséquences juridiques[107], le droit reconnaît à l'individu sa liberté dans la décision médicale. Or la liberté n'implique-t-elle pas nécessairement d'assumer les conséquences de ses choix, et en somme sa responsabilité ? Assurément. En effet, au-delà des liens étymologiques évidents qui existent entre responsabilisation et responsabilité, cette dernière est inéluctablement fondée sur une vision humaniste de la société, où les individus, animés par la raison, parce qu'ils sont conscients, libres et maîtres de leur destin, acceptent de répondre des conséquences de leurs actes. Conscience et liberté, qui apparaissent comme les fondements de la composante individuelle de la responsabilisation, sont par ailleurs éminemment liées à la responsabilité. Ainsi, « liberté, conscience, et responsabilité sont des concepts complémentaires et indissociables : la responsabilité suppose conscience et liberté ; or l'homme n'est conscient et libre que responsable »[108]. En matière de responsabilité civile, le Conseil constitutionnel s'inscrit dans cette lignée en considérant la responsabilité comme un corollaire de la liberté de l'auteur du dommage : l'homme est alors responsable parce qu'il est libre[109].

21. Cette vision de l'homme libre et corollairement responsable implique une conception normative du droit : l'objectif est de sauvegarder des principes essentiels, « notamment celui de ne pas nuire à autrui »[110]. Or le refus de se soumettre à un acte médical, sans équivoque, est de nature à causer des dommages à autrui et à la collectivité appelant alors la responsabilité. Du latin *respondere*, le responsable est celui qui répond. Bien que le terme *responsable* ne soit pas univoque — et qu'il existe dans d'autres systèmes normatifs et différentes philosophies, morales ou religions —, celui qui répond,

---

[107] C'est-à-dire une responsabilité juridique *stricto sensu*.

[108] P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, « Les fondements de la responsabilité civile et son évolution », PUF, coll. QSJ ?, 2003, p. 9.

[109] B. GIRARD, « La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Jus Politicum, n° 21 (https://juspoliticum.com/article/La-responsabilite-civile-dans-la-jurisprudence-du-Conseil-constitutionnel-1253.html).

[110] P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, « Les fondements de la responsabilité civile et son évolution », p. 9 ; pour plus de développements sur le déploiement du concept de responsabilité dans tous les domaines, v. P. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000 ; et pour une analyse philosophique de la responsabilité, J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Brière, 1999.

sur le plan juridique, répond du dommage qu'il a causé et du crime qu'il a commis[111]. La santé n'étant pas qu'une affaire individuelle, le droit de refuser, mis en perspective avec le concept de responsabilisation, confère à la responsabilisation une dimension nécessairement altruiste. En opposition à sa composante individuelle[112], la responsabilisation est *altruiste* — et non collective — parce que le refus n'est pas uniquement susceptible de préjudicier aux intérêts de la collectivité dans son ensemble : il est également de nature à menacer les intérêts particuliers d'autrui. D'ailleurs, si A. LAUDE attribue au concept de responsabilisation une approche purement comptable[113], cela ne convainc pas. Certes, si la personne refuse de se soumettre à un acte médical, par négligence ou choix personnel, dans le but de détecter, traiter, ou se prémunir contre une pathologie donnée, cela peut avoir des conséquences considérables en termes de coût de santé pour la collectivité. Mais aussi, lorsque lors d'une prise en charge médicale un dommage se réalise, le refus de se soumettre à un acte médical de nature à améliorer l'état de santé peut avoir des conséquences sur l'étendue du dommage, ce qui a des répercussions sur le médecin, qui se mue en débiteur du droit à réparation. La question des incidences du refus se pose encore dans le cas où la personne refuse de se traiter ou de se prémunir contre une maladie infectieuse, qui peut se répandre à toute la population, ou contaminer un ou plusieurs tiers identifiés. La question relative à l'autonomie de l'individu en matière de soins est donc à rationaliser par la prise en considération de l'aspect *altruiste* de la santé.

22. Somme toute, si, comme le considère A. LAUDE, les notions de responsabilisation et de responsabilité sont bien distinctes[114], elles demeurent extrêmement solidaires. Soulignons en outre que les situations décrites permettent de postuler que c'est bien le refus de se soumettre à un acte médical, corollaire du droit de consentir[115] qui est susceptible d'être dommageable, et non pas le fait d'accepter un acte médical préconisé. Outre le fait que dans la plupart des cas, c'est le refus d'un acte préconisé qui est susceptible d'être dommageable à autrui, il ne pourrait jamais être

[111] D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *op. cit.*, v° Responsabilité.
[112] V. *supra* n°4 et s.
[113] A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », art. cit. Dans cet article, l'auteur souligne que la responsabilisation répond à « une logique de sanction financière prononcée à l'encontre d'un assuré social ».
[114] *Ibid*.
[115] Le droit de consentir a comme corollaire le droit de refuser. Ce dernier est formulé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

reproché à une personne, *a priori* profane, d'avoir accepté de se soumettre à un acte médical préconisé par des *sachants.* Dès lors, si refuser de se soumettre à un acte médical consiste en l'exercice du droit de consentir, évoquer le refus permet de mieux appréhender les conséquences néfastes que l'exercice du droit de consentir peut occasionner.

23. Quoi qu'il en soit, force est de constater que le refus de se soumettre à un acte médical peut engendrer un véritable conflit de valeurs, ce qui soulève un réel dilemme éthique et juridique. Ainsi, la responsabilisation, si elle est un moyen de renforcer l'autonomie de l'individu dans la décision médicale, en l'incitant à prendre des décisions vertueuses pour sa santé, sans la moindre menace d'une sanction lorsque les conséquences relèvent de la sphère individuelle, elle implique nécessairement qu'il assume les conséquences de ses choix, et doit pouvoir, conformément aux mécanismes traditionnels du droit, conduire à une responsabilité lorsque les intérêts de la collectivité et d'autrui sont en péril. À travers la problématique liée au sens et à la portée de la responsabilisation, il convient donc d'identifier les objectifs et moyens d'un tel concept, conduisant entre autres à discuter la légitimité d'un principe sous-jacent de responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical, en contrepoids nécessaire à l'autonomie de l'individu. Il faut alors pouvoir considérer qu'à travers la responsabilisation, l'exercice du droit de consentir puisse être régulé tant au profit des intérêts individuels, qu'au bénéfice des tiers et de la collectivité, en permettant la mise en œuvre des mécanismes de responsabilité, s'il porte une atteinte grave et disproportionnée aux intérêts des tiers ou de la collectivité.

24. La démonstration conduit *in fine,* à travers le concept de responsabilisation, à concilier la liberté individuelle et les intérêts d'autrui, en mettant en exergue le côté « invisible » — *ou peu visible* — et en incitant à une certaine clarté du régime qui demeure jusqu'alors flou. Partant, à travers l'objectif de responsabilisation, il est utile d'insister sur la nécessité de donner davantage de vigueur à une démarche plus coercitive, tournée vers l'autre, dès lors que la prise de décision de chacun est susceptible de menacer autrui. Cette analyse, en sus de préciser les contours du concept de responsabilisation, permet de dévoiler les dangers de l'exercice du droit de consentir s'il n'est pas concilié avec son corollaire évident : le devoir de se soigner.

25. En dehors du champ de la responsabilisation, la question d'un devoir de se soumettre à un acte médical a d'ailleurs déjà été soulevée. Dans le contexte d'adoption de la loi de 2004, M. SAUVAT notamment s'interroge sur le fait de savoir si le devoir de se soigner est de droit positif en France, et répond que « le simple bon sens impose une réponse affirmative »[116]. Cette réponse intuitive n'est toutefois pas reprise par les textes de droit qui se cantonnent à ériger l'autonomie de la volonté du patient en principe. À ce sujet, d'autres pays voisins affirment expressément l'existence de ce devoir[117]. Tel est par exemple le cas du Portugal et des pays qui entretiennent des liens historiques avec celui-ci. Ainsi, l'article 64, 1°, de la Constitution portugaise du 2 avril 1976, dispose que « chacun a le droit à la protection de sa santé et le devoir de la préserver et de l'améliorer »[118]. Le texte se contente néanmoins de préciser les devoirs à la charge de l'État, mais n'explicite pas les devoirs des individus[119]. Il en va de même de la Constitution de l'Uruguay du 27 novembre 1967 qui énonce dans son article 44 alinéa 1er que « tous les habitants ont le devoir de veiller à leur état de santé ainsi que celui d'être assistés en cas de maladie »[120]. Un texte similaire se retrouve dans la Constitution de São Tomé-e-Príncipe, en son article 50, et celle du Timor en son article 57, ou encore dans l'article 89 de la Constitution du Mozambique du 16 novembre 2004, lequel affirme que tous les citoyens « ont le devoir de promouvoir et défendre la santé publique »[121].

26. En France, ce texte ne connaît pas d'équivalent. Il reste que ce principe a été défendu par une partie de la doctrine, tant « il est patent, au regard des évolutions du droit, que la thématique de la responsabilité de l'individu quant aux conséquences sur sa santé tend à s'ajouter à celle de son droit à la santé. Celle-ci peut alors déboucher, à terme, sur la reconnaissance d'un devoir de prendre soin de sa santé »[122]. Cette idéologie n'est pourtant pas si nouvelle. En effet, la défense de l'idée de l'existence d'un devoir général de prendre soin de sa santé commence à prendre place dans la doctrine française dès 1958.

---

[116] C. SAUVAT, *op. cit.*, p. 201, n° 242.
[117] V. en ce sens S. KARAGIANNIS, « Droit à la santé. Le droit à la santé dans certains textes internationaux et constitutionnels : entre généreuse utopie et mesquin pragmatisme ? », JDI 2012, doctr. 11.
[118] « Todos têm direito à protecção da saude eo dever a defender e promover ».
[119] Cette disposition est, selon les mêmes termes, reprise par le paragraphe premier de l'article 71 de la Constitution du Cap Vert du 25 septembre 1992 telle que révisée le 3 mai 2010.
[120] « Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad ».
[121] « O dever de promover e defender a saúde pública ».
[122] M. COUTURIER, « L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé ? », art. cit., pp. 171-192.

Cette idée a notamment été soutenue la première fois par SAVATIER qui fondait son affirmation sur les obligations existantes en matière de vaccination et sur le fait que « la reconnaissance d'un droit à la santé par le droit implique nécessairement, par symétrie, celle d'une obligation à la santé »[123]. Pour ARON, fondateur et premier doyen de la Faculté de médecine, le principe de responsabilité personnelle devrait prendre place dans notre système de santé. Il considère alors que « le respect de soi-même doit être enseigné autant que les devoirs qui sont des obligations morales et civiles »[124]. Cette affirmation souligne la nécessité que droits et devoirs conservent des liens étroits. Tout en accordant une priorité au devoir de santé, il souligne l'importance des comportements à risques à l'origine d'une morbidité excessive. ARON s'est alors exprimé en mentionnant la nécessité d'introduire dans le droit français un régime de responsabilité personnelle. « Il m'apparaît opportun d'introduire dans notre législation un principe de la responsabilité personnelle. La maladie n'est pas toujours l'expression malheureuse d'un destin. Elle est trop souvent le résultat d'imprudence ou d'abus. Le droit ne doit-il pas s'interroger, car l'impunité ne nous semble pas légitime ? »[125]. Et si l'impunité menace la sécurité collective, ou cause préjudice à autrui, c'est qu'elle n'a pas de légitimité[126].

27. Du reste, si responsabiliser une personne c'est lui permettre d'agir en connaissance de cause tout en lui attribuant une certaine marge de liberté, c'est aussi, comme le souligne à juste titre le Professeur A. LAUDE, « lui faire prendre conscience de la nécessité d'utiliser les droits qui lui sont accordés avec discernement, autrement dit, sans abus »[127]. Et c'est d'ailleurs en ce sens que, lors des débats parlementaires relatifs au projet de la loi du 4 mars 2002, É. CANIARD s'exprimait en mentionnant la nécessité de « patients responsables, informés, majeurs et qui aient les moyens de s'exprimer (…). Ce passage d'une situation de relative passivité à une situation d'acteur, qui nécessite automatiquement une prise de responsabilité et donc des devoirs, me semble fondamental »[128]. C'est alors qu'à côté d'une conception individuelle du refus qui s'inscrit

[123] B. PETIT, S. ROUXEL, « Chapitre 2. Les attributs de la personne », *in* B. PETIT, S. ROUXEL (dir.), *Droit des personnes*, Presses universitaires de Grenoble, 4e éd., 2015, pp. 23-80.
[124] É. ARON, « Le devoir de santé », Bulletin de l'Académie nationale de médecine, 2004, vol. 188, n° 1, p. 109.
[125] *Ibid*.
[126] Idée qui, comme déjà souligné, trouve un écho dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dont l'article 4 prévoyait déjà que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».
[127] A. LAUDE, « Le patient, entre responsabilité et responsabilisation », art. cit., p. 79.
[128] F. GIRAUD, G. DÉRIOT et J.-L. LORRAIN, rapp. n° 174, 16 janv. 2002, fait au nom de la commission des affaires sociales.

dans le cadre particulier de la relation qui lie le patient au professionnel de santé, il peut être opposé une dimension *altruiste*. Cette dernière implique que la personne qui refuse l'acte médical et cause un dommage à autrui, puisse répondre de ce dommage par la mise en œuvre de la responsabilité, puissant instrument de régulation des comportements dommageables. D'ailleurs, si l'État est garant du droit à la protection de la santé de chacun, et qu'il est admis qu'il intervienne pour réguler le droit de consentir du sujet de droit au bénéfice de sa santé, ne doit-il pas également utilement intervenir afin de réguler les comportements individuels attentatoires aux tiers qui bénéficient eux aussi d'un droit à la protection de leur santé ? Le droit de refuser tout acte médical, à notre sens doit uniquement pouvoir empêcher de contraindre par la force le sujet de droit à se soumettre aux actes médicaux, mais ne doit pas pour autant, de façon systématique, rester impuni et conduire les tiers et la collectivité à assumer les conséquences néfastes d'un comportement qui ne leur est nullement imputable. Cette approche est par ailleurs renforcée par le fait que le patient, à travers le droit à l'information notamment, est devenu conscient de ses choix.

28. Il est important de souligner que cette étude se veut avant tout *conciliatrice*. Inscrite dans une démarche *utilitaire*[129], l'étude propose de démontrer, dans certaines hypothèses, l'existence *possible* et *nécessaire* d'une responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical. Cette dernière ne doit pas conduire à dénaturer le droit de consentir qui doit rester éminemment supérieur, mais à le rationaliser, ce qui doit passer par une mise en balance des intérêts en jeu. La présente étude est dans ce contexte animée par la volonté de mettre en balance la nécessité de protéger les intérêts individuels et ceux des tiers et de la société qui peuvent être lésés par un exercice *a priori* non vertueux de la liberté individuelle dans la décision médicale. L'admission d'une responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical, sous-jacente au principe d'autonomie, n'est, dans ce cadre, possible que si elle n'emporte pas de conséquences manifestement excessives et disproportionnées vis-à-vis du droit de consentir. Quoi qu'il en soit, la question de la sanction du refus de se soumettre à un acte médical par la mise en jeu des mécanismes de responsabilité heurte de front le statut du patient fondé à refuser tout acte médical, et mérite une réponse nuancée.

[129] Au sens de pragmatique.

29. Évoquer la responsabilité du fait du refus de se soumettre à l'acte médical revient à envisager ce refus dans ses rapports avec les mécanismes relatifs à la responsabilité, qu'elle soit pénale ou civile[130], dès lors que le refus de se soumettre à un acte médical peut être source de dommages aux tiers comme à la collectivité dans son ensemble. Si la difficulté est éminemment liée à la reconnaissance, par les textes, d'un droit de consentir, le fait de fonder la responsabilité sur la violation d'un devoir de ne pas nuire à autrui, de façon générale, ne soulève pas de difficulté particulière au privatiste. DOMAT affirmait déjà en ce sens que « c'est une suite naturelle de toutes espèces d'engagements particuliers de l'engagement général de ne faire de tort à personne que ceux qui causent quelque dommage, soit pour avoir contrevenu à quel engagement ou pour y avoir manqué, sont obligés de réparer le tort qu'ils ont fait »[131]. Pour tenir compte de tous les aspects de la responsabilité, le phénomène de responsabilité est dans ce cadre analysé au regard de sa fonction indemnitaire, préventive, et répressive.

30. L'étude du caractère dommageable du refus de se soumettre à un acte médical implique, au prisme de la responsabilité, d'adopter concomitamment un double point de vue. D'une part, le refus de se soumettre à un acte médical peut être envisagé comme une cause de *limitation* du droit à réparation [132] et d'autre part, il peut être perçu comme un fait générateur de responsabilité, tant pénale que civile, parce qu'il est de nature à être préjudiciable à un tiers ou à la collectivité dans son ensemble. Sur le premier point, la relation qui lie le patient à son médecin tient lieu de refuge aux dommages corporels. Dans ce contexte, le refus par le patient de se soumettre à certains actes médicaux préconisés est de nature à influer sur l'étendue du dommage, et ainsi sur le *quantum* de la réparation due par le débiteur. Dans cette hypothèse, ne devrait-on pas pouvoir légitimement opposer au patient son refus, qui conduirait à une déchéance de son droit à réparation ? Sur le second point, la question se pose de savoir si le droit de refuser peut être considéré comme un

[130] Une plus grande attention sera portée au volet civil. L'intervention du droit pénal est limitée au fait générateur de responsabilité. La responsabilité civile est mobilisée non seulement lorsque le refus de se soumettre à un acte médical est générateur de responsabilité civile, mais aussi, lorsqu'il est perçu comme une cause de limitation du droit à réparation.

[131] J. DOMAT cité dans G. VINEY, « Pour ou contre un principe général de responsabilité pour faute ? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », in *Le droit privé à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 569.

[132] Il est fait le choix délibéré de ne pas utiliser la notion d'exonération car le comportement de la victime peut aussi être une cause d'aggravation du dommage, dépassant alors le cadre de l'exonération.

comportement illicite, sanctionné par la mise en jeu de la responsabilité de son auteur alors même qu'il constitue un droit octroyé par la loi.

31. Annonce de plan. Cette distinction révèle une forme de sanction indirecte, puis directe du refus de se soumettre à l'acte médical[133]. Ainsi, le refus est d'abord envisagé dans ses rapports avec les causes traditionnelles de limitation du droit à réparation. Cela revient à envisager la sanction indirecte du refus (Première partie). Le refus est ensuite envisagé dans ses rapports avec les faits générateurs de responsabilité. Dans ce cadre, il s'agit d'analyser la sanction directe du refus (Deuxième partie). Ces développements seront précédés d'un titre préliminaire visant à montrer que le législateur n'a pas totalement ignoré la nécessité d'adopter une démarche tournée vers *l'autre*, en sanctionnant, en dehors des mécanismes de responsabilité, et dans certains cas limités[134], le refus de se soumettre à un acte médical, confortant ainsi l'idée d'une responsabilisation selon sa composante *altruiste* (Titre préliminaire).

[133] Si le choix d'envisager le refus de se soumettre à un acte médical dans ses rapports avec les causes traditionnelles de limitation du droit à réparation avant de l'analyser dans ses rapports avec les faits générateurs de responsabilité ne s'impose pas en toute logique, il s'explique néanmoins. Il est évident que du point de vue de la chronologie, la question de la limitation du droit à réparation intervient après l'examen des conditions de mise en œuvre de la responsabilité. Toutefois, il a été fait le choix délibéré de procéder en fonction non pas de l'évolution chronologique, mais du degré d'intensité de la sanction du refus.

[134] Le caractère spécifique des sanctions prévues ne permet pas de satisfaire tous les enjeux révélés par le refus de l'acte médical, ce qui implique de penser la consécration d'une responsabilité du fait du refus de se soumettre à l'acte médical, dont la portée est plus générale.

TITRE PRÉLIMINAIRE
L'ADMISSION DE SANCTIONS SPÉCIFIQUES EN DEHORS DES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉ

32. En dépit de la prééminence du droit de consentir garanti par la loi du 4 mars 2002[135], le législateur n'a pas totalement ignoré l'aspect collectif du droit de consentir ainsi que la nécessité de sanctionner le refus de se soumettre à un acte médical afin de préserver au mieux les intérêts de la collectivité et des tiers. Par ailleurs, l'intérêt de penser un principe de responsabilité, dont la portée est générale, tient entre autres au caractère spécifique des sanctions prévues par le législateur dès lors que leur application se limite à certains cas bien identifiés. Dans ce contexte, dresser un état des lieux en amont est d'importance. Confortant ainsi l'idée d'une responsabilisation, et dans un souci de protection des intérêts des tiers, les textes ont prévu, en dehors des mécanismes de responsabilité, des sanctions du refus de se soumettre à un acte médical, dans certaines hypothèses. L'idée d'une sanction ayant pour objectif, notamment, de maîtriser *le risque sanitaire* n'est pas nouvelle, et reste en théorie admise.

33. Dans un commentaire remarqué de la loi du 30 décembre 2017[136] et de son décret d'application[137], J. LASERAZ souligne l'absence d'efficacité d'une obligation dépourvue de sanction[138]. L'idée est relativement claire et juste : la sanction fait le lit de l'obligation. À l'inverse, l'absence de sanction *a priori* remettrait en cause l'effectivité de l'obligation. C'est alors que l'obligation de se soumettre à un acte médical assortie de sanctions devient un instrument encourageant la coopération des individus en ce qu'elle les incite à agir pour protéger les intérêts de la communauté. Les exemples qui vont être décrits montrent bien que l'aspect collectif sert parfois de base à la loi, justifiant que le refus de soins puisse être sanctionné, offrant par ailleurs un terrain favorable aux mécanismes de responsabilité. En effet, les mécanismes de responsabilité et les sanctions légales présentent — malgré des natures et finalités parfois distinctes — quelques analogies qui tiennent notamment en trois

[135] L. n° 2002-303, 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[136] L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017, de financement de la Sécurité sociale pour 2018.
[137] D. d'application n° 2018-42, 25 janv. 2018, relatif à la vaccination obligatoire.
[138] J. LASERAZ, « Vaccinations obligatoires, les conséquences incertaines d'une obligation non assortie d'une sanction », JDSAM 2018, n° 19, p. 79 ; v. aussi sur les effets de la contrainte de façon générale, M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, « Chapitre premier. La contrainte en droit », PUF, coll. Léviathan, 2011, pp. 7-18 ; v. également, sur l'effectivité et l'efficacité de la sanction, B. MALLET-BRICOUT, D. ZEROUKI, M. DEGOFFE, L. DE GRAËVE, *op. cit.*

points : l'ingérence dans l'exercice du droit de consentir ayant pour objectif la protection des tiers et de l'ordre public par la *répression*. Sur le premier point, la notion d'ingérence traduit l'idée « d'une intervention indue, d'une immixtion, d'une intrusion »[139]. Que la contrainte prenne la forme d'une sanction légale ou qu'elle consiste en la mise en jeu de la responsabilité, elle traduit par nature une ingérence dans l'exercice du droit de consentir. Sur le deuxième point, c'est notamment la protection de la collectivité dans son ensemble qui fait le lit à la sanction, nonobstant sa nature. Sur le troisième et dernier point, la sanction, au sens large, constitue un élément d'analogie majeur avec la responsabilité. En son sens restreint, la sanction correspond à une peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction ou à une mesure répressive permettant de le punir[140]. Dans un sens plus large, la sanction se définit comme étant toute mesure — *même réparatrice* — justifiée par la violation d'une obligation[141]. Dans cette perspective, on peut considérer que les deux acceptions de la notion de sanction correspondent à une action commune, bien que leur forme diverge.

34. Deux considérations majeures ont justifié la consécration par le législateur de sanctions spécifiques en cas de refus de se soumettre à un acte médical préconisé. D'une part, l'incidence du non-suivi des recommandations médicales sur le coût de la santé[142], et d'autre part, la sauvegarde de la santé et de la sécurité des tiers. Dès lors, le droit de l'assurance maladie a su mettre en place des sanctions, identifiées comme des outils de responsabilisation, au service de l'objectif de maîtrise des dépenses (Chapitre I). Outre les sanctions liées à l'assurance maladie, d'autres sanctions ont été prévues obéissant à un impératif de protection des tiers (Chapitre II).

---

[139] Association française de droit de la santé, A. LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, *op. cit*., p. 133.
[140] G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 11e éd., 2016, p. 943.
[141] *Ibid*.
[142] G. HUTEAU, « La responsabilisation du patient assuré-social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge », RDSS 2017, p. 149 ; v. V. VIOUJAS, « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », RDSS 2014, p. 517 ; v. CE, 28 nov. 2014, n° 366931, Union nationale des associations de santé à domicile : RDSS 2015, p. 300, note P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? » ; A. LAUDE, « Le comportement du patient : une condition de remboursement des soins ? », D. 2014, n° 16, p. 936.

CHAPITRE I
LES SANCTIONS JUSTIFIÉES PAR L'OBJECTIF DE MAÎTRISE DES DÉPENSES

35. L'intérêt croissant porté au sujet tient en partie à des considérations financières. Bien que le concept de responsabilisation soit entendu de façon plus large, nombreux sont les auteurs[143] qui l'ont appréhendé selon une approche strictement comptable. A. LAUDE estime par exemple que « la responsabilisation du patient renvoie à l'idée selon laquelle, en tant qu'assuré social, le patient peut avoir une part financière des frais de santé mise à sa charge. Cette idée, consacrée lors de la création du système d'assurance maladie français n'a cessé de progresser du fait des politiques de maîtrise des dépenses d'assurance maladie »[144]. Dès lors, s'il est apparu que l'assurance maladie a originellement été conçue pour favoriser le plus large accès aux soins, « elle se mue en instrument de responsabilisation des patients[145] ». Dans ce contexte, la mise en place d'instruments de responsabilisation par la sanction (Section II) s'explique par la nécessité de prévenir les dépenses de santé (Section I).

SECTION I. LA NÉCESSITÉ DE PRÉVENIR LES DÉPENSES EXCESSIVES DE SANTÉ

36. Outre l'altération de l'état de santé pour les patients qui ne suivent pas les recommandations des professionnels de santé, la non-observance thérapeutique représente un coût considérable pour le système de santé. La notion d'observance a particulièrement été mobilisée par le droit de l'assurance maladie pour mettre en avant l'incidence du refus d'un soin préconisé sur les dépenses publiques. La non-observance peut avoir des conséquences considérables sur les dépenses de santé (§1), si bien qu'il devient nécessaire de responsabiliser l'assuré social. Cette volonté est nettement affirmée en droit (§2).

---

[143] V. notamment M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », RGDM 2011, n° 39, p. 45 ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », art. cit., p. 79 ; G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, LEH Édition, 4e éd., 2001, n° 487 a ; G. HUTEAU, art. cit. ; D. TABUTEAU, « La métamorphose silencieuse des assurances maladie », Dr. soc. 2010, p. 85 et s.

[144] A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », art. cit.

[145] V. en ce sens M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », art. cit. ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », art. cit.

§1. L'incidence de l'inobservance sur les coûts de santé

37. La notion d'observance[146]. Il faut souligner que le terme observance dépasse le cadre de l'assurance maladie, et correspond, de façon générale, à la concordance entre les recommandations médicales et le comportement du patient[147]. Dans *inobservance,* il faut donc voir un refus par le patient de suivre les recommandations de son médecin, et donc précisément, un refus de se soumettre à un acte médical préconisé. L'Organisation mondiale de la santé définit ainsi l'observance comme « le degré jusqu'où le comportement du patient coïncide avec un avis médical ou une recommandation de santé qui lui a été prescrite [148] ». Bien que le champ d'application de la notion ne se limite pas au droit de l'assurance maladie, elle a fortement été sollicitée en matière d'assurance maladie, si bien qu'elle y trouve une place particulière. C'est en effet avec le développement des maladies chroniques[149], au milieu des années 1970[150], que la question de l'observance thérapeutique, sous l'angle économique notamment, a commencé à se poser.

38. L'incidence de la non-observance sur les coûts de santé. Une bonne observance est un facteur d'amélioration de la santé publique, mais aussi de maîtrise des dépenses[151]. Concrètement, un patient qui refuse de se soumettre à un acte préconisé par le professionnel de santé, a de fortes chances de subir une aggravation de son état de santé, une rechute, impliquant ainsi de recourir de plus en plus fréquemment à des professionnels de santé, de se voir prescrire des traitements plus lourds, ou des hospitalisations plus longues, augmentant ainsi *inutilement* le coût de la prise en charge par l'assurance maladie. D'une part, la non-observance a des effets néfastes sur la santé individuelle. Ainsi, les statistiques relatives à l'observance[152] montrent que ce phénomène conduit les patients à être privés de tirer un bénéfice thérapeutique optimal du traitement prescrit. Or, « une majorité de patients

---

[146] Pour une meilleure compréhension de la notion d'observance, v. D. TABUTEAU, « La notion d'observance », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, *op. cit.*, pp. 9-19 ; G. HUTEAU, art. cit.

[147] D. TABUTEAU, « La notion d'observance », *op. cit.*, p. 9.

[148] OMS, « Adherence to Long-term Therapies – Evidence for Action », juill. 2003.

[149] Si la question a particulièrement concerné les maladies chroniques c'est parce qu'elles impliquent des traitements souvent lourds, et particulièrement longs.

[150] G. HUTEAU, art. cit.

[151] Livre blanc de la Fondation Concorde, *L'observance des traitements : un défi aux politiques de santé*, mars 2014.

[152] V. à ce propos A. LOPEZ, C. COMPAGNON (IGAS), « Pertinence et efficacité des outils de politique publique visant à favoriser l'observance », Rapport n° 2015-037R, juill. 2015, pp. 27-28.

souffrant de maladies chroniques à l'exemple du diabète de type 2 ou de l'hypertension artérielle, ne suivent pas correctement le traitement prescrit (…) [153] ». D'autre part, la non-observance emporte des conséquences pour le moins néfastes sur le système de sécurité sociale à tel point « que le rapport de la CNAMTS sur les charges et les produits d'assurance maladie pour l'année 2018 y consacre une douzaine de pages »[154]. Le système de santé français a bien évidemment un coût, lequel repose notamment sur un principe dit de solidarité[155]. Ce principe de solidarité repose sur l'existence de risques qui, pour le bien commun, doivent être répartis sur la collectivité[156]. En d'autres termes, l'assurance maladie dépend de la mutualisation des risques entre tous les bénéficiaires : chacun est pris en charge selon ses besoins et cotise selon ses moyens. Et le degré de concordance entre les recommandations médicales et le comportement du patient influe directement sur les dépenses de santé. Cette conception collectiviste, inhérente à la protection sociale, rend compte de l'idée d'une communauté, dont les membres acceptent de supporter ensemble le risque qui pourrait affecter l'un d'entre eux.

39. Les chiffres de l'inobservance. C'est à la fin des années 1970 que les premières études sont apparues sur la « surveillance de l'observance » [157] : le nombre grandissant de patients aux urgences et les recours accrus aux soins et traitements se sont révélés *inutilement* coûteux pour le système de santé. Ce sont les États-Unis qui, en premier lieu, se préoccupent de la question de l'incidence de la non-observance sur la santé des personnes et surtout, sur les coûts, entraînés par les complications médicales qui auraient pu être évitées.

40. Les États-Unis : premières études sur les chiffres de l'inobservance. Les États-Unis ont été les premiers à révéler, à travers des études, l'incidence de l'inobservance sur les dépenses de santé, très probablement parce que le système de santé aux États-Unis, à l'inverse du système de santé français, s'organise en majeure partie autour d'assurances

[153] G. HUTEAU, art. cit.
[154] V. en ce sens, *ibid*.
[155] Pour de plus amples développements sur la notion de solidarité v. M.-C. BLAIS, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Gallimard, coll. Bibl. des idées, 2007 ; M.-C. BLAIS, « Qu'est-ce que la solidarité ? », Regards EN3S juill. 2008, n° 34.
[156] V. F. KESSLER, *Droit de la protection social*, Dalloz, coll. Cours, 8e éd., 2022, p. 11, n 21.
[157] A. LOPEZ, C. COMPAGNON (IGAS), Rapport n° 2015-037R, *op. cit.*, p. 26.

privées[158]. Ainsi, pour la *Food and Drug Administration*, l'impact de la non-observance sur le système de santé serait compris entre 77 et 300 milliards de dollars par an. En 2002, le *Congress Budget Office*[159] du gouvernement américain a indiqué que les preuves d'un lien entre l'observance et les dépenses de santé étaient suffisantes pour justifier un investissement important dans les moyens visant à améliorer l'observance des patients inscrits dans le programme *Médicare.* Dans la même lignée, le *Kaiser Permanente*, considéré comme le plus grand payeur privé aux États-Unis, a réalisé un bon nombre d'études relatives aux conséquences de la non-observance et y consacre un budget conséquent, signe qu'elle est une préoccupation financière. Le *Concil for Affordable Healthcare* a, quant à lui, calculé que la non-observance a pour conséquences d'augmenter les coûts de 290 milliards de dollars par an et 125 000 décès supplémentaires par an[160]. Quant au Royaume-Uni, les coûts supplémentaires liés à l'inobservance s'évaluent à plus de cinq cents millions de livres sterling par an[161].

41. Les chiffres établis par l'Organisation mondiale de la santé et le cabinet Jalma. Une étude conduite par l'Organisation mondiale de la santé[162] a démontré que résoudre le problème de l'inobservance serait plus efficace que tout progrès scientifique. D'où l'intérêt de sensibiliser les individus dans le cadre de leur prise en charge devient primordial. En outre, selon une étude du cabinet Jalma faite en 2014[163] sur un ensemble de pathologies[164], la non-observance aurait un impact, d'une part sur la mortalité[165], et d'autre part sur l'hospitalisation. Cette étude, qui visait à évaluer les conséquences de la non-observance en

[158] Pour de plus amples développements sur le système de santé aux États-Unis, v. F. GALVIS-NARINOS, A. MONTÉLIMARD, « Le système de santé des États-Unis », Pratiques et organisation des soins, 2009, vol. 40, pp. 309-315.
[159] Congressional Budget Office, "Offstetting Effects of Prescription Drug Use on Medicare's Spending for Medical Services".
[160] L. TIERNEY, "Patient Non-Adherence Costs Underestimated Packaging World", Healthcare Packaging 2013; A. LOPEZ, C. COMPAGNON (IGAS), Rapport n° 2015-037R, *op. cit.*, p. 26.
[161] V. C. A. LANGLET, J. E. HARVEY, et A. PATEL, "Aston Medication Adherence Study", Heart of Birmingham Teaching Primary Care Trust, 2012, p. 471.
[162] OMS, "Adherence to Long-term Therapies, Time for Action", 2003.
[163] Jalma, « Les enjeux de l'observance en France, cinq propositions pour renforcer l'observance des produits de santé », 2014.
[164] Diabète, infarctus du myocarde, insuffisance cardiaque, hypertension, VIH, cancer du sein, broncho-pneumopathie chronique obstructive, maladies psychiatriques.
[165] Elle serait responsable d'environ 12 000 décès en France, soit 2 % des décès déclarés.

termes de mortalité[166], d'hospitalisations et dépenses injustifiées[167], révèle que le coût de la non-observance serait de plusieurs milliards. Plus exactement, un rapport récent évalue le coût de la non-observance à 2 milliards d'euros par an[168], autant d'économies potentielles pour la Sécurité sociale si la prise en charge thérapeutique des pathologies était mieux respectée. La non-observance serait en outre la cause de 100 000 hospitalisations qui pourraient être évitées chaque année. Quasiment la moitié de ces coûts inutiles concernerait le secteur de la psychiatrie[169].

42. Étude menée par IMS HEALTH[170]. Une seconde étude plus récente a été menée par IMS HEALTH consistant à mesurer l'observance pour plusieurs pathologies qui représentent un quart des remboursements de médicaments de l'assurance maladie en ville en 2014, soit selon cette étude, 4,9 milliards d'euros : l'hypertension artérielle, l'ostéoporose, le diabète de type 2, l'insuffisance cardiaque, l'asthme[171], et l'hypercholestérolémie. Cette étude, conduite sur un an, a également intégré 170 000 patients dans 6400 pharmacies, de façon totalement anonyme. Pour mesurer le nombre de patients qui se présentent à la fin de la durée de leur traitement pour un renouvellement, l'étude se base sur l'unité de mesure appelée *Medication Possession Ratio*. Ainsi, l'étude démontre que l'observance moyenne pour l'ensemble des six pathologies est

[166] Concernant la mortalité, l'étude révèle que la non-observance ou la mauvaise observance serait responsable d'environ douze mille décès en France chaque année, représentant ainsi près de 2 % des décès annuels en France qui pourraient être évités. Concernant ensuite le nombre d'hospitalisations, la même étude révèle que plus de cent mille hospitalisations complètes pourraient être évitées si l'observance était respectée. Ainsi, près de 14 % des hospitalisations de patients atteints de broncho-pneumopathie obstructive, 10 % des hospitalisations liées aux patients atteints d'insuffisance cardiaque ou encore 4 % des hospitalisations liées aux patients diabétiques résulteraient de la non-observance.
[167] A. LOPEZ, C. COMPAGNON (IGAS), Rapport n° 2015-037R, *op. cit.*, p. 27.
[168] V. en ce sens Livre Blanc de la Fondation Concorde, *op. cit.* ; G. DUHAMEL, « Les enjeux de l'observance », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, *op.cit.*, pp. 21-54.
[169] L'étude montre plus exactement que 40 % des dépenses hospitalières en psychiatrie pourraient être imputées aux rechutes par défaut d'observance, soit plus de trois milliards d'euros.
[170] CRIP et IMS Health, « Améliorer l'observance. Traiter mieux et moins cher », 2014. Pour une étude plus récente, v. également CRIP et QuintilesIMS France, « Observance thérapeutique, des leviers pour agir », 2017. Pour un large panorama des différentes études sur l'observance thérapeutique des personnes atteintes de pathologies chroniques en France et de leur analyse, v. M. NORDT, « Améliorer l'observance thérapeutique chez le patient chronique : une utopie ? », Sciences pharmaceutiques, 2019, https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02147810/document.
[171] Il s'agit plus précisément du traitement de fond de l'asthme.

de 40 %, et le coût de la non-observance s'élève quant à lui à environ 9 milliards d'euros par an[172].

43. Nuances révélées par le rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS). Si la réalité des chiffres est indéniable, quelques nuances sont à apporter : le lien entre la mauvaise ou la non-observance et l'augmentation du coût de la prise en charge n'est pas toujours automatique, comme l'affirme le rapport de 2015[173] précité de l'IGAS. Selon ce même rapport, ce n'est qu'au-dessus d'un certain seuil du taux d'inobservance, que les coûts médicaux s'alourdissent. En d'autres termes, toutes les mauvaises observances ou non-observances, si elles sont susceptibles d'impliquer des recours aux hospitalisations et soins plus importants, n'impliquent pas automatiquement une aggravation de l'état de santé conduisant à des soins plus lourds, plus longs et donc plus coûteux. Dès lors, si la plupart des études émettent l'hypothèse selon laquelle l'inobservance entraîne des complications accrues et par analogie des coûts supplémentaires inutiles, cela n'est pas vérifié pour toutes les pathologies[174]. Par ailleurs, si les études mentionnées témoignent de la nécessité d'obtenir une adhésion des assurés sociaux, elles se révèlent relativement lacunaires dès lors qu'elles ne sont pas généralisées : selon le rapport de l'IGAS, les études ont pour la plupart été menées de façon incomplète, « pathologie par pathologie, système de santé par système de santé »[175]. Ainsi, elles ne rendent pas parfaitement compte de la réalité. Partant, les résultats obtenus ne sont pas d'une précision absolue, avec, qui plus est, « une confusion entre non-observance et mauvais usage des soins »[176], sans compter que le point de vue du patient n'est pas non plus pris en considération dans les études.

44. Les pertes financières subies par les industries pharmaceutiques. En ce qui concerne les pertes financières des industries pharmaceutiques causées par une inobservance ou une mauvaise observance, elles s'élèveraient à trente milliards de dollars par an[177]. Les chiffres étant pour le moins significatifs, il appert qu'une bonne observance

---

[172] Plus exactement, 4,4 milliards pour l'hypertension artérielle, 281 millions pour l'ostéoporose, 1,5 milliard pour le diabète de type 2, 1,6 milliard pour l'insuffisance cardiaque, 207 millions pour l'asthme et 1,4 milliard pour l'hypercholestérolémie.
[173] A. LOPEZ, C. COMPAGNON (IGAS), Rapport n° 2015-037R, *op. cit.*, p. 27.
[174] K. LAMIRAUD, *Méthode d'évaluation de l'utilité du patient, une analyse économique et économétrique du comportement d'observance dans un essai clinique*, thèse, EHESS, 2004.
[175] A. LOPEZ, C. COMPAGNON (IGAS), Rapport n° 2015-037R, *op. cit.*, p. 29.
[176] *Ibid*.
[177] V. en ce sens G. DUHAMEL, « Les enjeux de l'observance », *op. cit.*, p. 23.

conduirait nécessairement à limiter les coûts budgétaires, lesquels, pour rappel, sont étroitement liés à une amélioration de l'état de santé global de la population, dès lors qu'une meilleure maîtrise des coûts limiterait les restrictions budgétaires liées à la prise en charge d'une maladie ou d'une autre[178].

45. Conclusion. Les conséquences de la mauvaise observance sont indéniablement lourdes pour le système de santé**.** Au-delà du risque personnel sur l'état de santé de chaque patient, elle génère des surcoûts importants qui pourraient être limités par une responsabilisation efficace de l'assuré social. Ainsi, de façon générale, le refus de se soumettre aux actes médicaux préconisés est de nature à prolonger la nature, la durée ainsi que le coût des traitements et des arrêts de travail[179]. Ces complications entraînent des dépenses qui auraient pourtant pu être évitées, et ôtent une part conséquente d'une ressource publique pourtant limitée, ce qui est susceptible de mettre en péril les besoins de santé de toute une population.

§2. La responsabilisation de l'assuré social

46. Le rapport évident de l'observance à la responsabilisation du patient. Les assurés sociaux se doivent d'utiliser le système de santé — dont le coût n'est pas sans limite et repose sur le principe de solidarité —, sans abus, de sorte à « garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose »[180]. Autonome, l'individu approché selon son statut d'assuré social se doit de prendre soin de son corps, dans une société où le système de sécurité sociale repose sur un principe de solidarité. Il est vrai que les patients ne sont pas les seuls concernés par les efforts à fournir pour maintenir en bon état le système de santé. Il faut savoir que la France consacre aujourd'hui 12 % de sa richesse nationale aux dépenses de santé[181]. Cette proportion, relativement conséquente, place la France parmi les premiers pays de l'OCDE, au même niveau que celui de la Suisse et devant l'Allemagne se situant à 11 %[182]. Et l'assurance maladie participe à la prise en charge de ces dépenses, à

[178] Les dépenses causées par l'inobservance qui auraient pourtant pu être évitées, conduisent à amputer une part d'une ressource publique limitée qui nécessairement mettra en péril les besoins de santé de toute une population.
[179] V. en ce sens G. HUTEAU, art. cit.
[180] Art. L. 1111-1 du CSP.
[181] N. REVEL, « L'Assurance maladie, partenaire ou contrôleur des professionnels de santé », Les Tribunes de la santé, 2018/1, n° 58, pp. 37-46.
[182] *Ibid*.

hauteur de 79 %[183]. Tout en œuvrant pour maintenir ce niveau de protection, les dépenses de santé prises en charge par la Sécurité sociale continuent, au fil du temps, à progresser d'environ 2 % par an, soit une dépense supplémentaire d'environ quatre millions d'euros chaque année[184]. « Cette hausse traduit (d'ailleurs) un effort collectif conséquent supérieur aux efforts consentis dans tous les autres champs de la dépense publique et sociale »[185]. Pourtant, le système de santé ne se porte pas bien, et la progression des dépenses ne se traduit pas par une amélioration du système de santé[186]. Sont en cause les inégalités sociales, notamment exposant « les populations socialement et économiquement fragiles (…) et posent de vrais défis de santé publique »[187]. Ces facteurs se traduisent non seulement par un degré d'éducation à la santé plus faible chez les personnes intégrées à un milieu économique défavorable, mais aussi par la difficulté, dans les zones défavorisées, à trouver un médecin de proximité disponible, ou encore à un déficit d'informations[188].

47. L'assuré social n'est pas le seul acteur de la responsabilisation, mais demeure un acteur de responsabilisation majeur. Le patient a nécessairement un rôle à jouer dans la gestion des dépenses. Et les questions d'inégalité se traduisent tant par des difficultés techniques, empêchant certains patients d'accéder facilement aux soins, que par l'inégalité sociale exposant les plus démunis à un plus grand risque d'incompréhension des informations délivrées par les professionnels de santé et les politiques à travers, par exemple, les campagnes de sensibilisation. Il y a alors, dans ce contexte, un défi pour l'État qui se doit de fournir toutes les ressources nécessaires pour réduire les inégalités et les conséquences sur la gestion des patients sur leurs propres maladies. Toujours est-il que l'un des leviers d'action doit être attribué au patient dont les choix influent directement sur les dépenses de santé. Ainsi, sous réserve d'une information préalable dûment délivrée, la responsabilisation du patient est d'importance. Si toutes les réponses ne doivent pas exclusivement émaner du patient, sa mobilisation demeure requise, afin de contribuer au maintien d'une économie raisonnable, et au bon fonctionnement du système de santé. Autrement dit, tout en admettant la responsabilité de l'État et en soutenant l'effort qu'il doit

[183] Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES), « Les dépenses de santé en 2017 ».
[184] N. REVEL, art. cit.
[185] *Ibid*.
[186] V. en ce sens, *ibid*.
[187] *Ibid*.
[188] V. en ce sens, *ibid*.

fournir afin d'améliorer la gestion des dépenses publiques, la responsabilisation du patient n'en est pas moins requise. C'est alors qu'au regard des enjeux liés à la Sécurité sociale, et en particulier aux comptes de l'assurance maladie, la responsabilisation du patient en la matière ne peut être appréhendée sous le seul angle du droit de la santé. Elle doit également être envisagée dans ses rapports avec le droit de la Sécurité sociale, en l'occurrence celui de l'assurance maladie, « sachant que la quasi-totalité des patients ont désormais la qualité d'assuré social »[189].

48. La nécessité de responsabiliser l'assuré social : une idée explicitement soutenue par la doctrine. Si à notre sens, la responsabilisation ne se limite pas à un objectif de maîtrise des dépenses, une partie de la doctrine qui s'est prononcée sur la portée d'une telle notion, en a proposé une interprétation purement comptable[190]. Ainsi, selon certains auteurs, la notion de responsabilité, intimement liée à celle de responsabilisation, introduite par la loi de 2002, renverrait plus volontiers aux responsabilités de l'usager dans ses rapports avec la collectivité, qu'à une responsabilité juridique au sens strict[191]. « Certes, on ne peut raisonner qu'avec une approche comptable, mais cette dimension n'en est pas moins importante. Il ne faut pas faire croire aux Français qu'ils vont pouvoir user à volonté et sans aucune responsabilité de l'ensemble des services. Un jour ou l'autre, ils devront payer une telle logique »[192]. C'est alors qu'il est apparu qu'« une meilleure observance serait un facteur d'amélioration de la santé publique et d'efficience des dépenses d'assurance maladie »[193]. Ainsi, la nécessité de maîtriser les dépenses de santé conduit les pouvoirs publics à promouvoir la responsabilisation du patient, notamment en sa qualité d'assuré social[194]. L'observance s'inscrit alors dans « le mouvement général visant à responsabiliser le patient en tant qu'assuré social afin que celui-ci adopte un comportement vertueux, c'est-

[189] G. HUTEAU, art. cit. ; v. également en ce sens M. FONTAINE, *Les droits et les obligations du patient face à l'assurance maladie*, thèse, Université Paris Descartes, 2016, pp. 155-231.
[190] V. en ce sens M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », art. cit. ; J.-B. PATURET « La responsabilité du patient, un nouveau paradigme ? », Soins cadres, nov. 2004, n° 52, p. 40 ; D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », RDSS 2009, p. 42 ; A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, *op. cit.* ; G. CROIZE, « Citoyens, patient, assurés sociaux, à vos devoirs ! », art. cit., p. 120 ; G. HUTEAU, art. cit. ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », art. cit.
[191] A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », art. cit.
[192] F. GIRAUD, G. DÉRIOT et J.-L. LORRAIN, Rapport n° 174, *op. cit.*
[193] P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par les dispositifs médicaux ? », art. cit.
[194] M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », art. cit.

à-dire économe des ressources du système de santé[195] ». André GRIMALDI a pu affirmer que « les médecins constatent une fréquente non-observance des traitements qu'ils prescrivent aux patients atteints de maladies chroniques. Un progrès sur l'observance serait pour autant décisif pour la santé. Une telle non-observance est un vrai défi à la rationalité »[196]. Partant, l'usager du système de santé doit davantage se responsabiliser à travers par exemple « un développement plus important de l'automédication, ou encore par une plus grande attention portée aux actions de prévention, voire encore par une meilleure observance des traitements »[197] . La sensibilisation au suivi des traitements préconisés par le médecin n'en devient que plus remarquable.

49. Une responsabilisation mesurée. Malgré les lacunes des travaux qui procèdent souvent de généralisations illégitimes fondées sur des études partielles, conduisant à des résultats qui ne sont pas tout à fait exacts, les chiffres mis en avant par les études montrent à quel point obtenir une adhésion accrue des assurés sociaux devient sans conteste un impératif budgétaire. Néanmoins, il semble nécessaire d'adapter les réponses en fonction de variables supplémentaires telles que le point de vue du patient et les effets potentiels, notamment en termes de qualité de vie. Tout d'abord, les études devraient pouvoir inclure davantage de variables, dès lors qu'elles ne tiennent pas compte des autres coûts associés à un comportement de non-observance comme les dépenses ambulatoires, les examens effectués en laboratoire, ou encore les appareils médicaux s'il en est. Aussi, les études ne doivent pas être menées de façon parcellaire, et notamment, tenir compte de toutes les pathologies. Enfin, et surtout, la nécessité de réguler le droit de refuser un acte médical doit être mise en balance avec non seulement le droit de consentir, mais également les éléments qui fondent le point de vue du patient concernant les éventuels effets secondaires des traitements ainsi que les conséquences de l'observance en termes de confort de vie. Au surplus, la construction de la pensée de chacun dès lors qu'elle fait l'objet d'un libre arbitre est liée à divers éléments, soumis à des interprétations qui dépendent de plusieurs facteurs tels que l'environnement culturel, socio-économique, les expériences, la sensibilité et la compréhension de chacun, etc. Ainsi, alors qu'à l'évidence la volonté du patient est

[195] V. en ce sens V. VIOUJAS, art. cit ; M. GIRER, « La responsabilisation du patient en tant qu'assuré social : un concept vertueux ? », art. cit. ; A. LAUDE, « Le patient, entre responsabilité et responsabilisation », art. cit.
[196] A. GRIMALDI, « La non-observance des traitements par les patients », Raison présente, 2020, vol. 214-215, n° 2-3, pp. 111-118.
[197] A. LAUDE, « Le patient, nouvel acteur de sa santé ? », D. 2007, p. 1151.

d'alléger sa souffrance, le non-respect des recommandations médicales est souvent le fruit d'une mauvaise perception des données. Il est alors évident que le meilleur moyen d'obtenir une adhésion accrue des patients à des actes médicaux de nature à améliorer la prise en charge globale, tant au regard des intérêts du patient, que de ceux de la collectivité, doit avant tout passer par des mécanismes non répressifs**.** La responsabilisation telle qu'elle a été définie, laquelle vise à éduquer l'individu aux bonnes pratiques médicales, à travers un accès grandissant à l'information, apparaît donc, sur le plan conceptuel, comme une réponse adéquate à une mauvaise perception des données médicales, dans le but de sauvegarder les intérêts collectifs. Néanmoins, l'efficacité d'une communication renforcée n'étant pas certaine, des mesures plus contraignantes sont souhaitables.

Conclusion de la section I. La prise en charge d'un patient qui ne suit pas les recommandations de santé est susceptible de devenir inadéquate, augmentant le risque d'aggravation et de rechute, conduisant ainsi le patient à recourir plus fréquemment aux professionnels de santé, que ce soit via une consultation accompagnée, de soins de ville, ou d'hospitalisations plus longues ou plus fréquentes. Compte tenu des enjeux économiques, il est certain que la responsabilisation du patient doit être envisagée sous l'angle du droit de l'assurance maladie, constituant ainsi un défi de santé publique, et de gestion de risque maladie. Cette ligne directrice est nettement soutenue par la doctrine et on voit dans les textes s'immiscer une logique dite de bilan coûts-avantages. Il est alors devenu primordial que l'assuré social se rende compte des incidences d'une mauvaise gestion sur son parcours de santé, ce qui conduirait à l'évidence à prévenir les conséquences préjudiciables au système de santé qui repose sur un principe de solidarité, l'un des principes fondamentaux gouvernant notre système. Les conséquences pouvant être pour le moins considérables, en dépit des stratégies de communication de plus en plus renforcées, les mesures de responsabilisation ne doivent être que plus fortes. On ne peut alors qu'être sensible à l'idée selon laquelle la démarche devrait être fondée sur une santé davantage normative « en recherchant une soumission librement consentie, au risque de la contraindre, voire de sanctionner sa non-application et d'apparaître ainsi comme dans un nouveau monde de contrôle social »[198]. C'est pourquoi le droit de l'assurance maladie, en se saisissant de la question, a consacré des cas où l'inobservance est sanctionnée.

[198] P. LAMOUR, O. BRIXI, « L'éducation pour la santé : entre conceptions dominantes et conceptions alternatives », *in* F. BOURDILLON, D. TABUTEAU et G. BRÜCKER, *Traité de santé publique*, *op. cit* ; G. DUHAMEL, « Les enjeux de l'observance », *op. cit*., p. 23.

SECTION II. LES OUTILS DE RÉGULATION AU SERVICE DE L'OBJECTIF DE MAÎTRISE DES DÉPENSES : D'UNE DÉMARCHE SOUPLE À UNE APPROCHE CONTRAIGNANTE

50. Sous la pression des contraintes budgétaires, l'assurance maladie s'est saisie de la question de l'observance afin de responsabiliser l'individu dans le but de « lui faire prendre conscience de la nécessité d'utiliser les droits qui lui sont accordés avec discernement, autrement dit, sans abus »[199] : cette injonction pourrait se traduire en l'obligation pour l'assuré social de faire un usage raisonné des ressources de santé. Dans un premier temps, afin de gérer les risques de dépenses, la priorité a été donnée aux programmes d'accompagnement chapeautés par l'assurance maladie. Mais les résultats étant *a priori* discutables et discutés, la question de la sanction s'est imposée comme une nécessité. Dès lors, si le devoir économique, qui se traduit par un devoir d'observance, est consacré par les textes sous peine de sanction, « l'émergence d'un devoir d'observance se manifeste également à travers des initiatives moins contraignantes »[200] se traduisant par un accompagnement du patient, plus qu'une soumission de celui-ci. Avant de nous intéresser aux outils de contrôle des comportements du patient dont le caractère est contraignant (§2), il convient d'évoquer les outils d'accompagnement des patients, en ce qu'ils constituent des instruments initialement privilégiés par les politiques de santé pour responsabiliser l'individu au regard des dépenses de santé (§1).

§1. Les outils d'accompagnement : une démarche souple

51. Le but de ce paragraphe n'est pas de présenter tous les leviers de l'éducation thérapeutique et de l'accompagnement, dès lors qu'ils sont originellement conçus pour protéger les intérêts individuels du patient. Néanmoins, certains programmes d'accompagnement intégrés à l'éducation thérapeutique ont été transformés en instruments de maîtrise des dépenses, qu'il convient alors de mettre en avant. Les programmes d'accompagnement mis en place par l'assurance maladie constituent sans nul doute des instruments de maîtrise des dépenses privilégiés (I). Néanmoins, les résultats de ces programmes d'accompagnement se sont avérés insuffisants (II).

[199] M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », art. cit., spéc. p. 48.
[200] V. en ce sens D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », art. cit., pp. 42-52.

I. Les programmes d'accompagnement : des outils privilégiés

52. Propos liminaires. C'est la loi dite HPST du 21 juillet 2009[201] qui donne un cadre légal à la logique de soutien et d'accompagnement. La loi dispose que l'éducation thérapeutique a pour objectif de « rendre le patient plus autonome en facilitant son adhésion aux traitements prescrits et en améliorant sa qualité de vie »[202]. Et d'ajouter que « les actions d'accompagnement font partie de l'éducation thérapeutique »[203]. La nécessité d'adopter des mesures efficaces de responsabilisation au regard des enjeux économiques est influencée par les transformations contemporaines du système de santé et d'assurance maladie qui vise de plus en plus l'objectif de maîtrise des dépenses. Ainsi, un bon nombre des dispositions des lois du 4 mars 2002[204] et du 21 juillet 2009[205] contribuent à l'objectif de faire du patient un acteur dans sa propre prise en charge et renvoient aux stratégies nationales de santé, visant à développer « la compétence propre de la personne malade dans la conduite de son parcours personnalisé de soins »[206]. On voit clairement se dessiner ici un objectif économique, car si cette démarche contribue à l'évidence au renforcement des compétences des personnes leur évitant des conséquences dommageables sur leur santé, elle conduit surtout à éviter des dépenses trop élevées pour la société. En revanche, les compétences dont il est question ne concernent pas le domaine médical à proprement dit. Il n'en reste pas moins que cette démarche a pour effet de sensibiliser l'individu à la pratique médicale le conduisant ainsi à observer les traitements que lui préconise son médecin. Elles prennent plutôt la forme de recommandations quotidiennes nécessaires à l'objectif de prévention. Elle s'assimile à une éducation sanitaire, mais se distingue de celle-ci, car s'applique à une personne souffrant d'une maladie chronique, dont les coûts sont par nature élevés. *In fine*, « elle se situe donc au carrefour de l'éducation sanitaire et de l'éducation thérapeutique (…) elle s'adresse à des malades, mais dans leur statut d'assuré social »[207].

---

[201] L. n° 2009-879, 21 juill. 2009, portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.
[202] Art. L. 1161-1 du CSP.
[203] Art. 84 de la L. n° 2009-879, 21 juill. 2009, portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.
[204] L. n° 2002-303, 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
[205] L. n° 2009-879, 21 juill. 2009, précit.
[206] A. CORDIER, « Un projet global pour la stratégie nationale de santé, 19 recommandations du comité des sages », rapp., 2013, p. 17.
[207] G. CROIZE, art. cit.

53. La notion d'éducation thérapeutique. C'est en 1998 que l'Organisation mondiale de la santé produit un document de synthèse, révélant les grandes lignes de la notion. Ainsi, « L'éducation thérapeutique du patient est un processus par étapes, intégré aux soins mis en œuvre par les différents professionnels de santé exerçant en ville ou à l'hôpital. Centrée sur le patient, elle comprend les activités organisées de sensibilisation, d'information, d'apprentissage et d'accompagnement psychosocial concernant la maladie, le traitement prescrit, les soins, l'hospitalisation et les autres institutions de soins concernées et les comportements de santé (…). Elle vise à aider le patient et ses proches à comprendre la maladie et le traitement, coopérer avec les soignants, vivre le plus sainement possible et maintenir ou améliorer sa qualité de vie ». Qu'est-ce à dire concrètement ? L'éducation thérapeutique, bien que mieux connue depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2002, demeure une notion floue qui n'est pas définie par les textes de loi, bien que la doctrine soit parvenue à proposer une définition cohérente d'une telle notion[208]. Ainsi, certains auteurs comme A. DECCACHE en 1996 et B. SANDRIN-BERTHON en 2002 ont considéré que la notion d'éducation thérapeutique renvoie à la partie de l'éducation plus directement liée au traitement, à l'apprentissage des techniques de soin et de surveillance[209]. Aujourd'hui, c'est la définition de A. DECCACHE qui est la plus partagée[210]. Selon cette définition, l'éducation thérapeutique fait partie intégrante de l'éducation pour la santé et de l'éducation du patient, lesquelles renvoient plus largement à « un processus intégré dans la démarche de soins, comprenant un ensemble d'activités organisées de sensibilisation, d'information, d'apprentissage et d'aide psychologique et sociale, concernant la maladie, les traitements, les soins, l'organisation et les procédures hospitalières, les comportements de santé et ceux liés à la maladie, et destinés à aider le patient (et sa famille) à comprendre la maladie et les traitements, collaborer aux soins, prendre en charge son état de santé et favoriser un retour aux activités normales »[211].

54. L'éducation thérapeutique : d'une mesure centrée sur l'individu à un outil de maîtrise des dépenses. Si l'éducation thérapeutique est avant tout un concept centré sur le patient puisqu'elle a pour but, tel que l'affirment J.-F. D'IVERNOIS et R. GAGNAYRE de

[208] V. en ce sens P. LAMOUREUX, « L'éducation thérapeutique », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, *op. cit.*, p. 62.
[209] *Ibid.*, p. 63.
[210] C. FOURNIER, « L'éducation du patient », Laennec, 2002, vol. 50, n° 1, pp. 15-24.
[211] A. DECCACHE, E. LAVENDHOMME, *Information et éducation du patient, des fondements aux méthodes*, De Boeck-Wesmael, coll. Avoirs et santé, 1989, p. 239.

« donner au patient tous les moyens cognitifs et techniques d'une cogestion de sa maladie », elle s'affirme aussi « comme une nécessité économique ». Et d'ajouter que l'éducation thérapeutique présente de réelles vertus dans la maîtrise des dépenses laissant progressivement place à « (la) responsabilisation (du patient) ». On ne peut alors que partager les propos de P. LAMOUREUX qui soutient que « l'éducation devrait rendre le patient capable d'acquérir et de maintenir les ressources nécessaires pour gérer de manière optimale sa vie avec la maladie »[212]. C'est donc sans surprise que l'assurance maladie et les organismes partenaires ont su tirer profit de ces mécanismes pour les transformer en outils de responsabilisation afin de sensibiliser l'individu sur la nécessité de se soumettre aux actes médicaux préconisés, pour une meilleure prise en charge. Dans ce contexte, le droit positif a été conduit à instaurer un cadre légal à de telles pratiques, favorisant l'objectif de maîtrise des dépenses. Notamment, cela a conduit à mettre en place des programmes d'accompagnement, qui sont une modalité de l'éducation thérapeutique, organisés par l'assurance maladie.

55. Les mesures d'accompagnement mises en place par l'assurance maladie : généralités. L'article L. 162-1-11 du Code de la sécurité sociale autorise les organismes d'assurance maladie à mettre en place des programmes d'accompagnement des patients atteints de maladies chroniques consistant notamment à leur apporter des conseils d'orientation dans le système de soins et d'éducation à la santé[213]. L'accompagnement des patients par l'assurance maladie vise particulièrement la diminution des coûts de santé. La loi sur le financement de la Sécurité sociale pour 2007[214] est venue poser le premier jalon de l'accompagnement des patients par l'assurance maladie en prévoyant que « les caisses nationales d'assurance maladie peuvent mettre en place des services d'accompagnement des patients atteints de pathologies chroniques visant à leur apporter des conseils en termes d'orientation dans le système de soin et d'éducation à la santé »[215]. L'objectif, explicitement affirmé, était « l'amélioration et la gestion quotidienne de sa pathologie chronique par un assuré social afin d'obtenir une diminution des coûts liés aux potentielles aggravations prévisibles et contrôlables »[216]. L'exemple le plus illustratif de programmes

[212] V. en ce sens P. LAMOUREUX, « L'éducation thérapeutique », *op. cit.*, pp. 63-64.
[213] V. VIOUJAS, « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », art. cit.
[214] L. n° 2006-1640, 21 déc. 2006, de financement de la sécurité sociale pour 2007.
[215] Art. 91-II de la L. n° 2006-1640, précit.
[216] G. CROIZE, art. cit.

d'accompagnement reste le programme SOPHIA expérimenté par la Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés à partir de 2008 dans le cadre d'un ensemble d'actions visant à améliorer la prise en charge des patients[217] atteints d'asthme et de diabète. Il s'agit pour des infirmières et infirmiers salariés de l'assurance maladie d'orienter l'assuré social en l'accompagnant dans la mise en œuvre des recommandations médicales, tout en l'informant et lui prodiguant des conseils personnalisés. Il s'agit pour les patients de mieux connaître leur maladie afin de pouvoir adapter leurs habitudes dans le but d'éviter les complications ou améliorer leur état de santé. Si, manifestement, ce programme traduit une démarche centrée sur l'individu contribuant à l'amélioration de son état de santé, il a une incidence sur la gestion des dépenses dès lors que si le patient est bien accompagné, les risques de rechute et de complications deviennent moindres, exaltant a fortiori la gestion des coûts de santé. Dans le cadre du programme, dix sites pilotes avaient été établis afin d'accompagner, à partir de 2008, une population estimée à 136 000 patients en affection de longue durée au titre de diabète, dans les dix départements retenus pour l'expérimentation. Les malades soumis aux programmes doivent bénéficier de conseils dispensés par des professionnels de santé, pour l'essentiel des infirmières, assurant leur mission dans des centres d'appels téléphoniques. Un rapport établi par l'Inspection générale des affaires sociales « Améliorer la prise en charge des maladies chroniques : les enseignements des expériences étrangères de *disease management* »[218] fait état de son importance et en établit d'ailleurs ses limites[219].

56. Les programmes d'aide à l'observance mis en place par les industries pharmaceutiques. Avant l'institution d'un cadre légal mis en place par la loi HPST, les premiers programmes d'accompagnement étaient chapeautés par les industries pharmaceutiques, non sans susciter le débat[220]. Il est en revanche apparu que les industries pharmaceutiques, étant juges et parties, ne pouvaient garantir la qualité de l'information dès lors qu'elles n'étaient pas impartiales : leur finalité première reste d'augmenter les ventes pour optimiser leur chiffre d'affaires. Un tel dispositif a donc fait l'objet de nombreuses

[217] V. VIOUJAS, art. cit.
[218] P.-L. BRAS, G. DUHAMEL, É. GRASS (IGAS), « Améliorer la prise en charge des maladies chroniques : les enseignements des expériences étrangères de *disease management* », Rapport, sept. 2006.
[219] V. *infra*, n° 57 et s.
[220] A. LAUDE, « Les programmes d'aide à l'observance », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé, op. cit.*, p. 99.

critiques[221], ce qui a conduit la loi HPST à introduire dans le Code de la santé publique l'article L. 1161-4[222] qui dispose que les programmes d'accompagnement ne peuvent être ni élaborés ni mis en œuvre par une entreprise exploitant un médicament ou un dispositif médical.

II. Les programme d'accompagnement : des outils insuffisants

57. Propos liminaires. L'Inspection générale des affaires sociales considère que si les patients et les médecins concernés estiment qu'ils sont dans l'ensemble satisfaits, « l'évaluation médico-économique du programme ne permet pas de tirer des conclusions définitives »[223], ce qui s'explique par certains facteurs qu'il convient d'exposer.

58. Le volontariat : une limite à l'efficience des programmes d'accompagnement. Si le dispositif mis en place par le programme Sophia est intéressant pour améliorer la gestion des dépenses, il repose uniquement sur le volontariat. Ainsi, la participation du patient suppose que ce dernier exprime explicitement sa volonté en retournant un formulaire d'inscription auprès de sa caisse d'assurance maladie. Il a été constaté qu'environ 30 % de personnes se sont inscrites au programme[224]. L'assurance maladie, quant à elle, constate une amélioration des recommandations pour le suivi du diabète ainsi qu'un recours aux soins moins important[225]. Dans ce contexte, l'observance ne constitue pas une obligation générale dont le non-respect est sanctionné par un déremboursement, elle se traduit plus volontairement par une offre émise par l'assurance maladie, que seuls les volontaires peuvent accepter. Si les mesures d'accompagnement contribuent sans nul doute à conforter l'idée d'une responsabilisation au bénéfice de la maîtrise des dépenses de santé, le fait qu'elles reposent sur le volontariat limite largement l'action de ces programmes. Un tel constat est commun à l'ensemble des programmes d'éducation thérapeutique. En effet, ils s'adressent à ceux qui, déjà conscients, donnent leur consentement pour participer à ces

[221] *Ibid.*
[222] Art. L. 1161-4 du CSP : « Les programmes d'accompagnement ne peuvent être ni élaborés, ni mis en œuvre par une entreprise se livrant à l'exploitation d'un médicament ou d'un dispositif médical ».
[223] V. VIOUJAS, art. cit., p. 517.
[224] *Ibid.*
[225] CNAMTS, « SOPHIA, un service accessible à plus de 1,8 millions de patients diabétiques, une évolution positive du recours aux soins confirmée », point d'information, 21 févr. 2013.

programmes évinçant alors ceux qui auraient véritablement besoin d'être responsabilisés ; sans compter que leur mise en œuvre est inégale sur le territoire[226].

59. La responsabilisation interrogée. D'un point de vue de la responsabilisation, un tel mécanisme interroge. On ne saurait nier, à ce sujet, les propos de certains auteurs qui affirment que « le consentement explicite du patient n'engage effectivement que des assurés déjà conscients de la nécessité de maîtriser leur maladie et laisse de côté ceux qui la dénient »[227].

60. L'insuffisance du nombre de pathologies concernées par les programmes d'accompagnement, et de programmes thérapeutiques face au nombre de personnes atteintes de maladies chroniques. Par ailleurs, les programmes d'éducation thérapeutique qui visent à une meilleure maîtrise du budget national progressent en nombre, mais simplement au profit de quelques pathologies : diabète, maladies respiratoires, maladies cardio-vasculaires. Le rapport de l'IGAS met d'ailleurs en avant le fait qu'il est étonnant que certaines pathologies n'aient pas été ciblées par les programmes d'accompagnement : « on peut s'étonner que certaines pathologies, comme le cancer par exemple, soient peu représentées, voire absentes, au sein des programmes d'ETP »[228]**.** L'insuffisance de ces programmes concerne également le nombre de programmes mis en place. Il semblerait qu'il ne soit pas suffisant au regard du nombre de personnes qui souffrent de pathologies chroniques. Selon l'IGAS, « le nombre de programmes d'ETP peut apparaître faible, au regard des 15 millions de personnes souffrant de pathologie chronique en France et susceptibles de pouvoir bénéficier de telles actions d'éducation sur leur pathologie et leur prise en charge »[229].

61. Le rôle des pharmaciens trop modeste. Quant aux pharmaciens, bien qu'ils s'impliquent de plus en plus dans les actions d'accompagnement des patients, leur rôle demeure modeste. C'est alors que « le développement et le soutien des capacités des usagers

[226] A. LOPEZ, C. COMPAGNON (IGAS), Rapport n° 2015-037R, *op. cit.*, p. 4. https://www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/2015-037R_Pertinence_et_efficacite_des_outils_de_politique_publique2_.pdf
[227] V. en ce sens A. MOREL, G. LECOQ, D. JOURDAIN-MENNINGER (IGAS), « Évaluation de la prise en charge du diabète », Rapport n° RM2012-033P, avr. 2012, p. 68 et s.
[228] A. LOPEZ, C. COMPAGNON (IGAS), Rapport n° 2015-037R, *op. cit.*, p. 110.
[229] *Ibid.*, p. 111.

pour prendre en charge leur pathologie, en s'appuyant sur l'éducation thérapeutique, l'accompagnement, l'apprentissage apparaît en France comme une approche encore très marginale »[230] alors que l'OMS affirmait déjà en 2003 qu'« améliorer l'adhésion du patient à un traitement chronique devrait s'avérer plus bénéfique que n'importe quelle découverte biomédicale »[231].

62. Un changement dans les stratégies de communication serait-il souhaitable, notamment en proposant un modèle davantage participatif, [232] induisant une plus grande proximité entre les acteurs publics et les sujets de droit ; autrement dit une décentralisation avec, par exemple, au niveau communal, la possibilité de participer à des débats, à des conférences, etc. Ou est-il préférable de s'orienter vers une démarche davantage normative ? Si les deux alternatives sont susceptibles d'améliorer l'équilibre des dépenses, le législateur a, parallèlement au développement des stratégies d'accompagnement, opté pour des mesures d'avantage contraignantes.

§2. Les outils de contrôle : un processus contraignant

63. L'accompagnement des patients dans le but d'améliorer la bonne observance des traitements est en train de prendre des formes totalement nouvelles. Notamment, la production d'objets connectés les plus divers est en plein développement. Ils peuvent transmettre des données de plus en plus nombreuses concernant les comportements, les constantes biologiques, les caractéristiques tant physiques que physiologiques des patients, permettant de contrôler l'observance des patients. Or, si la responsabilisation a vocation à rationaliser l'exercice du droit de consentir, la surveillance au sens d'outil de contrôle devient un élément indispensable à la mise en place des mesures de responsabilisation. Partant, la possibilité de sanctionner est subordonnée à la possibilité de surveiller. La régulation du droit de consentir est alors permise grâce à la mise en place d'instruments de surveillance (I), et devient efficiente par le prisme de la sanction (II).

---

[230] *Ibid.*, p. 4.
[231] OMS, « Adherence to Long-term Therapies. Evidence for Action », 2003.
[232] V. en ce sens L. RENAUD, C. RICO DE SOTELO, « Communication et santé : des paradigmes concurrents », Santé publique, 2007, pp. 31-38.

I. La télésurveillance : outils de contrôle

64. Propos liminaires : du développement de la télémédecine à la télésurveillance. La télémédecine n'est pas une pratique récente, mais ce sont les années quatre-vingt-dix qui vont marquer un tournant, notamment par la diffusion de nouvelles technologies de l'information et de la communication, qui s'avèreront être des moyens de contrôle des dépenses relativement intéressants. Sur le plan juridique, les premières traces de la télémédecine sont apparues dans les années quatre-vingt dans le secteur de l'aide médicale aux navires[233]. Une instruction ministérielle du 29 avril 1983 a créé le Centre de consultations médicales maritimes. Aussi, le 31 mars 1992, une directive du Conseil des Communautés européennes[234] édicte les « prescriptions minimales de sécurité et de santé pour promouvoir une meilleure assistance médicale à bord des navires », consacrant alors une forme de télémédecine dès le début des années quatre-vingt-dix. Le cadre juridique à cette pratique médicale va être donné par la loi HPST de 2009[235] qui introduit les articles L. 6316-1 et R. 6316-1 du Code de la santé publique et suivants, modifiés par le un Décret datant du 3 juin 2021[236]. Ces articles définissent cinq actes de télémédecine : la téléconsultation[237], la téléexpertise[238], la télésurveillance médicale, la téléassistance[239] médicale et la réponse médicale[240]. Une attention particulière mérite d'être portée aux techniques de télésurveillance : outils de contrôle, ils deviennent nécessaires à la responsabilisation.

---

[233] Y. FERRARI, « La santé et la télémédecine », RLDI 1er oct. 2014, n° 108.
[234] Dir. CE, n° 92/29, 31 mars 1992, concernant les prescriptions médicales de sécurité et de santé pour promouvoir une meilleure assistance médicale à bord des navires.
[235] L. n° 2009-879, 21 juill. 2009, portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.
[236] D. n° 2021-707, 3 juin 2021, relatif à la télésanté.
[237] Selon l'article L. 6316-1, 1° du Code de la santé publique, la téléconsultation « a pour objet de permettre à un professionnel médical de donner une consultation à distance à un patient. Un professionnel de santé peut être présent auprès du patient et, le cas échéant, assister le professionnel médical au cours de la téléconsultation ».
[238] Selon l'article L. 6316-1, 2° du Code de la santé publique, la téléexpertise « a pour objet de permettre à un professionnel de santé de solliciter à distance l'avis d'un ou de plusieurs professionnels médicaux en raison de leurs formations ou de leurs compétences particulières sur la base des informations de santé liées à la prise en charge d'un patient ».
[239] Selon l'article L. 6316-1, 4° du Code de la santé publique, la téléassistance médicale « a pour objet de permettre à un professionnel médical d'assister à distance un autre professionnel de santé au cours de la réalisation d'un acte ».
[240] Selon l'article L. 6316-1, 5° du Code de la santé publique, la réponse médicale « est apportée dans le cadre de la régulation médicale mentionnée à l'article L. 6311-2 et au troisième alinéa de l'article L. 6314-1 ».

65. La télésurveillance. La télésurveillance renvoie à la possibilité de suivre les patients à distance par leur médecin, mais aussi de partager les données personnelles. Cette possibilité est originellement le fruit d'une démarche centrée sur l'individu, afin de faciliter et d'améliorer sa prise en charge. Selon l'article L. 6316-1 du Code de la santé publique, la télésurveillance « a pour objet de permettre à un professionnel médical d'interpréter à distance les données nécessaires au suivi médical d'un patient et, le cas échéant, de prendre les décisions relatives à la prise en charge de ce patient. L'enregistrement et la transmission des données peuvent être automatisés ou réalisés par le patient lui-même ou par un professionnel de santé ». Toutefois, dans un contexte de tensions budgétaires, l'assurance maladie a naturellement vu en ces outils de télésurveillance des outils de contrôle qui se sont transformés en véritables instruments de responsabilisation au service de la maîtrise des dépenses. Ainsi, la télésurveillance, préalable indispensable à la mise en place de sanctions, devient un instrument redoutable de maîtrise des coûts de santé.

66. La télésurveillance, un outil de responsabilisation. Depuis la fin des années quatre-vingt-dix, la gestion du risque, « se situe au cœur de la stratégie de l'assurance maladie »[241]. Si les mesures de gestion du risque, qui consistent à mettre en place des actions pour améliorer l'efficience du système de santé, visent à agir sur les comportements des prescripteurs et des établissements de santé et médicaux-sociaux[242], ils ciblent également les comportements des usagers du système de santé. Autrement dit, l'intervention du droit de l'assurance maladie conduit à réguler directement les comportements des assurés sociaux dans leur parcours de soin, notamment lorsqu'ils sont atteints de maladies chroniques. Ainsi, les enjeux plus particuliers associés au suivi des maladies chroniques ont justifié que des mécanismes prévus par le droit de l'assurance régulent directement les comportements de l'assuré social dans son parcours de soins. Notamment, d'après les données qui figurent en annexe du projet de la loi de financement pour la Sécurité sociale de 2014, « 9,5 millions de personnes sont reconnues atteintes d'une affection de longue durée pour le seul régime général, soit 16 % de la population couverte »[243]. Les dépenses consacrées pour la prise en charge des maladies chroniques ne cessent d'augmenter, notamment avec le vieillissement de la population et le progrès des technologies. Or, selon le rapport de l'OMS, seulement 50 % des personnes atteintes de maladies chroniques respectent leur traitement. Ainsi, il est

[241] V. VIOUJAS, art. cit..
[242] Art. L. 1431-2 du CSP.
[243] V. VIOUJAS, art. cit.

apparu nécessaire que l'assurance maladie, par le moyen de dispositifs médicaux, et notamment de dispositifs de télésurveillance, puisse contrôler le suivi des traitements, afin de pouvoir réguler le comportement de l'assuré social, dès lors qu'il bouleverse l'économie nationale.

67. De la télésurveillance aux dispositifs médicaux. L'efficience de cette surveillance dépend des appareils et appareillages de soins appelés dispositifs médicaux, définis par l'article L. 5211-1 du Code de la santé publique comme « tout instrument, appareil, équipement, matière, produit, à l'exception des produits d'origine humaine (…) destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins médicales et dont l'action principale voulue n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques ou immunologiques ni par métabolisme, mais dont la fonction peut être assistée par de tels moyens ». Ces instruments, qui renvoient en premier lieu à de simples instruments de soins, se transforment en de véritables outils de suivi et gestion des dépenses dont l'assurance maladie a voulu tirer profit. Le champ d'application des dispositifs médicaux se montre très large et renvoie à de nombreux appareils tels que par exemple, les prothèses, les sondes, les systèmes d'autosurveillance, etc.[244] Leur remboursement par l'assurance maladie est en outre subordonné à l'inscription sur la liste des produits et prestations remboursables. Ainsi, les progrès des nouvelles technologies permettent de surveiller à distance le suivi d'un traitement, grâce à des instruments de télétransmission[245] qui se sont développés en marge du développement de la télémédecine.

68. Conclusion. Les techniques de télésurveillance permettent de contrôler avec une efficacité certaine le comportement du patient, conduisant à une responsabilisation de celui-ci[246]. L'assurance maladie a pu se saisir de l'opportunité qu'offrent les dispositifs de télésurveillance afin de contrôler le suivi par les patients des traitements prescrits, faisant de ces outils de contrôle de véritables instruments de responsabilisation de l'assuré social. Grâce à ces techniques de télémédecine intégrées à des dispositifs médicaux, l'observance peut être contrôlée dans la vie personnelle et quotidienne des patients, puis sanctionnée. Si à l'origine, ils ne sont que de simples instruments de soins, destinés à améliorer la santé du

[244] Art. L. 5211-1 du CSP.
[245] Pour plus de précisions et exemples de techniques de contrôle à distance, v. V. VIOUJAS, art. cit.
[246] V. en ce sens Y. FERRARI, art. cit.

patient, ils deviennent pour l'assurance maladie des moyens d'avoir une mainmise sur la prise en charge des soins : ils permettent de justifier la mise en place de sanctions.

II. Les sanctions : outils de régulation

69. Le devoir d'observance des prescriptions médicales est un mécanisme qui se développe particulièrement en matière de sécurité sociale[247]. Ainsi, alors que l'assurance maladie se présente originellement comme un simple « instrument de solidarité, elle pourrait se muer en instrument disciplinaire en érigeant l'observance en condition des remboursements des soins »[248]. L'idée d'une responsabilisation du patient en tant qu'assuré social se retrouve confortée par de telles sanctions qui conduisent à « faire prendre conscience de la nécessité d'utiliser les droits qui lui sont accordés avec discernement, autrement dit, sans abus »[249]. À cet effet, le législateur a admis la possibilité de sanctionner une mauvaise observance, en posant les grandes lignes d'un tel dispositif (A). La jurisprudence est venue compléter le dispositif, notamment à travers une décision très remarquée du Conseil d'État rendue en 2014[250] (B).

A. L'admission de la sanction par le législateur

70. Un devoir économique général affirmé par les textes. Bien que nous ne limitions pas, dans notre hypothèse de travail, la notion de responsabilisation à une notion comptable, il serait difficile de nier que les termes de l'article L. 1111-1 du Code de la santé publique[251], en dépit de leur ambiguïté, « posent les jalons d'une responsabilité financière générale du patient, dès lors que les droits qu'il exerce ne sont pas de nature à garantir la pérennité du système de santé »[252]. Tant les tensions accrues sur les comptes de la Sécurité sociale que l'évolution des connaissances scientifiques, notamment médicales, favorisent l'effloraison d'un devoir d'économie[253]. À ce titre, l'article L. 111-2-1 du Code de la Sécurité sociale

[247] D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », art. cit., p. 42.
[248] P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit.
[249] Définition donnée à la responsabilisation, dans M. GIRER, « La responsabilisation du patient en tant qu'assuré-social, un concept vertueux ? », art. cit., spéc. p. 48.
[250] CE, 14 févr. 2014, n° 374699, Union nationale des associations de santé à domicile (inédit) : D. 2014, p. 936 ; RDSS 2014, p. 517, obs. V. VIOUJAS.
[251] Art. L. 1111-1 du CSP : « Les droits reconnus aux usagers s'accompagne des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose ».
[252] A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », art. cit., p. 80.
[253] V. en ce sens D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », art. cit.

pose le principe en vertu duquel « chacun contribue, pour sa part, au bon usage des ressources consacrées par la Nation à l'assurance maladie ». Certains autres textes font plus concrètement état de l'idée d'un devoir répondant à un impératif économique. L'institution d'un tarif forfaitaire, pour les médicaments génériques[254], est une manifestation des plus explicites de ce devoir d'économie : il ne s'agit pas de modérer la consommation, mais bien de réduire les dépenses pour un même traitement. D'autres dispositifs visent à encadrer la liberté de choix des personnes dans leur parcours de santé, dans le but non seulement d'optimiser la qualité des soins, mais également dans un objectif économique. Tel est le cas pour la création d'un médecin traitant et du parcours de soins par la loi du 13 août 2004[255], ou encore du dossier médical personnel[256] qui présentaient tous les deux la particularité de subordonner le degré de remboursement au respect de ces dispositions. Dans ce contexte, il est prévu que le ticket modérateur[257] puisse être majoré pour les assurés « n'ayant pas choisi de médecin traitant ou consultant un autre médecin sans prescription de leur médecin traitant »[258]. Dans la même lignée, concernant le dossier médical personnalisé, l'article 161-36-2 du Code de la Sécurité sociale prévoit que « le niveau de prise en charge des actes de prestations de soins par l'assurance maladie (…) est subordonné à l'autorisation que donne le patient, à chaque consultation ou hospitalisation, aux professionnels de santé auxquels il a recours, d'accéder à son dossier médical personnel et de le compléter ».

71. Un devoir économique traduit par un devoir d'observance. Par ailleurs, il est également des textes qui prévoient des mesures contraignantes, mais cette fois-ci en encadrant précisément le droit de consentir à un acte médical. C'est alors que le devoir économique dont il est question se traduit par un véritable devoir d'observance. Ce devoir de se conformer aux prescriptions a notamment été renforcé dans le domaine très sensible des affections de longue durée[259]. Ainsi, selon l'article L. 324-1 du Code de la sécurité sociale[260], le malade en affection de longue durée qui ne respecte pas le traitement prescrit

[254] Art. L. 162-16 du CSS.
[255] Art. L. 162-5 et L. 162-5-3 du CSS.
[256] V. en ce sens D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », art. cit.
[257] Le ticket modérateur est la partie des dépenses de santé qui reste à la charge du patient une fois que l'assurance maladie a remboursé sa part.
[258] Art. L. 162-5-2 du CSS.
[259] V. en ce sens D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », art. cit.
[260] Art. L. 324-1 du CSS : « En cas d'affection de longue durée et en cas d'interruption de travail ou de soins continus supérieurs à une durée déterminée, le médecin traitant détermine le traitement que le bénéficiaire de l'assurance maladie doit suivre si les soins sont dispensés sans interruption ; la continuation du service des prestations est subordonnée à l'obligation pour le bénéficiaire :

par le médecin peut voir sa prise en charge par l'assurance suspendue, diminuée, voire supprimée[261]. L'idée d'un devoir d'observance ressort bien de ces textes puisque le malade doit, selon les termes de l'article, « se soumettre », « s'abstenir » et « accomplir », et « en cas d'inobservation » de ces obligations, « la caisse peut suspendre, réduire ou supprimer le service des prestations ». Ces obligations d'observance, déjà intrusives pour ceux qui y sont soumis, peuvent, selon les termes de l'article L. 324-1 du Code de la Sécurité sociale, aller jusqu'à l'obligation de « s'abstenir de toute activité non autorisée », de procéder à des « exercices ou travaux prescrits en vue de favoriser sa rééducation », de « se soumettre aux visites médicales et aux contrôles spéciaux organisés par la caisse », de « se soumettre aux traitements ».

72. Un devoir économique discuté. L'idée d'une sanction qui passerait par un déremboursement ne fait certainement pas l'unanimité, et outre les sujets de droit souvent

1° De se soumettre aux traitements et aux mesures de toute nature prescrits par le médecin traitant ;
2° De se soumettre aux visites médicales et aux contrôles spéciaux organisés par la caisse ;
3° De s'abstenir de toute activité non autorisée ;
4° D'accomplir les exercices ou les travaux prescrits en vue de favoriser sa rééducation ou son reclassement professionnel.
En cas d'inobservation des obligations ci-dessus indiquées, la caisse peut suspendre, réduire ou supprimer le service des prestations.
Le médecin traitant, qu'il exerce en ville ou en établissement de santé, établit un protocole de soins. Ce protocole, périodiquement révisable, notamment en fonction de l'état de santé du patient et des avancées thérapeutiques, définit, compte tenu des recommandations établies par la Haute Autorité mentionnée à l'article L. 161-37, les actes et les prestations nécessités par le traitement de l'affection et pour lesquels la participation de l'assuré peut être limitée ou supprimée, en application des 3° et 4° de l'article L. 322-3. La durée du protocole est fixée compte tenu des recommandations de la Haute Autorité mentionnée à l'article L. 161-37.
Le protocole établi par le médecin traitant est adressé au service du contrôle médical, qui fait connaître son avis à la caisse d'assurance maladie dont relève l'assuré. À défaut d'observations transmises dans un délai fixé par voie réglementaire, l'avis est réputé favorable. Le directeur de l'organisme notifie à l'assuré la décision statuant sur la suppression ou la limitation de la participation de ce dernier.
Sauf en cas d'urgence, le patient ou son représentant légal est tenu de communiquer son protocole au médecin consulté pour bénéficier de la limitation ou de la suppression de sa participation.
Le médecin, qu'il exerce en ville ou en établissement de santé, est tenu de certifier, lors de l'établissement des documents nécessaires au remboursement ou à la prise en charge, qu'il a pris connaissance du protocole et de se conformer aux dispositions réglementant la limitation ou la suppression de la participation de l'assuré. »

[261]Art. L. 324-1 du CSS : « En cas d'affection de longue durée et en cas d'interruption du travail ou de soins continus supérieurs à une durée déterminée, le médecin traitant détermine le traitement que le bénéficiaire de l'assurance maladie doit suivre si les soins sont dispensés sans interruption ; la continuation du service des prestations est subordonnée à l'obligation pour le bénéficiaire : de se soumettre aux traitements et aux mesures de toute nature prescrits par le médecin traitant et, en cas de désaccord avec le service du contrôle médical, par un expert ; de se soumettre aux visites médicales et aux contrôles spéciaux organisés par la caisse ; de s'abstenir de toute activité non autorisée ; d'accomplir les exercices ou les travaux prescrits en vue de favoriser sa rééducation ou son reclassement professionnel. En cas d'inobservation des obligations ci-dessus indiquées, la caisse peut suspendre, réduire ou supprimer le service de prestations ».

réfractaires à un tel dispositif, certains acteurs ont préconisé de ne pas emprunter la voie de la menace d'un déremboursement. On peut notamment lire dans le rapport de l'IGAS qu'il n'est pas préférable de lier le remboursement des soins à l'observance du traitement. Il y est affirmé que « la mission recommande de ne pas s'engager sur cette voie, et donc de ne pas lier le remboursement des soins à l'observance du traitement, même pour une faible part »[262]. C'est d'ailleurs aussi ce que préconise V. VIOUJAS, en affirmant que « dans tous les cas, la recherche d'une meilleure observance par le patient ne passe pas par la menace d'un moindre remboursement, mais s'inscrit dans le registre de l'éducation thérapeutique »[263]. Néanmoins, cette affirmation ne convainc pas. En effet, la sanction, ou devrons-nous dire, la crainte de la sanction, tend à constituer une technique parmi d'autres d'incitation des comportements dans le but d'atteindre des objectifs sanitaires collectifs nécessaires à la survie du système de santé.

73. Un devoir économique qui traduit des atteintes justifiées aux droits fondamentaux du patient. Certes, tant le contrôle permis grâce aux dispositifs médicaux que la sanction par le déremboursement sont attentatoires au droit au respect de la vie privée et au droit de consentir, mais ces atteintes ne sont-elles pas justifiées par l'objectif de maîtrise des dépenses, lequel, à terme, s'il est en cause, conduirait à *l'effondrement* du système de santé ? Si beaucoup de patients se montrent *inobservants,* entraînant des surcoûts non négligeables, et menaçant l'ensemble du système de santé, n'est-il pas proportionné de limiter le droit de refuser ? Les chiffres de l'inobservance, mis en perspective avec les coûts de santé, étant pour le moins significatifs, ne semble pas rendre l'atteinte au droit au respect de la vie privée disproportionnée, d'autant plus que les recommandations de la CNIL en matière de traitements des données personnelles sont respectées par le législateur[264]. De surcroît, il est difficile de concevoir l'idée qu'un patient puisse être remboursé pour des traitements qu'il ne suit pas, conduisant à mettre en péril le système de santé. Ainsi, l'objectif de maîtrise des dépenses, indispensable à la survie du système de santé entier, semble justifier la sanction de l'inobservance, à plus forte raison lorsqu'il s'agit de limiter le remboursement d'un traitement inusité. Le remboursement d'un traitement non utilisé s'avérant *inutile*, il serait au contraire incohérent de ne pas encadrer, par la menace d'une sanction, la passivité de l'assuré social. Si l'hypothèse d'un patient non observant n'est pas

[262] A. LOPEZ, C. COMPAGNON (IGAS), Rapport n° 2015-037R, *op. cit.*, p. 5.
[263] V. VIOUJAS, art. cit.
[264] V. P.-A ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit.

singulière et plutôt répandue, il ne semble pas démesuré de contrôler l'observance du patient afin de pouvoir limiter les dépenses *stériles*. Semblant favorable à une telle approche, le législateur a fait le choix de maîtriser les conduites individuelles notamment par la menace d'un déremboursement, rejoignant ainsi l'injonction faite par l'article L. 1111-1 du Code de la santé publique qui dispose que « les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels ils reposent ».

74. Propos transitifs. Il reste que l'intervention de l'assurance maladie dans la vie privée des patients ne semblait pas vouloir s'arrêter là. En effet, deux arrêtés ministériels du 22 octobre 2013[265] ont été l'objet de recours devant le Conseil d'État qui s'est prononcé sur leur validité par un arrêt du 28 novembre 2014[266].

B. Des précisions apportées par la jurisprudence du Conseil d'État

75. Si les dispositions du Code de la santé publique[267] et du Code de la sécurité sociale[268] apportent des lignes directrices quant aux sanctions autorisées par l'assurance maladie, d'importantes précisions sur la sanction de l'inobservance ont été apportées à travers l'arrêt très remarqué du Conseil d'État rendu le 28 novembre 2014[269] faisant suite à l'adoption de l'arrêté ministériel du 22 octobre 2013 portant modification des modalités d'inscription et de prise en charge par l'assurance maladie du dispositif médical pour le traitement de l'apnée du sommeil[270]. L'arrêt rendu par le Conseil d'État mérite une attention particulière en ce qu'il se prononce, pour la première fois, sur la sanction de la non-observance de l'individu en tant qu'assuré social et qu'il soulève ainsi la question de savoir si l'objectif de

[265] A. 22 oct. 2013, portant modification des modalités des inscriptions et de prise en charge du dispositif médical à pression positive continue pour le traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées au chapitre 1er du titre Ier de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L. 165-1 du Code de la sécurité sociale.
[266] P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit.
[267] Par exemple, l'article L. 1111-1 du Code de la santé publique lorsqu'il dispose que « les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels ils reposent ».
[268] Art. L. 324-1 du CSS.
[269] CE, 28 nov. 2014, nos 366931, 374202, 374353, Union nationale des associations de santé à domicile et a. ; P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par les dispositifs médicaux ? », art. cit.
[270] A., 22 oct. 2013, portant modification des modalités d'inscription et de prise en charge du dispositif médical à pression positive continue pour traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées au chapitre 1er du titre Ier de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L. 165-1 du Code de la sécurité sociale, JO n° 0253, 30 oct. 2013, p. 17631.

responsabilisation de l'assuré social vis-à-vis des dépenses de santé justifie l'atteinte aux droits individuels. Pour une meilleure lecture de la jurisprudence du Conseil d'État, il convient de décrire le dispositif mis en place par les arrêtés litigieux (1), avant de mettre en lumière l'apport de l'analyse du Conseil d'État (2).

1. Le dispositif mis en place par l'arrêté litigieux

76. Propos liminaires. Le dispositif imaginé pour la prise en charge du traitement du syndrome d'apnée obstructive du sommeil, objet de l'arrêté ministériel litigieux, traduit un basculement vers un remboursement conditionné par l'observance du patient. La question s'est posée de savoir si le texte qui a fait l'objet d'un contentieux était attentatoire aux droits et libertés ou s'il conduisait plutôt à une responsabilisation justifiée des patients[271], permettant d'améliorer la qualité de leur prise en charge. Par ailleurs, la légalité du dispositif prévu par les arrêtés ministériels a été questionnée. D'ailleurs, les arrêtés ministériels avaient été édictés alors qu'un doute sur le bien-fondé du dispositif avait été exprimé par l'expertise publique quant à l'adoption du mécanisme prévu par les arrêtés.

77. Le dispositif médical prévu par l'arrêté ministériel litigieux. Le dispositif médical que l'on nomme « dispositif médical à pression positive continue » a pour objectif de corriger la respiration du patient au cours de son sommeil. Parallèlement, il permet de transmettre quotidiennement à un prestataire de soins les données relatives à l'activité respiratoire. Selon les données transmises par VIDAL[272], en pratique, il s'agit d'une machine qui permet de maintenir tout au long de la nuit un niveau constant de pression ou encore de varier selon le cycle respiratoire[273]. Il est également constitué d'un réservoir qui permet d'humidifier l'air inspiré si besoin est. Si l'objectif premier d'un tel dispositif est un meilleur suivi pour une amélioration de l'état de santé, les politiques de santé publique ont voulu tirer profit de cette technologie : ainsi, les arrêtés conditionnaient la prise en charge du traitement à la preuve, par télétransmission, que le patient utilisait suffisamment le masque respiratoire. Plus précisément, ils prévoyaient qu'un patient, pour être remboursé

[271] A. LAUDE, « Le comportement du patient : une condition du remboursement des soins ? », art. cit.
[272] https://www.vidal.fr/maladies/voies-respiratoires/apnee-sommeil-sahos/traitements.html#:~:text=Le%20traitement%20de%20choix%20de,maintient%20les%20voies%20respiratoires%20ouvertes
[273] Cet appareil est relativement petit et silencieux, et se place à côté du lit. Le patient porte tout au long de la nuit un masque fixé par des élastiques et relié à l'appareil par un tuyau souple.

de son traitement, devait utiliser son appareil au moins trois heures par jour et vingt jours par mois. À défaut, au bout de trois mois, le remboursement du traitement était diminué de moitié, et au bout du cinquième mois, l'assuré social non observant devait choisir entre garder l'appareil en payant lui-même la location, ou se voir retirer définitivement l'appareil[274]. Dans ce cadre, l'observance du patient devait être contrôlée par le biais d'un dispositif de téléobservance dont tous les patients devaient être équipés au 1er janvier 2014.

78. Le doute exprimé par l'expertise publique : un contexte d'adoption des arrêtés non favorable. Les dispositifs prévus par les arrêtés ministériels sont des dispositifs à usage individuel. Il s'agit de dispositifs qui ne sont pas pris en charge dans le cadre des actes de soins dispensés par les établissements de santé ou les professionnels de santé libéraux[275]. Ainsi, cette catégorie de produit regroupe généralement ceux utilisés par le patient à son domicile, et plus généralement, dans sa vie quotidienne. Le fabricant peut obtenir pour son dispositif médical une prise en charge par l'assurance maladie au bénéfice des patients, à condition que la Commission nationale des dispositifs médicaux et des technologies de santé (Cnedimts) approuve la pertinence de la prise en charge. Afin de se prononcer sur la pertinence de la prise en charge, ladite commission qui fait partie de la Haute Autorité de Santé examine l'efficacité médicale et économique du produit : l'autorisation n'est accordée qu'à la condition d'en négocier le prix et le taux. En ce qui concerne notre espèce, l'avis de la Cnedimts[276] n'était pas explicitement favorable à la sanction en cas d'inobservance, bien qu'il n'ait pas non plus formulé d'opposition explicite. Néanmoins, ce que l'avis soulignait en des termes clairs était que la durée d'utilisation retenue du dispositif médical[277] n'était qu'une simple recommandation. Ce qui veut dire, par analogie, que, si le patient utilise de façon insuffisante le dispositif, il ne pourrait se voir sanctionné. Et d'ajouter que cette recommandation n'était pas fondée sur « un argument scientifique » du fait d'une insuffisance des données disponibles portant sur « l'utilisation optimale de la PPC[278] en vue d'une efficacité clinique »[279]. Le dispositif prévoyait en outre une période réfractaire de six

[274] Art. 2 de l'A. 22 oct. 2013, portant modification des modalités d'inscription et de prise en charge du dispositif médical à pression positive continue pour traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées au chapitre 1er du titre Ier de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L. 165-1 du Code de la sécurité sociale.
[275] Art. L. 165-1 du CSS.
[276] CNEDiMTS, « Produits et Prestations : dispositif médical à pression positive continue pour traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées », avis, 6 nov. 2012.
[277] Une observance moyenne, calculée sur quatre semaines, au moins égale à trois heures par nuit.
[278] Pression positive continue.
[279] CNEDiMTS, *op. cit.*

mois sans prise en charge pour le patient « ayant persisté à ne pas être observant ». Preuve supplémentaire de la prudence qui animait l'avis, ce dernier indiquait qu'il y avait lieu de s'interroger sur « la possibilité de traitement pour le patient qui aurait rendu son dispositif de PPC et pour lequel le médecin estime que le traitement doit être prescrit dans cet intervalle »[280]. Le pouvoir ministériel n'étant pas lié par cet avis, il a pris une tout autre direction qui a soulevé le débat sur de nombreux points, apportant d'importantes précisions, qui ne se limitent d'ailleurs pas à la prise en charge de l'apnée du sommeil.

79. Des modalités innovantes prévues par l'arrêté ministériel litigieux. Il faut tout d'abord prendre acte que l'arrêté ministériel, s'il soulève de nombreuses interrogations, constituait une innovation. Conformément aux dispositions du Code de la sécurité sociale, l'assuré se voit rembourser de l'usage d'un dispositif s'il lui est prescrit par un professionnel de santé habilité, et s'il s'inscrit sur une liste de produits remboursés édictée par un arrêté ministériel[281]. Toutefois, le patient non observant pendant un peu plus de six mois, risquait de voir sa prise en charge suspendue pour une durée équivalente. Ce mécanisme-là est sans nul doute inédit puisque jusqu'alors, aucun remboursement de produit de santé par l'assurance maladie n'avait été subordonné au caractère effectif de son utilisation. En effet, seule la prescription médicale pouvait faire l'objet d'un conditionnement, dès lors que seul le corps médical est compétent pour s'immiscer dans le parcours de soins du patient. Le développement de la télémédecine conduit à contrôler au-delà de la stricte relation patient-médecin les comportements de santé. Dans un contexte « d'exigence politique d'efficience des dépenses d'assurance maladie »[282], l'idée de tirer profit de ces nouveaux instruments de contrôle était séduisante. Concernant la prise en charge, cela ne changeait rien pour le patient dès lors que le déremboursement concernait un dispositif dont il ne faisait de toute façon pas usage, étant précisé, en outre, que même non remboursé, le patient pouvait toujours bénéficier d'un traitement s'il décidait de le financer à hauteur de vingt euros par semaine. Néanmoins, de tels arguments n'ont pas suffi à échapper à la censure du Conseil d'État.

[280] *Ibid*.
[281] Art. L. 165-1 du CSS.
[282] V. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 311.

2. Les enjeux révélés par l'analyse du Conseil d'État

80. Propos liminaires. Les enjeux révélés par l'analyse du Conseil d'État dans son arrêt du 14 février 2014[283] dépassent largement le cadre de la prise en charge du syndrome de l'apnée du sommeil puisque d'une part, la conception même de l'assurance maladie, « dans son objectif universaliste »[284], est remise en cause, et d'autre part, la définition de l'acte médical pourrait être amendée. Sur ce dernier point, le dispositif médical s'opère en dehors des consultations avec le médecin, marquant une évolution de la relation entre le patient et le médecin, qui emporte de nombreuses conséquences à caractères à la fois juridiques et techniques. Quoiqu'il en soit, l'évolution de la médecine conduit à soulever la question de son encadrement et au fond, c'est la portée de la décision qui est en question. Alors que certains ont considéré que cet arrêté faisait du patient « un délinquant potentiel »[285], d'autres ont estimé qu'il est tout à fait louable d'adopter de telles mesures dans l'objectif de responsabiliser les patients réfractaires, pour un traitement pris en charge par la collectivité, lequel, s'il n'est pas rigoureusement suivi, aura des conséquences sur le budget national[286]. L'adoption des arrêtés ministériels ainsi que les réactions qu'il a suscitées conduisent à apporter quelques nuances. Il convient notamment de préciser en tout premier lieu que ce n'est pas la première fois que des dispositions conditionnent des prestations de prise en charge au comportement du patient. En effet, n'oublions pas que la loi elle-même autorise une telle mesure puisque l'article L. 324-1 du Code de la Sécurité sociale précité[287] indique que l'assurance maladie peut suspendre ou diminuer la prise en charge du patient si les obligations mentionnées au sein du même article ne sont pas respectées, notamment l'obligation « de se soumettre aux traitements et aux mesures de toute nature prescrits par le médecin traitant ».

81. Le recours devant le Conseil d'État. À la suite d'un recours exercé par une association de patients[288], ainsi que deux représentants de prestataires associatifs de santé à

[283] CE, 14 févr. 2014, n° 374699, Union nationale des associations de santé à domicile (inédit) : D. 2014, 936 ; RDSS 2014, p. 517, obs. V. VIOUJAS.
[284] V. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 311.
[285] V. en ce sens Y. FERRARI, art. cit.
[286] *Ibid*.
[287] V. *supra*, n°71
[288] La Fédération française des associations et amicales des insuffisants respiratoires (FFAAIR).

domicile[289], qui contestaient la légalité d'une telle mesure, le Conseil d'État a suspendu cet arrêté pour une durée de six mois[290]. Une telle suspension a été justifiée par un doute sérieux sur la légalité du texte que les juges ont exprimé, ainsi que par le caractère urgent de la situation, dès lors que les patients non observants risquaient d'être privés d'appareillage à partir de juin 2014, soit peu de temps après l'adoption de l'arrêté.

82. L'incompétence ministérielle. À travers cette décision, le juge administratif reconnaissait déjà l'existence d'un doute sérieux sur la compétence ministérielle pour édicter une telle condition d'observance. L'arrêt du 28 novembre 2014, qui examine l'affaire au fond, transforme ce doute en certitude : la loi permet de subordonner le remboursement de certains dispositifs médicaux et prestations de soins associées à certaines modalités concrètes d'application, « mais pas à une condition d'observation de son traitement par le patient ». Il en ressort qu'en l'espèce, les ministres signataires des arrêtés ministériels litigieux n'étaient pas compétents pour subordonner la prise en charge par l'assurance maladie des masques respiratoires à l'observation effective par les patients de leur traitement. Seules alors « les modalités de prescription et d'utilisation des produits pouvaient être légalement exigées »[291]. À ce stade, la décision du Conseil d'État semble apporter une précision importante au droit de l'assurance maladie, mais sans le bouleverser néanmoins, voire le laissant « inchangé »[292]. Il reste que le contexte normatif dans lequel a été rendue la décision et l'analyse de ses motifs révèlent des enjeux considérables qui, outre le fait que la décision concerne directement un grand nombre de patients et donc une part importante du budget de l'assurance maladie[293], tiennent en trois points. Le premier a trait à la pratique médicale dès lors que ce débat pourrait à terme la transformer et la question se pose de savoir si la loi, à l'avenir, pourrait consacrer ce que le Conseil d'État refuse aujourd'hui, remettant ainsi en question les principes fondamentaux du droit de la Sécurité sociale. Le deuxième renvoie au débat classique concernant l'atteinte à la vie privée ainsi

[289] L'Union nationale des associations de santé à domicile (Unasdom) et le Syndicat national des associations d'assistance à domicile (Snadom).
[290] CE (ord.), 14 févr. 2014, n° 374699, Union nationale des associations de santé à domicile (inédit) : D. 2014, 936, point de vue A. LAUDE ; RDSS 2014, p. 517, obs. V. VIOUJAS.
[291] V. en ce sens P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 311.
[292] *Ibid*.
[293] V. Haute Autorité de santé, « Révisions des prescriptions génériques de la liste des produits et prestations remboursables. Dispositifs médicaux et prestations associées pour le traitement de l'insuffisance respiratoire et de l'apnée du sommeil », note de cadrage, 30 mars 2011, www.has-sante.fr. Selon ce cadrage, en 2009, 330 000 patients étaient pris en charge pour un traitement contre un syndrome d'apnée du sommeil pour un montant de plus de 470 millions d'euros.

qu'à la dignité humaine. Le troisième porte sur les conditions de validité de la sanction, et donc sur sa légalité.

83. Les principes fondamentaux de la Sécurité sociale remis en cause : le nécessaire recours à la loi. Le Conseil d'État estime que si une condition d'observance devait être instaurée, un recours à la loi serait nécessaire pour que les principes généraux de la Sécurité sociale et les droits des patients ne soient pas menacés. Le Conseil d'État fonde pour partie sa décision sur l'alinéa 2 de l'article 34 de la Constitution qui prévoit que les principes de la Sécurité sociale relèvent de la loi. Ainsi, il émet un doute sur la compétence du ministre pour la création d'une condition d'observance, dès lors qu'une telle démarche modifie substantiellement les principes généraux et objectifs de la Sécurité sociale[294]. Cette position s'inscrit d'ailleurs dans le sillage de celle du Conseil constitutionnel qui retient que les conditions liées aux prestations de la Sécurité sociale relèvent des principes fondamentaux dont la compétence revient au législateur[295]. En prévoyant une sanction pour inobservance, les arrêtés ministériels litigieux semblaient contraires à la finalité première de la Sécurité sociale, qui est de faciliter l'accès aux soins[296]. Ainsi, l'intervention de l'assurance maladie afin de conditionner le remboursement du dispositif à sa bonne utilisation, alors même que la médecine reconnaît la nécessité d'un traitement, est une question qui touche aux fondements de la Sécurité sociale, si bien que seul le législateur est compétent pour apporter des réponses. Aussi, de façon plus spécifique, la condition de l'observance semble remettre en cause le caractère universel de la Sécurité sociale. Ce principe implique que le statut d'assuré social suffit à justifier une prise en charge des soins prescrits par le corps médical.

84. Si comme le soulignent certains auteurs, on peut craindre que l'ajout d'une condition d'observance des soins revienne à considérer que la Sécurité sociale n'aurait plus pour fonction de satisfaire aux besoins[297] de santé des patients, mais également de corriger leur comportement, une telle crainte doit être relativisée. En effet, s'il est certain que

[294] Notamment, faciliter l'accès aux soins, et l'universalité de la sécurité sociale : v. en ce sens P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 311.
[295] V. par ex. Cons. const., 22 déc. 1961, n° 61-17 L : Rec. p. 43 – Cons. const., 30 juill. 1963, n° 63-26 : Rec. p. 43 – Cons. const., 18 déc. 1997, n° 97-393 DC : Rec. p. 320.
[296] V. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 311.
[297] V. en ce sens I. VACARIE, « Les tensions entre le droit de la santé et le droit de la sécurité sociale », RDSS 2005, p. 899 ; I. VACARIE, A.-S. GINON, Y. FERKANE et S. LEROY, « Crise de l'État providence ou crise de la régulation économique ? », Dr. soc. 2008, p. 1103 ; Y. MOREAU, « Assurance-maladie et santé publique : un droit pour gérer des crises ou un droit pour aller vers une "une maîtrise intégrée" ? », Dr. soc. 2011, p. 1268.

l'intervention du législateur est souhaitable dès lors que ce sont les principes fondamentaux du droit de la sécurité sociale qui sont remis en question, on peut tout de même reconnaître que l'intervention du droit de l'assurance maladie présente des vertus — puisque de nature à améliorer la gestion des finances publiques —, à condition néanmoins que ces pratiques répondent à l'exigence de proportionnalité, et que les atteintes à certains principes de la Sécurité sociale soient justifiées par le but poursuivi. Autrement dit, si nous défendons l'opportunité d'instaurer des sanctions en cas d'inobservance dans un objectif de gestion des dépenses indispensable au bon fonctionnement du système de santé, les principes du droit de la Sécurité sociale étant interrogée, l'intervention du législateur est d'importance. Les arrêtés ministériels litigieux, s'ils touchent aux principes fondamentaux du droit de la Sécurité sociale, questionnent par ailleurs les droits fondamentaux des patients dont l'atteinte doit, de façon classique, être justifiée par l'intérêt général, par le biais d'un contrôle de proportionnalité.

85. Le droit à la vie privée en cause. Bien que les arrêtés ministériels litigieux tiennent bien compte des recommandations en termes de protections des données, c'est en partie l'intrusion dans la vie privée qui inquiète. Les arrêtés ministériels litigieux remettent en cause le droit au respect de la vie privée, rendant le débat en la matière que plus fort. Certes, l'arrêté en question tenait compte des recommandations de la CNIL en matière de traitement des données personnelles[298], néanmoins, il n'est pas certain que la téléobservance constitue simplement un nouvel usage des données personnelles dès lors que l'usage des dispositifs médicaux se hisse « dans les instants les plus intimes de la vie des personnes »[299]. Il reste que cette intrusion dans la vie privée pourrait toujours se légitimer par la nécessité de réguler les dépenses publiques dont le système de santé entier dépend. S'il faut certes être prudent quant aux dérives qu'un tel système peut induire au regard des droits fondamentaux du patient, il ne faut néanmoins pas accentuer le danger dès lors que le principe de proportionnalité permet de rationaliser l'atteinte.

86. Le respect de la dignité humaine en cause. Aussi, le respect de la dignité de la personne pourrait être remis en cause non seulement du point de vue de la liberté du patient qui se retrouve menacé, mais aussi parce qu'il se retrouve surveillé dans son quotidien et

[298] V. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 311.
[299] *Ibid.*

son intimité. Sur le premier point, quelques nuances sont à apporter. Même si une condition d'observance venait à être instaurée, il ne faut pas exagérer l'argument lié à l'atteinte à la liberté du patient. Une telle consécration ne doit évidemment pas conduire à inverser le principe de liberté. Il ne faudrait donc pas plaider pour que tout refus entraîne une sanction pécuniaire. L'exigence doit impliquer de procéder à un examen individuel de chaque situation. Mais, il n'en demeure pas moins que la sanction revient finalement à « dérembourser » une maladie qui de toute façon n'est pas traitée ou mal traitée. Ainsi, il ne paraît pas démesuré de ne pas rembourser un patient pour un traitement qu'il ne suit pas. Ainsi, le droit de consentir n'est, semble-t-il, pas véritablement remis en cause, *a fortiori* lorsque le patient n'est pas contraint *manu militari* de se soumettre à l'acte médical. Finalement, le droit de refuser, fondé sur l'inviolabilité du corps humain, qui découle elle-même du droit au respect de la dignité humaine, ne se retrouve nullement préjudicié dès lors qu'il ne s'agit pas de contraindre l'assuré social à se soumettre à un acte médical. La sanction implique uniquement de limiter le remboursement d'un dispositif, dès lors qu'il n'est pas usité.

87. Des atteintes justifiées par l'objectif poursuivi : une position affirmée par le Conseil d'État dans un autre contexte. Le Conseil d'État, en application du principe de proportionnalité qui justifie classiquement que certains droits fondamentaux puissent être limités, a explicitement affirmé que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs »[300]. D. TABUTEAU[301] avait d'ailleurs, concernant plus précisément le secret médical, affirmé que « Garantir la sécurité sanitaire ou la pérennité d'une assurance maladie fondée sur la solidarité peut ainsi justifier qu'une part de l'information consignée dans les dossiers médicaux puisse être utilisée au bénéfice de la collectivité ». Et d'ajouter, de façon plus générale que « la protection des libertés et de la vie privée comme le respect de la dignité des individus exigent également que les limites du nouveau paradigme du secret médical soient fixées, à l'issue d'un débat public, dans un cadre juridique particulièrement rigoureux, prévoyant des mécanismes compartimentés d'anonymisation et d'intraitables contrôles de la protection du secret ». Il

[300] Cons. const., 29 déc. 2009, n° 2009-599 DC : JO, 31 déc. 2009, p. 22295 à propos de la taxe carbone.
[301] D. TABUTEAU, « Le secret médical et l'évolution du système de santé », D. 2009, p. 2629.

ressort de l'analyse du Conseil d'État que l'atteinte aux libertés fondamentales ne semble pas, dans l'absolu, être un rempart infranchissable à la mise en place d'une sanction en cas de non-observance comme prévu par les arrêtés litigieux. Ce sont d'ailleurs d'autres considérations qui ont essentiellement remis en cause la légalité de l'arrêté ministériel litigieux.

88. L'illégalité des conditions de remboursements prévues par les arrêtés ministériels. Les arrêtés ministériels questionnent quant à leur conformité aux dispositions prévues par l'article L. 165-1 du Code de la sécurité sociale. Cet article dispose que l'inscription d'un dispositif médical sur la liste des produits et prestations remboursables (LPPR) peut être subordonnée au respect de « spécifications techniques, d'indications thérapeutique ou diagnostiques et de condition particulière de prescription et d'utilisation ». Cette formule rend compte de la répartition des rôles normatifs entre les autorités publiques, les fabricants et les professionnels de santé. Or la question demeurait de savoir si la condition d'observance correspondait ou non à l'une des catégories mentionnées, ce qui implique de cerner les contours précis de la LPPR. Tout d'abord, dans le domaine industriel, les spécifications techniques correspondent à l'« énumération des caractéristiques que doit présenter un produit industriel pour remplir le rôle qui lui est dévolu »[302]. Lorsqu'elles sont mentionnées par la LPPR, ces spécifications sont alors des exigences adressées aux fabricants des produits. En l'espèce, de telles spécifications étaient prévues, notamment en ce qui concerne « les caractéristiques techniques que devait avoir le dispositif de transmission de l'observance »[303]. Aussi, les indications thérapeutiques ou diagnostiques s'adressent davantage aux professionnels de santé prescripteurs du produit. Elles renvoient aux « conditions physiologiques du patient dans lesquelles la prescription est jugée pertinente par le pouvoir ministériel »[304]. En l'espèce, il est prévu que la prise en charge du produit était subordonnée à l'identification par le médecin prescripteur d'un symptôme de somnolence diurne, qui devait être associé à d'autres symptômes mentionnés au sein d'une liste limitative[305]. Quant aux « conditions particulières d'utilisation », elles s'adressent

[302] « Spécification », *in* Trésors de la langue française informatisé, Atilf CNRS, www.cnrtl.fr/, 2015 cité par P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 311.
[303] Art. 2 de l'A, 22 oct. 2013.
[304] V. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 311.
[305] Art. 2 de l'A. 22 oct. 2013, I. – Indications de prise en charge par l'assurance maladie obligatoire (AMO). Les symptômes mentionnés sont notamment les ronflements, les céphalées, matinales, ou encore une vigilance réduite.

également aux professionnels de santé, mais non plus au stade de diagnostic de son acte de soin, « mais dans celle consistant à recommander au patient certains soins »[306]. Dans le cas présent, lesdites conditions étaient plutôt concises en mentionnant qu'une « prescription initiale d'un traitement par un appareil à PPC a une durée maximale de 21 semaines »[307]. C'est à la lumière de ces considérations que le Conseil d'État a dû apprécier la condition d'observance contestée.

89. La condition d'observance en l'espèce ne peut s'assimiler à une condition particulière. Le Conseil d'État répond à la question de savoir si la condition d'espèce correspondait aux caractéristiques de l'article L. 165-1 du Code de la sécurité sociale, par la négative, estimant que la condition d'observance mentionnée dans l'arrêté ne correspond pas à une condition particulière de prescription médicale en ce qu'elle ne s'y limite pas. Le Conseil d'État retient alors qu'elle donne un caractère contraignant à la prescription qu'elle ne peut en principe avoir, le principe étant la liberté de se soumettre à l'acte médical. Ainsi, la condition d'observance que prévoyaient les arrêtés ministériels conduisait à vider de sa substance la prescription médicale. Ce faisant, le droit de consentir tendait à être également dénaturé puisque la prescription devenait une norme obligatoire. Et si la condition d'observance, par une lecture extensive de l'article L. 165-1 du Code de la Sécurité sociale aurait pu être assimilée à des conditions d'utilisation, ça serait *a priori* celles qui sont recommandées par le fabricant et non pas celles de l'utilisation effective par le patient et les professionnels de santé[308]. Une telle hypothèse ne peut être envisagée dès lors que la procédure d'inscription sur la liste des produits remboursables doit précéder les utilisations effectives des produits par les patients, ce qui veut dire que seules les utilisations recommandées par le fabricant peuvent constituer des conditions d'utilisation. Et en réalité, c'est à lui que s'adressent les conditions d'utilisation formulées par la LPPR et non au patient qui n'en est que le bénéficiaire. Par ailleurs, une condition d'observance puisqu'elle impose une utilisation effective du dispositif médical ne peut nullement être assimilée à une simple utilisation du produit[309]. Autrement dit, imposer une utilisation ne peut se confondre avec les modalités de son usage, qui, pour remplir les conditions de l'article L. 165-1 du Code de la sécurité sociale, auraient dû être explicitement mentionnées. La solution adoptée

[306] V. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 311.
[307] Art. 2 de l'A. 22 oct. 2013, II – 4.
[308] V. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 304.
[309] *Ibid.*, p. 311.

par le Conseil d'État, relativement logique compte tenu des dispositions de l'article L. 165-1 du Code de la sécurité sociale, ne bouleverse nullement le droit de la santé et de la Sécurité sociale. Néanmoins, elle apporte des précisions importantes permettant de clarifier le débat.

90. Les conditions d'utilisation qui ne peuvent être dissociées de la prescription médicale : des incidences certaines sur le choix du patient. Sur le fond du droit et les enjeux éthiques concernant le patient, les conditions d'utilisation ne doivent pas être totalement dissociées de la prescription médicale, bien qu'elles n'aient pas de force contraignante. En effet, par essence, elles vont orienter l'observance du patient et donc en tout état de cause, y jouer un rôle déterminant. D'où l'intérêt du débat. Et les conditions d'utilisation, même si elles n'ont aucune force contraignante parce qu'elles ne constituent pas une condition d'observance, « n'orientent pas moins le contenu de la prescription médicale et, in *fine*, le comportement du patient lui-même »[310]. C'est alors que les frontières entre conditions d'utilisation et prescription médicale peuvent sembler brouillées. Par ailleurs, l'automaticité de la sanction que prévoyaient les arrêtés ministériels litigieux n'était pas non plus satisfaisante.

91. L'illégalité de l'automaticité de la sanction. Alors qu'il est prévu que les sanctions découlant de l'article L. 324-1 précité du Code de la sécurité sociale[311], afin d'être appliquées, doivent faire l'objet d'une appréciation individuelle des circonstances. Il en ressort que la sanction doit être justifiée par de réels arguments médicaux, et ne peut de ce fait être automatique. Comme pour toute prise en charge par l'assurance maladie, l'appréciation des conditions concrètes de l'observance d'un traitement par le patient doit faire l'objet d'un examen de la part du médecin. Dans ce contexte, le médecin n'est évidemment pas prescripteur de sanction, mais celle-ci doit nécessairement reposer sur son expertise afin d'éviter des sanctions injustifiées. Ainsi, on ne saurait nier les propos suivants : « au-delà des stricts indicateurs de temps moyen d'utilisation par jour, il devrait rester une place pour une appréciation individuelle et individualisée du praticien afin de justifier par des arguments médicaux un éventuel maintien du remboursement malgré une observance insuffisante. Cet examen de la situation du patient embrassé avec le tact et la

[310] *Ibid*., p. 304.
[311] V. *supra*, n°71 : l'article L. 324-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que les patients atteints d'une affection longue durée sont soumis à une série d'obligations d'observance sous peine de voir leurs prestations suspendues, réduites, ou supprimées.

mesure qui s'impose à la profession médicale devrait permettre de traiter l'ensemble des problématiques concrètes des soins »[312]. Or, l'arrêté ministériel litigieux semblait consacrer une certaine automaticité de la sanction. Cette automaticité exclut donc au préalable une évaluation circonstanciée, alors que le médecin doit faire de ses prescriptions un moyen d'améliorer la qualité de soin. Une telle automaticité augmente ainsi le risque de conduire à des situations injustes. Au surplus, l'existence d'une condition d'observance est susceptible de mettre en péril l'objectif de maîtrise des dépenses, dès lors que pour vérifier si le patient se soumet aux traitements prescrits, d'autres prescriptions devront être ordonnées telles que des bilans en laboratoire, ce qui risquerait d'augmenter davantage le coût de santé. L'automatisme de la sanction n'est donc pas satisfaisant tant il est indispensable qu'une place soit laissée à une évaluation individuelle afin d'éviter que la prescription médicale et la liberté du patient ne soient dénaturées. À travers la décision étudiée, on voit que le Conseil d'État dans son arrêt de 2014 prend une décision non pas pour des considérations sanitaires, mais bien pour des raisons juridiques. D'une part, il estime que l'inscription d'un dispositif médical au remboursement est subordonnée au respect des conditions particulières d'utilisation et non à l'observance du traitement par le patient. D'autre part, il retient que les ministres signataires ne sont pas habilités à subordonner, par voie d'arrêté, le remboursement du dispositif à une condition d'utilisation effective par le patient.

92. Du point de vue purement sanitaire, la sanction de l'inobservance — déjà admise par les textes et permise grâce à la téléobservance — représente sans nul doute « de grands espoirs de progrès sanitaires et d'équilibre budgétaire pour la sécurité sociale »[313]. Il faut néanmoins veiller à préserver la proportionnalité, en évitant les règles trop générales qui porteraient atteinte de façon démesurée aux droits fondamentaux du patient, du droit de la sécurité sociale et du droit de la santé c'est pourquoi l'intervention du législateur est nécessaire[314]. S'il est certain que le législateur doit intervenir, cela n'exclut pas l'idée d'une responsabilisation justifiée dès lors que l'objectif poursuivi est l'équilibre financier, indispensable au maintien du bon fonctionnement du système de santé.

[312] V. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit., p. 304.
[313] *Ibid.*, p. 311.
[314] *Ibid.*, p. 300.

93. Conclusion. La possibilité de sanctionner la non-observance est permise grâce au développement de la télémédecine qui a permis de surveiller le patient à distance par le biais d'instruments de télétransmission. Le droit de l'assurance maladie a su tirer profit de ces nouvelles technologies afin de réguler le budget national. Et quand bien même l'efficacité de ces mesures n'a pas encore été démontrée, il n'en reste pas moins qu'elles soutiennent l'idée d'une responsabilisation[315]. Si la jurisprudence du Conseil d'État a dû intervenir pour préciser les contours des textes de loi en matière de prise en charge des dispositifs médicaux, elle a laissé le droit de la santé et le droit de la Sécurité sociale inchangés. Néanmoins, l'analyse à laquelle les juges se sont prêtés a révélé de nombreux enjeux qui dépassent de loin le cadre strict de la prise en charge de l'apnée du sommeil. Ainsi, si ces nouvelles pratiques présentent des vertus et apparaissent comme des instruments redoutables de gestion du risque sanitaire, ce n'est pas sans soulever de nombreuses questions auxquelles le législateur doit répondre dès lors que sont concernés les principes fondamentaux du droit de la Sécurité sociale et de la santé. Par le jeu de la prudence et de la proportionnalité, ces sanctions deviennent sans nul doute des instruments de régulation du droit de consentir, indispensables à la survie de notre système de santé, mais il est d'importance, à la lumière de la jurisprudence du Conseil d'État, que la mise en place des sanctions fasse l'objet d'une appréciation rigoureuse et étayée.

Conclusion de la section II. Le droit de l'assurance comporte de nombreuses mesures visant à « responsabiliser l'assuré social »[316], l'incitant ainsi à adopter un comportement vertueux à l'égard du système de santé. Dans cette perspective, alors que le droit de l'assurance maladie se présente avant tout comme un instrument de solidarité, permettant un accès de plus en plus large aux soins, il pourrait prendre la forme d'instrument disciplinaire, c'est-à-dire de régulation du comportement par la menace d'une sanction ; faisant de l'observance une condition de remboursement des soins[317]. De façon pragmatique, il est largement concevable qu'un non-suivi déraisonnable des traitements pourtant préconisés par les politiques et professionnels de santé, ayant pour conséquence une mauvaise utilisation du budget relatif à la santé impose d'accompagner les droits des usagers du système de santé de responsabilités de nature à garantir l'efficience du système

[315] V. en ce sens A. LAUDE, « Le comportement du patient : une condition du remboursement des soins ? », art. cit., p. 936.
[316] G. HUTEAU, art. cit.
[317] V. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit.

de soins et des principes sur lesquels il repose[318]. L'introduction des techniques de télémédecine se révèle donc être un réel outil de responsabilisation, dès lors qu'il participe à une meilleure observance par le patient des traitements[319]. Les appareils et appareillages de soins, aujourd'hui appelés dispositifs médicaux, conduisent à modifier significativement les rapports entre les professionnels de santé et les patients. Ainsi, la surveillance de l'observance devient sans nul doute un outil d'amélioration de la qualité du système de soins, dès lors qu'il permet à l'assurance maladie d'avoir un regard attentif sur la prise en charge des malades, et de sanctionner la mauvaise observance. Il reste que l'analyse de la décision du Conseil d'État de 2014 révèle l'importance que ces sanctions reposent sur une expertise médicale préalable, et qu'elles soient justifiées par des arguments médicaux afin de ne pas conduire à des solutions iniques.

[318] Art. L. 1111-1 du CSP.
[319] C. SAOUT et *al.*, « Pour une politique nationale d'éducation thérapeutique », rapport, sept. 2008.

Conclusion du chapitre I

En opposition au droit de la santé — *entendu sous son sens strict* — qui met l'accent sur la liberté de l'individu, le droit de l'assurance maladie dévoile un aspect contraignant, en raison notamment des incidences du non-suivi des recommandations médicales sur le coût de la santé[320]. Tant les chiffres relatifs aux dépenses de santé, que la mise en place de sanctions par le déremboursement témoignent de l'insuffisance des programmes d'accompagnement dans l'objectif de gestion des dépenses publiques. C'est pourquoi la sanction apparaît comme un instrument redoutable et par ailleurs souhaitable de gestion des dépenses de santé. Mobilisée par les politiques de santé publique, « l'observance tend (alors) à constituer une technique parmi d'autres d'orientation des comportements vers la réalisation d'objectifs sanitaires »[321], transformant l'assurance maladie en « instrument de responsabilisation des patients »[322]. Néanmoins, dès lors que sont en jeu les principes essentiels, sinon fondateurs du droit de la sécurité sociale et les libertés individuelles du patient, tel que le Conseil d'État le retient à juste titre dans sa décision de 2014, la consécration d'une condition d'observance nécessite un recours à la loi. Il est certain que l'intrusion dans la vie privée et l'ingérence dans le droit de consentir, bien qu'elles questionnent et impliquent une mise en balance des intérêts, sont déterminantes pour l'anticipation des risques, le développement de la prévention, la rationalisation des traitements et la réduction des inégalités et de santé. Ainsi, on ne saurait nier le fait que « si l'impact de ces mesures sur les comportements des individus ou des patients reste à démontrer, il n'en demeure pas moins qu'elles confortent l'idée d'une responsabilisation des patients »[323].

[320] V. chapitre 1er ; G. HUTEAU, art. cit. ; V. VIOUJAS, art. cit. ; v. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit. ; A. LAUDE, « Le comportement du patient : une condition de remboursement des soins ? », art. cit.
[321] V. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit.
[322] V. M. GIRER, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social : un concept vertueux ? », art. cit. ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », art. cit.
[323] A. LAUDE, « Le comportement du patient : une condition du remboursement des soins ? », art. cit.

CHAPITRE II
LES SANCTIONS JUSTIFIÉES PAR L'OBJECTIF DE PROTECTION DES TIERS

94. Le refus de se soumettre à l'acte médical peut engendrer des risques pour autrui, ce qui s'illustre essentiellement par le facteur contagieux transmissible des agents infectieux, lesquels pourraient être évités par des actes de prévention, ou encore éliminés par des traitements appropriés. Mais d'autres situations encore impliquent une ingérence dans le droit de consentir : le maintien de l'ordre public qui peut être mis en péril lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux représente un danger pour la collectivité. Dans les deux situations, le droit de consentir doit être limité dans un objectif de protection des tiers et de la collectivité dans son ensemble. Et, « si le code de la sécurité sociale comporte de nombreuses obligations à la charge des assurés, le Code de la santé publique n'en est pas exempt »[324]. Le législateur a alors consacré des sanctions en cas de refus de se soumettre à certains actes médicaux (Section II), justifiées par la nécessité de protéger les tiers (Section I).

SECTION I. LA NÉCESSITÉ DE PROTÉGER LA SANTÉ ET LA SÉCURITÉ DES TIERS

95. Propos liminaires. L'état de santé de la population dépend à la fois du bon fonctionnement du système de soins et de facteurs exogènes, qu'ils soient individuels, tels que les facteurs socio-économiques ou culturels ; ou encore collectifs, tels que les facteurs environnementaux. La qualité ensuite de la prise en charge dépend de plusieurs variables, entre autres les bonnes pratiques professionnelles et l'observance des patients. La non-observance d'un individu entraîne sans nul doute des risques pour les tiers, au regard tant de leur santé que de leur sécurité.

96. La réalité des maladies infectieuses susceptibles d'emporter des conséquences sur la santé des tiers. Si l'exemple du facteur contagieux n'a plus rien d'original, il reste le plus évocateur : un patient atteint d'une maladie infectieuse, s'il n'est pas traité, a plus de chances de transmettre l'agent infectieux, dès lors que celui-ci est transmissible. Dans

[324] D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », art. cit., p. 42.

certains cas, la liberté absolue de l'individu aura pour effet d'exposer la collectivité à un risque sanitaire grave. D'ailleurs, le Comité national d'éthique, dans l'avis n° 87[325], soulignait déjà en 2005 que « toute société, confrontée à des refus de vaccination de la part d'une minorité se trouve en danger. Les pays qui, par exemple, n'ont pas réussi à convaincre l'ensemble d'une population de la nécessité de vacciner contre la poliomyélite permettent à ce virus, qui n'a pas qu'un portage humain, de continuer à être une menace (…). La manifestation de la liberté de la personne s'arrête donc à celle de la sécurité du groupe ». Si l'objectif est de « convaincre l'ensemble d'une population de la nécessité de vacciner contre la poliomyélite (…) », il devient indéniable que le concept de responsabilisation doit être mobilisé. L'efficacité des vaccins au regard de l'épidémiologie des maladies infectieuses a fait ses preuves. D'ailleurs, la pandémie de covid-19, par son ampleur planétaire, a certainement élargi cette prise de conscience.

97. La prise en charge des maladies : réels impacts sur la santé collective. Depuis 1900, la population mondiale a été multipliée par cinq[326]. L'espérance de vie a augmenté de trente-cinq années, atteignant ainsi 70 ans dans les pays européens, 73 ans dans le monde et 64 ans sur le continent africain[327]. Des auteurs estiment à vingt ans au moins le gain d'espérance de vie qui peut être attribué à la « révolution pastorienne »[328], c'est-à-dire aux énormes progrès de l'hygiène qui ont débuté avec l'antisepsie de Pasteur, l'asepsie de Lister, le lavage des mains de Semmelweis, la découverte des maladies infectieuses et de leurs causes, les vaccinations qui se généralisent durant le XX^{e} siècle, puis l'apparition de l'antibiotique en 1940.

98. L'expérience de la vaccination révélatrice de l'importance de se prémunir contre certaines pathologies au bénéfice de la population entière. L'expérience relativement ancienne des vaccins atteste de l'efficacité de la vaccination sur la morbidité

[325] Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, « Refus de traitement et autonomie de la personne », avis n° 87, avr. 2005, p. 13.
[326] V. Nations Unies, « World Population Prospects », 2022, transcrit sur le site de l'Institut national d'études démographiques :
https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/tous-les-pays-du-monde
[327] *Ibid*.
[328] V. F. TRÉMOLIÈRE, « Les vaccins sont essentiels pour le contrôle des maladies infectieuses. Alors pourquoi tant de remous ? », Vidal, 30 sept. 2021 https://www.vidal.fr/actualites/27974-les-vaccins-sont-essentiels-pour-le-controle-des-maladies-infectieuses-alors-pourquoi-tant-de-remous.html ; L. PERNO, « Argument de l'espérance de vie », Le Monde, 29 mai 2013,
https://www.lemonde.fr/blog/expertiseclinique/2013/05/29/argument-de-lesperance-de-vie/#more-125

et la mortalité liées à la maladie infectieuse ciblée, et révèle par ailleurs l'importance des choix de chacun face à la santé. La vaccination, à elle seule, a sauvé plusieurs centaines de millions de vies. En ce début de XXI[e] siècle, l'OMS affirme que deux à trois millions de morts sont évités chaque année[329] grâce à la vaccination, chiffres qui pourraient se voir accroitre avec le vaccin contre le SARS-CoV-2. Une quantification du bénéfice des vaccinations a été faite par une étude américaine publiée dans la revue des *Centers of Diseases Control and Prevention*[330]. En 20 ans, pour 12 affections couvertes par 12 vaccins administrés durant la première année de vie, le nombre de cas de maladies infectieuses évitées est estimé à plus de 320 millions, le nombre d'hospitalisations à 21 millions, et celui des décès à 732 000 pour les États-Unis seulement. Par un raisonnement *a contrario*, ces chiffres, au-delà de révéler les bénéfices incontestables de la vaccination, nous montrent à quel point le refus de chaque personne de se prémunir contre certaines maladies infectieuses est une affaire de santé publique. Songeons par ailleurs à une autre hypothèse, également peu abordée par le droit, mais qui témoigne du rapport entre la prise de décision de chacun de se soumettre ou non à un traitement médical et les tiers ; celle du refus de traitement antituberculeux qui d'après l'avis n° 87 sus-évoqué pose également un problème de santé publique. À juste titre, les membres du comité affirment qu'« un malade porteur de bacilles tuberculeux qui refuse de se traiter continue à disperser dans l'atmosphère des bacilles contaminants. Ici, deux formes d'adaptations entrent en contradiction, celle de la société aux malades et celle des malades à la société ». Ainsi, refuser de se soumettre au traitement antituberculeux, ou de toute autre pathologie contagieuse, comporte des risques pour les tiers alors que le traitement réduit considérablement la charge virale rendant le sujet non contaminant.

99. Dès lors, il nous semble légitime d'appuyer les propos d'É. ARON mentionnant qu'« il est regrettable que la loi du 4 mars 2002 ne souligne pas que la santé est devenue un problème de société et que son avenir est avant tout une médecine préventive qui dépend à la fois de la collaboration de la médecine et de la coopération confiante de la population ». Et d'ajouter « quelles mesures sont envisageables pour ces futurs malades qui

[329] V. F. TRÉMOLIÈRE, art. cit.
[330] C.G. WHITNEY, F. ZHOU, J. SINGLETON, A. SCHUCHAT, Centers for Disease Control and Prevention (CDC), « Benefits from immunization during the vaccines for children program era - United States, 1994-2013 », 2014.

compromettent leur santé ? N'est-ce pas le devoir qui devrait susciter le droit ? »[331]. Si le refus peut avoir des répercussions sur toute une population renvoyant ainsi à la question de l'intérêt général, il peut également avoir des incidences négatives sur les intérêts particuliers des tiers, ne menaçant pas uniquement des intérêts à caractère public. Au-delà de la protection de la santé de la population, la sécurité des tiers justifie également que des mesures contraignantes soient prises à l'encontre des individus qui présentent un danger pour la population. Cette affirmation renvoie à la situation des personnes atteintes de troubles mentaux.

100. L'impact du refus de se soumettre aux soins sur la sécurité des personnes. Les troubles mentaux. Une personne atteinte de troubles mentaux et qui n'est pas prise en charge peut présenter, dans certains cas, un danger pour les autres. Une telle mise en perspective ne surprend pas dès lors que certaines personnes atteintes de troubles mentaux sont dépourvues de discernement et ne savent faire la différence entre le bien et le mal, si bien qu'elles sont susceptibles d'adopter des comportements dangereux pour elles-mêmes, mais également pour la collectivité. D'ailleurs, de nombreuses études établissent l'existence d'une corrélation entre troubles mentaux et dangerosité[332]. Il n'est pas question de révéler l'ensemble des études qui démontrent le lien entre troubles mentaux et dangerosité[333], ni d'entrer dans les controverses dont la matière est empreinte, mais simplement de partir d'un postulat assez évident : une personne qui ne dispose pas de ses capacités mentales est susceptible d'être un danger non seulement pour elle-même, mais également pour les autres. Pour appuyer un tel constat, songeons au cadre législatif relatif aux soins psychiatriques sans consentement[334], qui prévoit une ingérence dans le droit de consentir, justement justifiée par les risques graves pour l'ordre public. En tout état de cause, qu'il génère un risque pour la santé ou pour la sécurité d'autrui, cela justifie que l'État intervienne pour réguler le droit de consentir.

Conclusion de la section I. Le refus de se soumettre à un acte médical est susceptible de créer un risque sanitaire, mais de menacer la sécurité des tiers. C'est notamment le cas

[331] É. ARON, « Le devoir de santé », Académie nationale de médecine, séance du 20 janv. 2004.
[332] V. en ce sens C. GHEORGHIEV, P. RAFFRAY et F. de MONTLEAU, « Dangerosité et maladie mentale », L'information psychiatrique, 2008, vol. 84, n° 10, pp. 941-947.
[333] Pour des références à des études qui démontrent le lien entre troubles mentaux et danger pour autrui, v. *ibid.*
[334] V. *infra*, n°101 et s.

lorsqu'une personne ne se prémunit pas contre certaines maladies, ou refuse de se soumettre à des traitements qui réduiraient considérablement la charge virale ou bactérienne de la pathologie concernée, ou encore lorsque ne sont pas prises les mesures nécessaires contre une personne atteinte de troubles mentaux qui présente un danger pour la collectivité. Ainsi, la nécessité d'instaurer un cadre juridique se fonde sur des besoins sanitaires, mais aussi sécuritaires. Il devient alors impératif que chacun prenne conscience de la nécessité de chercher un équilibre entre les risques individuels, et les risques pour autrui. Cette quête de l'équilibre s'est traduite par la consécration par le législateur de sanctions identifiées, destinées à protéger la santé collective, de nature à conforter l'objectif de responsabilisation.

SECTION II. LES SANCTIONS ADMISES PAR LE DROIT POSITIF

Si les sanctions liées à l'assurance maladie sont les plus illustratives, le droit a su mettre en place d'autres mesures restrictives du droit de refuser dépassant cette fois-ci le domaine du droit de la sécurité sociale, dans l'objectif notamment, de protéger les tiers ou la collectivité. Deux situations majeures où le consentement est contraint ont été identifiées et méritent une attention particulière. La première renvoie au cas particulier d'ingérence dans l'exercice du droit de consentir, prévue pour les personnes atteintes de troubles mentaux. Si dans cette situation, le consentement est effectivement contraint par des mesures, elles ne sont pas véritablement constitutives d'une sanction. Néanmoins, elles n'en influent pas moins sur le consentement du patient, si bien qu'elles doivent trouver place au sein de nos travaux. Quant à la seconde hypothèse, elle concerne le droit du travail qui implique tant les salariés que les employeurs dans le processus de responsabilisation, en prévoyant une forme de sanction économique en cas de manquement aux obligations vaccinales qui s'imposent à certaines structures et professions bien identifiées. Tout d'abord, compte tenu de la nature de l'étude, il est capital d'évoquer le cas particulier des soins psychiatriques contraints (§1). Ensuite, seront abordées les sanctions prévues au sein de l'entreprise en cas de refus de se soumettre à un acte médical, dont le débat a été actualisé par les mesures prises dans le contexte pandémique lié à la covid-19 (§2).

§1. Le cas particulier des soins psychiatriques contraints

101. L'encadrement des soins contraints en psychiatrie souligne la nécessité de concilier la protection de la personne atteinte de troubles mentaux avec celle des tiers et de la collectivité dans son ensemble. D'où l'intérêt d'évoquer ce cas particulier de soins sans consentement avant de le mettre en perspective avec le concept de responsabilisation. Avant toute chose, il est important de souligner qu'en matière de soins psychiatriques, le principe est celui de la liberté de soins[335] et que les soins sans consentement constituent une dérogation à ce principe. Ce n'est que lorsque le consentement du malade n'est pas recherché que l'objectif de responsabilisation, dans sa composante collective questionne, dès lors qu'il peut être constaté une forme de contrainte. Certains textes organisent alors une ingérence en matière médicale au nom de la protection d'autrui ou la sauvegarde de l'ordre public. Parmi ces textes, figure la loi du 5 juillet 2011 sur les soins psychiatriques[336] modifiée par la loi du 27 septembre 2013[337] qui organise diverses modalités d'admission en soins psychiatriques sans le consentement de la personne concernée, soit lorsque les troubles mentaux de la personne rendent impossible son consentement et que « son état mental impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante[338] », soit lorsque les troubles mentaux de la personne nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public[339]. C'est ainsi que le Code de la santé publique réglemente, aux articles L. 3211-1 à L. 3216-1, le déclenchement et le déroulement de ce qu'il désigne comme les soins psychiatriques sans consentement. Dans le cadre de l'étude des ingérences organisées par le droit en matière de soins psychiatriques, il faut évoquer deux hypothèses intéressantes, pour lesquelles la question de la responsabilisation se pose. La première, la plus connue, correspond à la situation où le sujet de droit est soumis à des soins sans que son consentement soit requis : les pouvoirs publics sont habilités à intervenir *manu militari* afin de protéger le malade lui-même ou l'ordre public, passant complètement outre le consentement de la personne. Dans cette hypothèse,

[335] Dans ce cas, en vertu de l'article L. 3211-2 du Code de la santé publique, le malade dispose « des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux reconnus aux malades soignés pour une autre cause ».
[336] L. n° 2011-803, 5 juill. 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.
[337] L. n° 2013-869, 27 sept. 2013, modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.
[338] Art. L. 3212-1-1 du CSP.
[339] Art. L. 3213-1-1 du CSP.

la place de la responsabilisation dépend du degré de discernement du malade et des modalités de prise en charge. La place de la responsabilisation est alors limitée (I). La seconde renvoie à la situation où le consentement est conditionné. Il s'agit du cas où la responsabilité pénale du condamné est subordonnée au consentement aux soins requis par le juge. Dans un tel cas, le patient a le choix entre les soins et la condamnation pénale prononcée par le juge. Ainsi, la justice pénale a parfois recours à des dispositifs dans lesquels le soin peut être imposé ou enjoint à la personne : il s'agit de soins « pénalement ordonnés »[340]. Dans cette situation, la responsabilisation trouve une place incertaine (II).

I. Les soins psychiatriques sans consentement : la place limitée de la responsabilisation

L'étude impose avant tout de décrire brièvement le dispositif relatif aux soins psychiatriques sans consentement (A) avant que la place de la responsabilisation en son sein puisse être discutée (B).

A. Le dispositif

Avant de décrire le dispositif concernant la prise en charge des patients en soins psychiatriques sans consentement (2), il est nécessaire de faire un bref rappel de l'évolution historique des modes d'intervention de la psychiatrie contrainte (1).

1. Évolution historique des modes d'intervention de la psychiatrie contrainte

102. Propos liminaires. Le cadre légal relatif aux soins psychiatriques sans consentement est une dérogation importante et particulière à la liberté de se soigner, ce pourquoi ils sont strictement encadrés par les textes. Les soins psychiatriques sous contrainte se justifient par l'impossibilité du sujet à consentir en raison de troubles mentaux[341]. Les troubles mentaux sont susceptibles de rendre impossible le recueil du consentement de la personne qui en est atteinte, alors que son état de santé ou la sécurité des tiers requiert qu'elle soit prise en charge. Ces situations de nécessité justifient la

[340] V. S. THÉRON, *Les soins psychiatriques sans consentement*, Dunod, coll. Aide-Mémoire, 2017, p. 7 ; A.-C. BERTHET, *L'acte médical imposé,* thèse, université d'Aix-Marseille, 2012.
[341] M. ABONDO, « Les soins psychiatriques sous contrainte », *in* M. LE GUEUT (coord.), *Médecine légale, droit de la santé*, Ellipses, coll. Réussir l'ECN, 2012, pp. 93-171.

dérogation au principe de liberté de se soigner, même s'« il n'existe pas de critères cliniques consensuels de l'inaptitude à consentir »[342]. Cet encadrement par la loi conduit non seulement à assurer de façon la plus optimale possible le respect des droits des patients, mais révèle aussi la nécessité de protéger le malade, les tiers, et l'ordre public. Dans le cadre de ce rappel chronologique, plusieurs périodes doivent être distinguées. C'est en 1838[343] que les premiers textes sur les soins psychiatriques sans consentement ont vu le jour. Le texte de 1838 fera l'objet d'une première révision le 27 juin 1990[344] et sera suivi par la loi du 5 juillet 2011[345]. La dernière loi qui intervient en la matière est celle du 27 septembre 2013[346] dont l'objectif principal est de renforcer le droit des patients.

103. La loi du 30 juin 1838. La loi du 30 juin 1838[347], première grande loi en la matière, dite loi Esquirol, marque pour la première fois l'intérêt de prendre en charge les personnes atteintes de troubles mentaux. Cette loi apparaît comme un texte protecteur de l'individu lui-même et de la société dans son ensemble[348]. Il est à ce moment question d'un enfermement et de soins sans consentement. La loi prévoit deux modalités[349] d'admission : la première prend la forme d'une hospitalisation à la demande d'un tiers, et la seconde d'un placement d'office qui incombe au préfet pour les personnes « dont l'état compromet l'ordre public ou la sûreté des personnes ». La loi témoigne par ailleurs de l'intérêt porté au respect des droits des malades dès lors qu'elle impose aux autorités[350] d'effectuer des visites. Les personnes qui font l'objet d'une hospitalisation ou de soins sans consentement ont la possibilité de saisir ces mêmes autorités pour faire d'éventuelles réclamations relatives à leurs conditions de vie. Dans la même lignée, la loi impose à l'établissement et au médecin

[342] F. DESCARPENTRIES, *Le Consentement aux soins en psychiatrie*, L'Harmattan, coll. Santé, sociétés et cultures, 2007, p. 116.
[343] Loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, dite loi Esquirol.
[344] L. n° 90-527, 27 juin 1990, relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, JO n° 150.
[345] L. n° 2011-803, 5 juill. 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO n° 0155.
[346] L. n° 2013-869, 27 sept. 2013, modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO n° 0227.
[347] Loi du 30 juin 1838, précit.
[348] V. en ce sens A. GRABOY-GROBESCO, « Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades », AJDA 2004, p. 65 ; P. ABERKANE, « Contribution à l'étude de l'évolution de la prise en charge des personnes hospitalisées sous contrainte », RGDM mars 2014, n° 50, p. 127.
[349] Pour davantage de précisions sur les modalités, v. S. THÉRON, *op. cit.*, p. 20 et s.
[350] Il peut s'agir du ministre de l'Intérieur, des présidents du tribunal, du procureur, ou encore du maire de la commune.

de tenir un registre qui doit rendre compte de l'évolution de l'état du patient. De façon plus générale, la loi interdit explicitement tout internement arbitraire et prévoit pour le malade ou son représentant le droit de se présenter devant un tribunal compétent pour demander sa sortie. Si cette loi se montre particulièrement révolutionnaire en ce qu'elle prévoit pour la première fois un cadre légal visant la protection des personnes atteintes de troubles mentaux, elle fait très rapidement l'objet de vives critiques, car ne protégeant pas suffisamment les droits des malades. N'étant pas une priorité politique, cette loi continuera à s'appliquer jusqu'en 1990, alors que quelques projets épars de réforme avaient été proposés[351].

104. La loi du 27 juin 1990. La loi de 1990[352] relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation renforce les droits des patients. La terminologie en témoigne d'ailleurs : il n'est plus question d'« aliénés », comme c'était le cas dans la loi de 1838, mais de « personnes atteintes de troubles mentaux ». La loi reconnaît alors le principe d'une hospitalisation libre, c'est-à-dire avec le consentement de la personne[353]. La loi maintient les deux modalités de soins[354]. Le placement volontaire prévu par l'ancienne loi devient l'hospitalisation à la demande d'un tiers[355] et le placement d'office est substitué par l'hospitalisation d'office[356]. La première modalité est désormais subordonnée à l'impossibilité de recueillir le consentement du malade en raison de ses troubles d'une part, et à la nécessité de le soumettre à des soins immédiats d'autre part. Afin d'éviter les hospitalisations abusives, la loi impose deux certificats médicaux. Concernant la seconde modalité, comme auparavant, il faut qu'elle soit justifiée par des considérations de police. C'est sur la protection des patients sous hospitalisation contrainte que se concentre particulièrement la loi. L'ancien article L. 326-3 du Code de la santé publique prévoit que les restrictions aux libertés des patients « doivent être limitées à celles nécessitées par leur état de santé et la mise en œuvre de leur traitement ». Le texte permet, par ailleurs, les sorties d'essai[357] et consacre aussi plusieurs catégories de droits : « les droits de la défense permettant aux personnes de faire entendre

[351] Notamment, la proposition de Clémenceau du 16 décembre 1904 relative aux garanties de la liberté individuelle.
[352] L. n° 90-527, 27 juin 1990, relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.
[353] Anc. art. L. 326-2 du CSP.
[354] Pour plus de précisions sur les modalités, v. S. THÉRON, *op. cit.*, p. 22.
[355] Anc. art. L. 333 et s. du CSP.
[356] Anc. art. L. 342 et s. du CSP.
[357] Anc. art. L. 350 du CSP.

leur voix en dehors de l'hôpital », « les droits fondamentaux sans le respect desquels le malade perdrait sa dignité », dont le droit au respect est explicitement consacré[358]. La loi de 1990 crée aussi une instance administrative[359] dont la mission est d'opérer un contrôle sur les hospitalisations, aux côtés des instances traditionnelles c'est-à-dire le maire, le préfet, le juge d'instance et le président du tribunal de grande instance.

105. La loi du 5 juillet 2011 et les modifications apportées par la loi du 27 septembre 2013. Si la loi de 1990 est salutaire au regard de l'évolution qu'elle opère en termes de garanties des droits des patients, le législateur a voulu introduire, aux côtés de l'hospitalisation sans consentement, d'autres modalités de soins sans consentement moins contraignantes. À cet effet, plusieurs rapports[360] se sont succédés, et c'est la loi du 5 juillet 2011[361] qui y donne une réponse favorable en consacrant le dispositif actuellement en vigueur. Cette loi a entraîné des bouleversements majeurs dans les modes de prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux[362]. La loi de 1990 qui la précédait ne prévoyait que l'hospitalisation qui éventuellement pouvait être assortie d'une sortie d'essai. La loi de 2011, elle, intègre dans les modalités de soins, une possibilité de modulation, et précise par ailleurs, dans l'article L. 3211-2 al 2 qu'elle introduit, que l'admission en soins psychiatriques libres doit être « privilégiée lorsque l'état de la personne le permet ». La loi de 2011 a, dans ce contexte, introduit la possibilité que la prise en charge, après une observation de 72 h en milieu hospitalier, prenne la forme soit d'une hospitalisation complète, soit, selon les termes de l'article L. 3211-2-1 du Code de la santé publique, « une autre forme, incluant des soins ambulatoires, pouvant comporter des soins à domicile (…) et, le cas échéant, des séjours effectués dans un établissement de soins ». Ces mesures sont prises sur la base d'un « programme de soins » précisant « la forme que revêt l'hospitalisation partielle en établissement de santé ou la fréquence des consultations ou des

[358] Anc. art. L. 326-3 du CSP.
[359] Anc. art. L. 332-3 du CSP.
[360] V. par ex. H. STROHL, « Groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990 », CNCDH, « Avis sur la maladie mentale et les droits de l'homme », « Étude sur la maladie mentale et les droits de l'Homme », 2008 ; E. PIEL et J.-L. ROELANDT, « De la psychiatrie vers la santé mentale », rapport, 2001.
[361] L. n° 2011-803, 5 juill. 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.
[362] V. en ce sens E. PÉCHILLON, « Le nouveau cadre juridique des soins sous contrainte en psychiatrie : une réforme polémique », JCP A 2011, 2295 ; V. DOUMENG, « De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques… La fin de l'autorisation de soins », McGill Law Journal 2012, vol. 57, n° 3, p. 553.

visites en ambulatoire ou à domicile et, si elle est prévisible, la durée pendant laquelle ces soins sont dispensés »[363]. La loi de 2011 désinstitutionnalise les soins[364]. Elle a néanmoins maintenu, à titre d'exception, les deux cas de soins sous contrainte créés par la loi de 1838 et préservés en 1990. Ils sont devenus pour l'un, l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État et, pour l'autre, l'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers. La loi nouvelle crée par ailleurs une nouvelle forme d'admission qui est celle pour péril imminent qui intervient sans trouble à l'ordre public ni tiers demandeur. La loi du 5 juillet 2011 modifie alors de façon sensible les modalités de soins sans consentement et fait évoluer les garanties juridictionnelles. Par ailleurs, à travers ce texte, le législateur consacre le principe d'un contrôle systématique du juge des libertés et de la détention sur les hospitalisations et procède à une unification de la compétence au profit du juge judiciaire : il est désormais compétent pour statuer tant sur le bien-fondé de la décision que sur sa régularité, tendant ainsi à renforcer alors les garanties des patients.

106. Correctifs apportés par une loi du 27 septembre 2013. La loi du 27 septembre 2013[365] y apporte quelques correctifs. Cette loi a été adoptée à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel rendue sur QPC le 20 avril 2012[366]. Inscrite dans le mouvement de renforcement des droits des patients, la loi de 2013, en sus de corriger l'inconstitutionnalité de certaines dispositions, a pour objectif de permettre un accès aux soins davantage respectueux des droits des patients. La loi de 2013 rappelle que le principe demeure la liberté et que les soins contraints doivent être exceptionnels et souligne par ailleurs la nécessité que les soins, lorsqu'ils sont contraints, fassent l'objet de contrôle. Mais l'apport majeur réside dans la consolidation des droits dans le cadre de la prise en charge : le texte consolide le caractère médical de la prise en charge notamment dans le cadre des programmes de soins et renforce les droits des patients dans la procédure des soins sans consentement, mais aussi dans le cadre du contrôle opéré par le juge judiciaire sur les mesures de soins[367]. Globalement, le texte modifie l'accès aux soins sur deux points. Concernant le premier, le

[363] Art. R. 3211-1 du CSP.
[364] V. en ce sens M. COUTURIER, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », RDSS 2014, p. 120 ; V. DOUMENG, art. cit.
[365] L. n° 2013-869, 27 sept. 2013, modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.
[366] Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC : JCP A 2012, 2230, note E. PÉCHILLON.
[367] Pour une information complète sur l'entrée en vigueur du dispositif de soins, le déroulement du dispositif de soins et les contrôles du dispositif de soins, v. S. THÉRON, *op. cit.*

législateur crée une période préalable d'observation du patient[368]. Sur le second point, le législateur consacre aux côtés de l'hospitalisation une nouvelle forme de soins : il s'agit des « programmes de soins » qui peuvent être ambulatoires[369]. Ainsi, l'absence de consentement ne se limite plus à la seule hospitalisation, mais également aux soins qui peuvent être ordonnés soit à la demande d'un tiers[370] soit à la demande du représentant de l'État[371]. L'apport majeur dudit texte est l'extension des modalités de soins psychiatriques sans consentement. Ainsi, cette loi, en modifiant l'article L. 3211-2-1 du Code de santé publique, parle de personnes « en soins psychiatriques sans consentement », formule qui se substitue à « hospitalisation d'office ». Ce changement de terminologie est d'ailleurs surprenant[372] dès lors que la loi de 2013 prévoit dans le même article L. 3211-2-1 qu'« aucune mesure de contrainte ne peut être mise en œuvre à l'égard d'un patient pris en charge sous la forme (d'un programme de soins) ». Dans la même lignée, si le texte de 2013 rappelle que le consentement demeure libre et que les soins contraints constituent une dérogation[373] au droit commun, il en étend pourtant les possibilités. La loi de 2013 apporte en outre des précisions importantes quant au rôle du juge des libertés et de la détention dans le cadre du programme de soins.

107. Sur le contrôle par le juge des libertés et de la détention dans le cadre d'un programme de soins. Par ailleurs, la loi de 2013 apporte des réponses à la question de l'articulation des programmes de soins avec le contrôle obligatoire par le juge des libertés et de la détention des mesures de soins en hospitalisation complète, que la loi de 2011 avait consacré. À ce sujet, le Conseil d'État avait été saisi en 2012[374] d'une requête contre les décrets d'application, contestant la constitutionnalité de la loi qui les prévoyait. Les requérants contestaient le fait que la loi de 2011 ne soumettait pas les programmes de soins à ce contrôle judiciaire obligatoire. La question a été déférée au Conseil constitutionnel qui y répond sa décision du 20 avril 2012[375] en retenant que, dès lors que les personnes ne peuvent être contraintes par la force de venir à leurs consultations et peuvent par ailleurs

[368] Art. L. 3211-2-2 du CSP.
[369] Art. L. 3211-2-1 et R. 3211-1 du CSP.
[370] Art. L. 3212 du CSP.
[371] Art. L. 3213 du CSP.
[372] V. en ce sens M. COUTURIER, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », art. cit.
[373] Art. L. 3211-1 du CSP.
[374] CE, 8 févr. 2012, n° 352667, et 352668, Association cercle de réflexion et de proposition d'action sur la psychiatrie : JCP A. 2012, act. 106.
[375] Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC : JCP A 2012, 2230, note É. PÉCHILLON.

quitter l'établissement quand elles l'entendent, aucune privation de liberté ne pouvait être constatée, si bien que rien ne justifiait de mettre en place un contrôle judiciaire. Ainsi, de façon synthétique, si « le programme de soins peut être imposé au patient (…) il est impossible de l'exécuter si le patient s'y oppose »[376]. C'est la règle que la loi de 2013 a explicitement retenue dans le nouvel article L. 3211-2-1. Cette solution paraît cohérente avec l'esprit du législateur en matière de soins sans consentement. Il n'a en effet jamais voulu faire de la psychiatrie un « corps de policier de la santé mentale soignant par la force en tous lieux du territoire »[377]. La mise en place des programmes de soins et des modalités de prise en charge destinés à renforcer les droits des personnes atteintes de troubles mentaux se justifie d'ailleurs par la volonté de nuancer l'ancien droit qui ne tenait pas compte du degré de conscience des intéressés.

2. Les modalités d'admission et de prise en charge en soins psychiatriques sans consentement

108. Les modalités de soins sans consentement admis aujourd'hui[378]. Concernant les régimes de soins psychiatriques sans consentement, en dehors des soins pénalement ordonnés, plusieurs autorités sont susceptibles de prendre la décision d'admission : le directeur de l'établissement d'accueil ou le représentant de l'État. Toute admission en soins doit être écrite et motivée au regard des critères d'admission prévus par la loi[379]. Il existe par ailleurs deux modalités d'admission fondées sur décision du directeur d'établissement : la demande en soins sur demande d'un tiers et l'admission en soins pour péril imminent. Ainsi, trois modalités d'admission en soins psychiatriques sans consentement peuvent être identifiées[380]. Il y a lieu de distinguer deux périodes : l'admission et les soins. Ainsi, avant

[376] Cons. const., 20 avr. 2012, précit. : JCP A 2012, 2230, note E. PÉCHILLON.
[377] V. V. DOUMENG, art. cité par M. COUTURIER, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », art. cit., p. 120.
[378] Pour une typologie et un exposé des conditions de validité de toute décision d'admission complets, v. M. COUTURIER, « Soins psychiatriques sans consentement. Prise en charge de la maladie mentale et des troubles mentaux. Soins de santé mentale », JCI, Soins psychiatrique sans consentement, juill. 2022.
[379] V. en ce sens CE, 13 nov. 2013, n° 352667 : JurisData n° 2013-025604.
[380] Pour de plus amples développements sur les modalités d'admission et de prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux, v. S. THÉRON, *op. cit.* ; A. DARMSTÄDTER-DELMAS, *Les soins psychiatriques sans consentement*, LexisNexis, 2017 ; M. COUTURIER, « Soins psychiatriques sans consentement. Prise en charge de la maladie mentale et des troubles mentaux. Soins de santé mentale », art. cit.

de préciser les contours des modalités de soins (b), nous expliciterons les modes d'admission (a).

a. Les modalités d'admission en soins psychiatriques sans consentement

Il existe deux modes d'admission : l'un repose sur la décision du directeur de l'établissement d'accueil (i) et l'autre sur décision du représentant de l'État (ii).

i. L'admission sur décision du directeur d'établissement : l'admission sur demande d'un tiers et en cas de péril imminent

109. Critères communs aux deux modes de prise en charge psychiatrique sans consentement reposant sur la décision du directeur d'établissement : l'admission sur demande d'un tiers et celle pour péril imminent. L'admission en soins sur demande d'un tiers ainsi que celle pour péril imminent sont régies par les articles L. 3212-1 à L. 3212-12 du Code de la santé publique. Toutes deux interviennent formellement sur décision du directeur d'établissement d'accueil, mais en pratique, cette décision revient au corps médical dès lors que l'acte du directeur d'établissement se base sur l'opinion et propositions émises dans les certificats et avis médicaux établis par les médecins[381]. Lorsque la décision est prise, le directeur doit en informer le représentant de l'État dans le département ainsi que la commission départementale des soins psychiatriques[382]. Ces deux admissions nécessitent la réunion de deux conditions prévues par l'article L. 3212-1, I. Tout d'abord, la personne qui fait l'objet d'une admission sans consentement doit être atteinte « de troubles mentaux (qui) rendent impossible son consentement ». Ensuite, l'état mental qui résulte de ces troubles doit imposer « des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète, soit d'une surveillance médicale régulière justifiant une prise en charge sous la forme d'un programme de soins ». Quant à l'appréciation de la capacité à consentir, les tribunaux se réfèrent généralement aux recommandations édictées par la Haute autorité de santé[383] qui propose de prendre en

[381] Pour une typologie et un exposé des conditions de validité de toute décision d'admission complets, v. M. COUTURIER, *ibid*.
[382] Art. L. 3215-2 du CSP, qui précise par ailleurs que le manquement à cette obligation est puni de 6 mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.
[383] Y. BENHAMOU, « Le contrôle du juge judiciaire sur les hospitalisations psychiatriques sous contrainte : l'exemple de la cour d'appel de Douai », GPL 26 avr. 2012, n° 117, p. 5.

considération cinq éléments : la capacité à recevoir une information adaptée, la capacité à comprendre et à écouter, la capacité à raisonner, la capacité à exprimer librement sa décision et la capacité à maintenir sa décision dans le temps[384].

110. Modalités propres à l'admission en soins psychiatriques sur demande d'un tiers. L'article L. 3212-1 du Code de santé publique prévoit deux catégories de personnes qui peuvent revêtir la qualité de tiers[385]. Il peut tout d'abord s'agir d'un membre de la famille du malade. Le législateur étant silencieux quant à l'étendue du terme famille, il peut inclure toute forme de relation de parenté ou d'alliance, qu'elle soit ascendante, descendante, ou collatérale[386]. En tout état de cause, la demande doit préciser la nature ou le degré du lien de parenté[387]. Il peut ensuite s'agir, selon les termes dudit article, d'une « personne susceptible d'agir dans l'intérêt » du malade.

111. Modalités propres à l'admission en soins psychiatriques pour péril imminent. La loi du 5 juillet 2011 a créé l'admission en soins en cas de péril imminent prévu à l'article L. 3212-1, II, 2° du Code de la santé publique. Elle intervient en cas de « péril imminent pour la santé de la personne », « lorsqu'il s'avère impossible d'obtenir une demande d'un tiers »[388]. Ainsi, en présence d'un péril imminent, le directeur de l'établissement pourra ordonner l'admission en soins en l'absence de demande d'un tiers et en se basant uniquement sur un certificat établi par le médecin lequel doit exercer dans un établissement d'accueil[389]. La loi de 2011 ne définit pas la notion de péril imminent. Néanmoins, sous l'empire de la loi de 1990, cette notion existait déjà et la Haute Autorité de santé avait, dans ses recommandations d'avril 2005, retenu que « le certificat doit faire apparaître les risques de péril imminent, c'est-à-dire l'immédiateté du danger pour la santé ou la vie du

[384] Haute Autorité de santé, « Recommandations pour la pratique clinique. Modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux », avr. 2005, p. 61.
[385] Pour un exposé exhaustif sur la notion de tiers demandeur aux soins, v. M. COUTURIER, « Soins psychiatriques sans consentement. Prise en charge de la maladie mentale et des troubles mentaux. Soins de santé mentale », art. cit.
[386] *Ibid*.
[387] CE, 31 juill. 1996, n° 120736 et 121848 : JurisData n° 1996-051377.
[388] Cette situation est possible lorsque le malade est socialement isolé ou lorsque les proches ne souhaitent pas déclencher les soins eux-mêmes soit par désintérêt pour l'intéressé soit par peur d'altérer leurs relations avec lui.
[389] Civ. 1re, 11 juill. 2019, n° 19-14.672 : JurisData n° 2019-012156 – Civ. 1re, 5 déc. 2019, n° 19-22.930 : JurisData n° 2019-021727.

patient »[390]. Cette hypothèse renvoie souvent à la situation où le malade présente des risques de passage à un acte de suicide, mais ce n'est pas la seule : il peut par exemple s'agir d'un état de confusion ou désorientation qui en cas de délaissement de la personne, peut conduire à un risque d'accident sur la chaussée[391].

ii. L'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État

112. Une telle possibilité d'admission est justifiée par l'objectif de protéger les tiers et l'ordre public. Il existe deux procédures, l'une dite « normale » et l'autre « d'urgence ». En cas de procédure normale, l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État, qui sera en province le préfet de département ou, à Paris, le préfet de police, peut être prononcée, en vertu de l'article L. 3213-1, I du Code de la santé publique, à l'égard « des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public ». Le juge judiciaire contrôle que ce critère est rempli, « tant dans sa réalité que dans son actualité »[392], et le simple risque de rechute susceptible alors de causer un trouble à l'ordre public ne peut suffire à maintenir des mesures de soins[393]. En cas de procédure d'urgence, les acteurs sont le maire et le commissaire de police à Paris. Ainsi, en vertu de l'article L. 3213-2 du Code de la santé publique, « en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes », une procédure d'urgence permet à ces deux acteurs de prononcer l'admission en soins des personnes dont le comportement révèle des troubles mentaux.

b. Les modalités de prise en charge des soins

113. Propos liminaires : la période d'observation. Depuis la loi du 5 juillet 2011, les soins psychiatriques sans consentement, qu'ils aient été à la demande d'un tiers ou du représentant de l'État, débutent toujours par une période d'hospitalisation complète dite « période d'observation et de soins initiale »[394]. L'objectif de cette période d'observation est

[390] Haute Autorité de santé, « Recommandations pour la pratique clinique. Modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux », avr. 2005, p. 14.
[391] M. COUTURIER, « Soins psychiatriques sans consentement. Prise en charge de la maladie mentale et des troubles mentaux. Soins de santé mentale », art. cit.
[392] CA Douai, 7 mars 2013 : GPL 7 nov. 2013, n° 310-311, p. 10, note Y. BENHAMOU.
[393] Civ. 1re, 8 juill. 2015, n° 14-21.150.
[394] Art. L. 3211-2-2 du CSP.

« de permettre autant que possible d'apaiser, voire de désamorcer une situation de crise ayant conduit à l'édiction d'une décision contraignante, d'affiner et de confirmer — ou d'infirmer — le diagnostic initial rapidement établi en disposant d'un temps de réflexion suffisant »[395]. La période d'observation obéit alors à l'un des objectifs principaux de la loi du 5 juillet 2011 qui était de dissocier le principe des soins de leurs modalités, et d'améliorer la prise en charge des patients : elle conduit dans ce contexte à éviter un enfermement arbitraire causé par une prise de décision trop rapide[396]. Cette phase est décisive, car elle va permettre de déterminer si l'hospitalisation complète va être maintenue, ou si le patient va être pris en charge sous la forme d'un programme de soins. Ainsi, aujourd'hui, diverses formes de soins sans consentement sont envisageables. L'un des objectifs de la loi de 2011 avancés dans l'exposé des motifs était d'adapter les textes aux évolutions psychiatriques sans pour autant remettre en cause tous les dispositifs déjà existants avant son entrée en vigueur. Si avant l'entrée en vigueur de la loi de 2011, les sorties d'essai existaient déjà dans le cadre des hospitalisations complètes, le régime applicable demeurait en tout état de cause l'hospitalisation. Tel n'est plus le cas aujourd'hui. À l'issue de la période d'observation qui prend la forme d'une hospitalisation complète[397] laquelle est commune à tout mode d'admission en soins psychiatriques sans consentement, le patient pourra être pris en charge soit sous la forme d'une hospitalisation complète, soit sous toute autre forme pouvant notamment comporter des soins ambulatoires[398] : dans ce dernier cas, un programme de soins est établi, étant précisé que la forme de la prise en chargé décidée est susceptible d'évoluer.

114. L'hospitalisation complète : absence de consentement. Dans la mesure où la période d'observation se fait sous forme d'une hospitalisation complète, si le choix est fait par le directeur d'établissement ou le représentant de l'État de maintenir les soins sous cette forme, il y a une totale continuité dans la prise en charge du patient qui se trouve déjà dans

[395] S. THÉRON, *op. cit.*, p. 66 ; M. COUTURIER, « La réforme des soins psychiatriques sans consentement », RDSS 2012, p. 74.
[396] Pour la préconisation d'une période d'observation, v. H. STROHL, M. CLEMENTE, « Rapport du groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990 », sept. 1997 ; E. PIEL, J.-L. ROELANDT, « De la psychiatrie vers la santé mentale », Rapport de mission, juill. 2001.
[397] Pour un exposé exhaustif des modalités de déclenchement et de déroulement de la période d'observation, v. S. THÉRON, *op. cit.*, p. 66 ; M. COUTURIER, « La réformes des soins psychiatriques sans consentement », art. cit, p. 97 ; M. COUTURIER, « Soins psychiatriques sans consentement. Prise en charge de la maladie mentale et des troubles mentaux. Soins de santé mentale », art. cit.
[398] Art. L. 3211-2-1 du CSP.

une structure qui peut lui prodiguer des soins sans son consentement[399]. Cependant, il se peut que le patient fasse l'objet d'un transfert dès lors qu'il est admis en urgence dans un établissement qui n'était pas mentionné par l'article L. 3222-1 du Code de la santé publique[400]. Aussi, il existe des structures dédiées à la prise en charge des patients dits spécifiques[401]. À côté d'une hospitalisation complète, excepté pour les catégories de malades « spécifiques », les patients peuvent être pris en charge dans le cadre d'un programme de soins.

115. Le programme de soins : la collaboration du patient recherchée. Le programme de soins marque une évolution dans la prise en charge du patient qui, dans la période d'observation, est placé sous hospitalisation complète. Les formes de prise en charge autres que l'hospitalisation complète se déroulent sur la base d'un programme de soins élaboré par le psychiatre qui définit les types de soins, leur périodicité et les lieux de leur réalisation. Il peut comprendre des soins ambulatoires, des soins à domicile et même une hospitalisation à domicile, ou des séjours dans un établissement psychiatrique à temps complet de courte durée ou à temps partiel[402], et le suivi d'un traitement médicamenteux[403]. Que le patient ait été admis sur décision du représentant de l'État, ou sur décision du directeur d'établissement, ces derniers doivent joindre à leur décision un programme de soins établi par le psychiatre[404]. Selon les dispositions du Code de la santé publique, lorsque la prise en charge prend une autre forme que l'hospitalisation complète, « un programme de soins est

[399] En effet, la période d'observation préalable est déclenchée par la décision d'admission qui se fait nécessairement dans une structure habilitée à soigner sans consentement. Ces structures sont mentionnées à l'article L. 3222-1 du Code de la santé publique.
[400] Selon l'article L. 3211-2-1 du Code de la santé publique, la personne peut être prise en charge sous la forme « d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du présent code ».
[401] Selon l'article L. 3214-1 du Code de la santé publique, les patients « spécifiques » correspondent à l'une des trois catégories suivantes. Il s'agit tout d'abord des patients détenus qui peuvent être hospitalisés sans leur consentement sur décision du préfet de police à Paris, ou du préfet de l'établissement pénitentiaire dans lequel le détenu est incarcéré. Ces patients sont soit pris en charge dans une unité hospitalière spécialement aménagée (art. L. 3214-1, II du CSP) ou sur la base d'un certificat médical, dans une unité adaptée (art. L. 3214-1, II du CSP). Il s'agit ensuite des patients qui font partie de la catégorie des « malades difficiles » et qui intègrent l'unité pour malades difficiles (après une période d'incertitude quant au statut des unités pour malades difficiles, ces unités ont désormais un statut réglementaire fixé par le décret du 1er févr. 2016 relatif aux UMD qui introduit les articles R. 3222-1 du Code de santé publique). Enfin, il existe des structures dédiées aux malades mineurs (pour les détenus mineurs, v. art. L. 3214-1, III du CSP ; pour les secteurs de psychiatrie infanto-juvénile, v. art. R. 3221-1 du CSP).
[402] Art. L. 3211-2-1, II du CSP.
[403] Art. R. 3211-1, II du CSP.
[404] Art. L. 3212-4, al. 2 et L. 3213-1, II du CSP.

établi par un psychiatre de l'établissement d'accueil et ne peut être modifié (…) que dans les mêmes conditions »[405]. La difficulté pour le médecin est qu'il prend sa décision seul, en ce sens qu'il n'existe pas de critères précis permettant de déterminer le « profil » de patient qui devrait être orienté vers tel ou tel mode de prise en charge[406]. Il reste qu'avant son élaboration, le psychiatre est tenu de recueillir l'avis du patient dans le cadre d'un entretien[407] « afin de lui permettre de faire valoir ses observations ». Le recueil de l'avis du patient en amont mérite une attention particulière[408]. À l'issue de l'entretien, le psychiatre établit un programme de soins[409].

116. Il faut préciser que de façon générale, l'avis du patient doit être recherché et pris en considération dans la mesure du possible, et ce, peu importe le mode de prise en charge choisi[410]. Il est évident que le choix d'un programme de soins et non d'une hospitalisation complète révèle que les patients pris en charge selon cette modalité ont un discernement moins altéré que les patients sous hospitalisation complète. Mais, dès lors que le programme de soins se situe dans le cadre des soins sans consentement, l'avis du patient est *a fortiori* limité. Ainsi, cet avis, ou à défaut, le consentement du patient, est nécessairement relayé au second plan, et ne peut avoir la même portée que le consentement de droit commun, lequel doit être recueilli avant tout acte médical. Cela est d'autant plus vrai lorsque la demande émane du représentant de l'État, car ce dernier peut, même après avis du psychiatre, refuser le programme de soins et opter pour l'hospitalisation complète, afin de protéger l'ordre public. Ainsi, le psychiatre pourrait anticiper un éventuel refus du représentant de l'État si bien que l'avis du patient serait réduit à une simple formalité et transformerait l'entretien préalable à « une simple information médicale »[411]. Il reste que la recherche de l'avis du patient témoigne d'une volonté de l'impliquer dans sa thérapie.

[405] Art. L. 3211-2-1, II et R. 3211-1, I du CSP.
[406] V. S. THÉRON, *op. cit.*, p. 104.
[407] La mention de cet entretien est, selon l'article R. 3211-1, III, al. 1er du Code de la santé publique, être « portée sur le programme de soins et au dossier médical du patient ».
[408] V. S. THÉRON, « Regards critiques sur une modalité ambivalente de soins psychiatriques : les soins ambulatoires sans consentement », *in* AFDS, A. LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, *op. cit.*, p. 205.
[409] Pour un exposé exhaustif du contenu du programme, de sa nature juridique et de sa mise en œuvre, v. S. THÉRON, *op. cit.*, pp. 106-112.
[410] Art. L. 3211-3 du CSP.
[411] V. S. THÉRON, « Regards critiques sur une modalité ambivalente de soins psychiatriques : les soins ambulatoires sans consentement », *op. cit.*, p. 205.

117. En tout état de cause, de façon générale, l'intuition de bon sens selon laquelle le consentement du patient est relayé au second plan, semble avoir, du moins implicitement été confirmée par les textes de droit qui prévoient qu'à défaut de collaboration du patient dans le cadre du programme de soins, le patient s'expose à un risque d'hospitalisation complète[412]. D'une certaine manière, la collaboration du patient dans ce contexte devient « forcée »[413]. Nous verrons dans quelles mesures cela influe sur la place de la responsabilisation au sein du processus.

B. La place de la responsabilisation en matière de soins psychiatriques sans consentement

La responsabilisation a pour objet de faire prendre conscience à quelqu'un de ses actes. Ainsi, qu'importe sa forme[414], le discernement de la personne est requis. Si la responsabilisation vise à *conscientiser,* c'est dans le but qu'autonome, la personne puisse prendre les bonnes décisions. Or, si c'est quelqu'un d'autre qui prend les décisions à sa place, la responsabilisation ne pourrait avoir qu'un effet illusoire. Néanmoins, le degré de conscience différant d'un patient à l'autre, et le degré d'implication du patient étant variable d'une forme de prise en charge à l'autre, la réponse mérite d'être nuancée. Quoiqu'il en soit, une analogie peut être établie entre les mesures de soins sans consentement et l'idéologie de la responsabilisation (1) ; analogie qui a cependant ses limites (2).

1. Les mesures de soins sans consentement et responsabilisation : une analogie certaine

118. Propos liminaires. Le dispositif de soins sans consentement, constituant une ingérence dans l'exercice du droit de consentir, interroge sur son rôle au sein du processus de responsabilisation. En effet, l'ingérence revient à s'immiscer dans l'exercice du droit de consentir, et donc à le réguler. Compte tenu de la nature du sujet, il était indispensable d'évoquer les soins psychiatriques sans consentement, mais il faut bien distinguer ce cas,

[412] Art. R. 3211-1 du CSP.
[413] S. THÉRON, *op. cit.*, p. 105.
[414] Pour rappel, la responsabilisation, dans sa composante collective, conduit à réguler le droit de consentir en *sensibilisant l'individu aux comportements vertueux*, afin de sauvegarder les intérêts des tiers et de la collectivité. Ainsi, si la sanction ou l'information confortent l'idée d'une responsabilisation, c'est uniquement sous réserve que la personne à qui elle s'applique est en mesure d'être consciente de ses actes.

des autres hypothèses dans lesquelles le refus serait *directement* et véritablement sanctionné. La question qui doit alors se poser est celle de savoir si les mesures de soins sans consentement confortent véritablement l'idée de responsabilisation, tant au regard de leur nature, que de leurs effets, sans nécessairement que l'intention du législateur ait été de *responsabiliser*. Cette question conduit plus précisément à se demander d'une part, si l'obligation de soins constitue une sanction, que nous avons identifiée comme instrument de responsabilisation, et d'autre part si une telle obligation est *responsabilisante*.

119. Sur les effets de la responsabilisation dans sa composante altruiste/collective : la sauvegarde des intérêts des tiers et collectifs. Dans sa composante collective, nous l'avons vu, la responsabilisation a pour finalité de réguler le droit de refuser, dans le but de protéger les intérêts de la collectivité. Or il est certain que l'ingérence dans le droit de consentir intervient justement pour protéger l'individu contre lui-même ou à protéger les tiers et la collectivité. Même si, il est vrai, l'ingérence dans l'exercice du droit de consentir présente, dans le cadre des soins psychiatriques sans consentement, un aspect individuel dès lors qu'elle conduit en partie à protéger le patient lui-même. C'est notamment le cas en présence de péril imminent puisque dans cette hypothèse, doit être constaté « un péril imminent pour la santé de la personne », « lorsqu'il s'avère impossible d'obtenir une demande d'un tiers »[415]. Il reste que la procédure pour péril imminent, bien qu'elle ait pour principal objectif de sauver une personne atteinte de troubles mentaux contre elle-même, avec pour exemple le plus topique les tentatives de suicide, selon les circonstances, peut également avoir pour effet, quoiqu'indirect, de protéger les tiers. En effet, rappelons que la demande en cas de péril imminent intervient également dans les cas où une personne se trouve en état de confusion sur la chaussée générant un risque d'accident, ce qui induit un risque tant pour elle-même que pour les tiers[416]. En matière de soins pour péril imminent, l'effet de la contrainte, bien que non visée par la loi, pourrait conduire à la protection des tiers, excepté peut-être en cas de suicide « isolé » qui n'impliquerait pas autrui. Lorsque les soins se font sur demande du représentant de l'État, se dessine nettement un objectif de protection de l'ordre public dès lors qu'en vertu de l'article L. 3213-1, I du Code de la santé

[415] Cette situation est possible lorsque le malade est socialement isolé ou lorsque les proches ne souhaitent pas déclencher les soins eux-mêmes soit par désintérêt pour l'intéressé soit par peur d'altérer leurs relations avec lui.
[416] M. COUTURIER, « Soins psychiatriques sans consentement. Prise en charge de la maladie mentale et des troubles mentaux. Soins de santé mentale », art. cit.

publique, cette demande intervient à l'égard « des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public ». Si on retrouve bien l'idée de protection des tiers, on peut émettre des réserves sur l'existence d'une véritable responsabilisation en ce sens que l'objectif visé par ces textes n'est vraisemblablement pas de responsabiliser l'individu. En outre, nous avions identifié la sanction comme une mesure de responsabilisation. Or ici, est-il véritablement question de sanction ?

120. Une contrainte plutôt qu'une sanction qui régule le droit de consentir. Bien que les obligations conduisent à protéger l'individu lui-même ainsi que l'ordre public, il n'existe pas de réelle sanction qui pourrait faire office d'outil de responsabilisation. Toujours est-il que l'obligation de soins, même si elle n'est pas une sanction, constitue une mesure contraignante qui conduit à réguler le droit de consentir, si bien qu'elle peut toujours avoir un effet dissuasif et donc prophylactique, contribuant ainsi à l'objectif de responsabilisation, au même titre et de la même manière que la sanction. Ainsi, le caractère contraignant de telles mesures est susceptible de conforter l'objectif de responsabilisation, avec cette analogie qui peut exister entre contrainte et sanction renvoyant à l'effet prophylactique du droit. Mais encore faudrait-il alors, pour responsabiliser, que le consentement de la personne puisse être recherché, impliquant un état de conscience, condition préalable à l'effectivité de la responsabilisation.

2. Les mesures de soins sans consentement et responsabilisation : une analogie limitée

121. La question qui pose davantage de difficulté est celle de savoir si le concept même de responsabilisation peut trouver à s'appliquer à une personne dont le discernement est altéré. La responsabilisation vise à inciter une personne à adopter des comportements selon un standard reconnu, en la *conscientisant* ; or les personnes qui font l'objet de soins sans consentement ne sont *a priori*, ou du moins pour la plupart, pas en mesure de consentir de façon éclairée. Dès lors que la responsabilisation s'apparente à l'éducation, à la sensibilisation, il va sans dire qu'elle présuppose un certain degré de conscience de la personne à l'égard de qui elle s'applique, afin qu'elle puisse par ailleurs donner son consentement. Or, en matière de soins sans consentement, la personne qui en fait l'objet est parfois contrainte à se soumettre à des soins auxquels elle n'est d'ailleurs pas toujours en

mesure de consentir de façon consciente. Si cette hypothèse est vraie, elle ne se vérifie néanmoins pas toujours… Il est vrai que la plupart des patients admis en soins sans consentement sont atteints de troubles mentaux qui altèrent leur discernement. Néanmoins, cela n'induit pas nécessairement une altération complète rendant l'individu incapable de comprendre[417]. Par ailleurs, certains modes de prise en charge impliquent la recherche du consentement du patient, si bien que le concept de responsabilisation n'est pas à exclure formellement des soins psychiatriques sans consentement. Tout d'abord, qu'importe le mode de prise en charge, la maladie mentale n'annihile pas nécessairement le degré de conscience de la personne au point de la rendre dénuée de discernement[418]. Ensuite, en fonction du mode de prise en charge des soins sans consentement, le patient est plus ou moins impliqué. Ainsi la place de la responsabilisation dépend du degré de discernement de la personne ainsi que du mode de prise en charge des soins sans consentement. Les patients admis en soins sans consentement disposent de facultés variables de discernement (a), dont il faut tenir compte pour apprécier le poids de la responsabilisation, qui trouve une place certaine dans le cadre des programmes de soins (b) alors que dans le cadre d'une hospitalisation complète sa place n'est que relative (c).

a. La réalité d'un état de conscience variable d'un patient à l'autre

122. Certes, l'aptitude à consentir est altérée par la pathologie, mais certains patients sont doués d'un degré de discernement qui leur permettrait de *comprendre*. Nous ne pouvons alors qu'approuver les propos de M. COUTURIER selon lesquels « (…) ces personnes, bien qu'atteintes d'une pathologie mentale ne seraient pas pour autant dans un état qui annihilerait complètement leur aptitude à comprendre (…) »[419]. Ainsi, la responsabilisation ne peut trouver qu'une forme d'acception relative, et il faut pouvoir distinguer selon les degrés de conscience de chaque personne. D'ailleurs, c'est en matière de soins sans consentement que le législateur impose au médecin, en vertu de l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique, de délivrer une information au malade dès lors que son état le permet. Dans la même lignée, la Cour de cassation rappelle, dans un arrêt récent[420], l'expression

[417] M. COUTURIER, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », art. cit., p. 120.
[418] *Ibid*.
[419] *Ibid*.
[420] Civ., 1re, 25 mai 2023, n° 22-12.108 : Dalloz Actualité, 23 juin 2023, comm. C. HÉLAINE, « Programme de soins psychiatriques sans consentement et information du patient ».

utilisée par cet article en retenant que l'information est délivrée au patient « chaque fois où son état le permet ».

b. La place certaine de la responsabilisation dans le cadre d'un programme de soins

123. La prise en charge sous forme de programme de soins : la place certaine de la responsabilisation. La loi de 2013 crée une catégorie intermédiaire de prise en charge de malades dont la possibilité de mise en œuvre des soins procède « d'une forme d'acceptation au moins tacite »[421], dès lors que les programmes de soins ne peuvent pas se dérouler lorsqu'est constatée « une forme de non-consentement »[422]. Rappelons qu'en vertu de l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique, quelle que soit la forme de prise en charge des soins, l'avis du patient « doit être recherché et pris en compte dans toute la mesure du possible ». Cette collaboration entre le médecin et le patient est renforcée en matière de prise en charge sous forme de programme de soins. Ainsi, dans le cadre du programme de soins, il y a « une recherche appuyée »[423] de l'avis du patient, dès lors que le discernement de celui-ci lui permet de recevoir l'information, de la comprendre, et de consentir. Ainsi, aucune mesure de contrainte ne peut être utilisée pour l'exécution d'un programme de soins[424]. Dans ce contexte, l'article L. 3211-2-1 du Code de la santé publique fait peser sur le psychiatre mettant en place un programme de soins d'aviser la personne, au cours d'un entretien préalable, qu'aucune mesure de contrainte ne peut être mise en œuvre à son égard. On voit alors une réelle volonté d'impliquer le patient dans sa thérapie, si bien que le concept de responsabilisation, en raison du discernement de la personne et de son nécessaire consentement, peut trouver à s'appliquer.

124. La menace d'une mesure plus contraignante en cas d'absence de collaboration du patient au programme de soins. La menace d'une mesure plus contraignante pèse sur le patient qui décide de ne pas collaborer au programme de soins. Est-ce à dire pour autant que la responsabilisation n'a plus sa place ? Nous répondrons par la négative, et ajouterons que, bien au contraire, cette menace renforce la place de responsabilisation, dès lors que si

[421] M. COUTURIER, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », art. cit., p. 120.
[422] É. PÉCHILLON, note préc.
[423] S. THÉRON, *op. cit.*, p. 105.
[424] Art. L. 3211-2-1 du CSP.

le patient ne consent pas aux soins, il se pourrait qu'une mesure plus contraignante, l'hospitalisation complète, se substitue au programme de soins. La collaboration du patient devient alors fortement incitée, si bien qu'on assiste à une réelle responsabilisation de celui-ci. Ainsi, lors de l'entretien, le psychiatre doit informer le patient de son devoir de collaborer aux soins, et d'une éventuelle sanction par réadmission en hospitalisation complète. L'article R. 3211-1, III du Code de la santé publique prévoit alors que le psychiatre doit informer le patient que « le programme de soins peut être modifié à tout moment pour tenir compte de l'évolution de son état de santé et que le psychiatre peut proposer son hospitalisation complète notamment en cas d'inobservance de ce programme susceptible d'entraîner une dégradation de son état de santé ». Dans ce contexte, la menace d'une privation de liberté qui pèse sur le malade, constitue, au même titre que l'information délivrée au patient, un réel instrument de responsabilisation. Certains voient dans ce dispositif « des soins sans consentement consentis »[425], alors que certains y voient un consentement « forcé »[426]. En réalité, ce dispositif se situe entre deux phénomènes, si bien que le programme de soins est perçu « comme une passerelle entre soins contraints et soins libres » et c'est précisément cette ambivalence qui conforte l'idée d'une responsabilisation. Si la place de la responsabilisation est relativement certaine dans le cadre d'une prise en charge sous forme de programme de soins, sa place est plus atténuée en matière d'hospitalisation complète.

c. La place relative de la responsabilisation dans le cadre d'une hospitalisation complète

125. La prise de conscience de l'individu est un préalable indispensable à l'admission d'une quelconque forme de responsabilisation, y compris lorsqu'elle s'opère à travers la sanction. Lors d'une prise en charge sous forme d'hospitalisation complète, le médecin, doit, en vertu de l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique, délivrer une information, chaque fois que son état le permet. Cette possibilité rejoint la réalité déjà décrite en vertu de laquelle le degré de conscience varie d'un patient à l'autre. Si responsabiliser revient à faire prendre conscience à quelqu'un de ses actes, lorsqu'un patient est en mesure de comprendre, en dépit de l'altération de son discernement, une forme de responsabilisation peut s'opérer,

[425] M. COUTURIER, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », art. cit., p. 120, n° 55.
[426] S. THÉRON, *op. cit.*, p. 105.

bien que relayée au second plan. En effet, dans ce contexte, le patient est en mesure de comprendre la nécessité de se voir imposer des soins. Or dans le contexte décrit, l'information délivrée par le médecin concernant la maladie, la nécessité d'être hospitalisé et de recourir aux soins a vocation à être reçue et comprise par le patient. Il est vrai qu'une grande partie des patients concernés par l'hospitalisation complète ne peuvent pas faire l'objet d'une information eu égard à leur état mental, si bien que la limitation prévue par l'article L. 3211-3 est importante[427]. Et à l'inverse, cette limitation permet de rendre compte du fait que bien qu'altéré, le discernement n'est pas toujours totalement inhibé. Il faudrait donc, « tant pour le psychiatre souhaitant maintenir les soins, que pour le directeur d'établissement répercutant sa décision, ou celle du représentant de l'État dans le département selon le type de soins psychiatriques concerné, jauger l'état factuel du patient pour déterminer si une telle information peut se voir délivrée effectivement ».[428] En outre, l'article L. 3211-2-1 du Code de la santé publique impose que, quelle que soit la forme de la prise en charge, « l'avis du malade sur les modalités de soins doit être recherché et pris en compte dans la mesure du possible ». Néanmoins, il est des cas où l'état du patient ne permet pas la recherche de son consentement. C'est alors que l'analogie établie avec le concept de responsabilisation présente des limites. Tel que nous l'avions définie, la responsabilisation, qu'importe la manière dont elle s'opère, doit conduire à réguler le droit de consentir… Mais une nuance interroge : est-ce qu'on peut véritablement affirmer que le droit de consentir est régulé, alors même qu'il n'est pas recherché et qu'il est soumis par la force à des soins ? Dans une certaine mesure, il est difficile d'y répondre par l'affirmative. Néanmoins, il est également possible d'admettre que *limiter* revient à réguler. Or imposer un soin, limite le droit de consentir. Le sens commun du mot *réguler*, ne nous permet en tout état de cause pas d'exclure une telle hypothèse puisque réguler consiste à « assurer le fonctionnement correct, le rythme régulier d'un mécanisme, le développement d'un processus »[429] ou encore « soumettre à une régulation »[430], régulation définie comme « le fait d'assurer le fonctionnement correct »[431]. Toutefois, force est de constater que si responsabiliser permet *d'inciter*, si le consentement du patient n'est pas recherché, il ne peut *a fortiori* pas être incité.

[427] V. en ce sens C. HÉLAINE, « Programme de soins psychiatriques sans consentement et information du patient », art. cit.
[428] *Ibid*.
[429] Dictionnaire Larousse.
[430] Dictionnaire Le Robert.
[431] *Ibid*.

126. En outre, la plupart du temps, les décisions de prise en charge sous forme d'hospitalisation complète sont justifiées par l'impossible recueil du consentement de l'intéressé précisément parce qu'il n'est pas en mesure de comprendre, et donc de prendre conscience de la nécessité, entre autres, de recourir à des soins et de se voir imposer des mesures contraignantes. Dans cette hypothèse, le doute peut alors assez rapidement être dissipé. Par ailleurs, le patient reconnaît rarement qu'il est malade, et en devient d'autant plus vulnérable dès lors que les soins préconisés qui seraient indispensables ne sont que très rarement une option envisageable pour lui.

127. Conclusion. La responsabilisation, quelle que soit la façon dont elle s'opère, est subordonnée à la capacité de compréhension de l'individu, qui doit être en mesure de prendre conscience de ses actes[432]. En matière de soins sans consentement, la responsabilisation ne peut trouver qu'une forme d'acception relative dès lors qu'elle dépend du degré de conscience de chaque patient, ainsi que de la forme de la prise en charge des soins sans consentement. Dans le cadre d'un programme de soins, dès lors que les facultés de discernement du patient admis selon cette modalité de prise en charge sont certaines, le législateur a été conduit à imposer au médecin de lui délivrer une information sur sa maladie, les traitements et la nécessité de ceux-ci, et d'interdire d'imposer des soins non consentis par le patient[433]. Par ailleurs, l'inobservance du patient de son programme de soins l'expose à un risque de privation de liberté, renforçant alors la place de la responsabilisation[434]. Ainsi, tant l'information délivrée par le médecin que la recherche du consentement du patient, ou la menace d'une mesure plus contraignante en cas d'inobservance constituent des outils de responsabilisation. Toutefois, dans le cadre d'une hospitalisation complète, la place de la responsabilisation est moins certaine, et dépend uniquement du degré de discernement du patient qui, dans la plupart des cas, est anéanti. En revanche, si cette affirmation est souvent vraie, elle ne se vérifie pas toujours, si bien que le concept de responsabilisation peut

[432] Pour rappel, selon une approche généraliste, responsabiliser revient à faire prendre conscience à une personne de ses actes.
[433] L'article L. 3211-2-1 du Code de la santé publique fait peser sur le psychiatre mettant en place un programme de soins d'aviser la personne, au cours d'un entretien préalable, qu'aucune mesure de contrainte ne peut être mise en œuvre à son égard.
[434] L'article R. 3211-1, III du Code de la santé publique prévoit alors que le psychiatre doit informer le patient que « le programme de soins peut être modifié à tout moment pour tenir compte de l'évolution de son état de santé et que le psychiatre peut proposer son hospitalisation complète notamment en cas d'inobservance de ce programme susceptible d'entraîner une dégradation de son état de santé ».

uniquement s'appliquer, *a minima*, aux patients dont l'état de santé permet[435] de recevoir l'information par le médecin, et de donner leur avis conformément à l'article L. 3211-2-1 du Code de la santé publique[436]. Outre les soins psychiatriques ordonnés par le représentant de l'État ou le directeur d'établissement, il existe des soins prononcés par le juge pénal.

II. Les soins pénalement ordonnés : la place discutable de la responsabilisation

Certains délinquants présentent des troubles d'ordre psychique qui justifient des mesures ordonnées par le juge pénal. Ces mesures, qui visent à la protection sociale et la prévention de la récidive, se heurtent aux libertés individuelles, si bien qu'elles doivent être mises en perspective avec les principes éthiques et déontologiques d'une démarche sanitaire centrée sur l'individu. Il existe différents cadres légaux qui prévoient une articulation entre soins et justice pénale. Il faut en distinguer trois : l'injonction thérapeutique, l'obligation de soins et l'injonction de soins. L'objectif de ces développements est de comprendre les enjeux liés à l'articulation entre la justice pénale, soins pénalement ordonnés et consentement, tout en interrogeant le processus de responsabilisation. L'étude impose avant tout de décrire sommairement le dispositif relatif aux soins psychiatriques sans consentement mis en place par le droit (A), avant que la place de la responsabilisation en son sein puisse être discutée (B).

A. Le dispositif

128. Propos liminaires. Une deuxième modalité d'ingérence organisée par les textes de droit consiste à agir sur le consentement lui-même, c'est-à-dire à l'inciter fortement — et non pas à passer outre — par la menace d'une mesure plus contraignante. Le législateur prévoit des hypothèses dans lesquelles une décision de soin sera associée à une peine pénale prononcée ou aménagée par le juge pénal. Partant, la loi donne parfois le pouvoir au juge de prescrire une mesure de soins et d'encourager la personne concernée à y consentir. Contrairement aux soins psychiatriques sans consentement, il ne s'agit pas pour les pouvoirs

[435] L'article L. 3211-3 du Code de la santé publique impose au médecin de délivrer une information, chaque fois que l'état du patient le permet.
[436] L'article L. 3211-2-1 du Code de la santé publique impose que, quelle que soit la forme de la prise en charge, « l'avis du malade sur les modalités de soins doit être recherché et pris en compte dans la mesure du possible ».

publics d'intervenir et de forcer *manu militari* le sujet à se soumettre aux soins, le consentement est ici presque *extorqué*[437]. En effet, la personne peut refuser, mais son refus de soins l'expose à des poursuites pénales, à une sanction ou à une mesure de soins plus contraignante. On dit alors que le consentement n'est pas imposé, comme dans le cas précédent, mais il est juridiquement conditionné[438]. Il faut alors distinguer trois situations, toutes imposées par le juge : celle de l'obligation de soins, l'injonction thérapeutique et l'injonction de soins.

129. L'obligation de soins prononcée par le juge. Lorsque le juge estime que l'individu en a besoin, il peut rendre à son égard une décision consistant à le soumettre « à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins même sous le régime de l'hospitalisation »[439]. L'obligation de soins peut être une modalité de contrôle judiciaire et être déclarée avant le prononcé de la condamnation par le juge d'instruction ou celui des libertés et de la détention. Elle peut également être une obligation spécifique et intervenir après la déclaration de culpabilité. Ainsi, elle peut être prononcée soit au moment du jugement de condamnation, soit *a posteriori*, par le juge de l'application des peines. L'obligation de soins prononcée par le juge conduit alors à individualiser la peine dans le cadre notamment du sursis avec mise à l'épreuve[440], ou bien à l'aménager dans le régime du placement sous surveillance électronique, de la semi-liberté[441], du placement à l'extérieur[442] ou encore de la libération conditionnelle[443]. Tous délits ou crimes peuvent donner lieu à une obligation de soins prononcée par le juge dès lors que le juge a décidé — sans avis médical nécessaire[444] —,

[437] P. MISTRETTA, art. cit.
[438] C. CASTAING, « L'ingérence dans l'exercice du droit au consentement », *in* AFDS, A. LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, *op. cit*., p. 138.
[439] Art. 132-45, 3° du C. pén. : « La juridiction de condamnation ou le juge de l'application des peines peut imposer spécialement au condamné de l'une ou de plusieurs des obligations suivantes : (…) se soumettre à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation. Ces mesures peuvent consister en l'injonction thérapeutique prévue par les articles L. 3413-1 à L. 3413-4 du Code de la santé publique, lorsqu'il apparaît que le condamné fait usage de stupéfiants ou fait une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques. Une copie de la décision ordonnant ces mesures et adressée par le juge de l'application des peines au médecin ou au psychologue qui doit suivre la personne condamnée. Les rapports des expertises réalisées pendant la procédure sont adressés au médecin ou au psychologue, à leur demande ou à l'initiative du juge de l'application des peines. Celui-ci peut également leur adresser toute autre pièce utile du dossier (…). »
[440] Pour l'obligation dans le cadre du contrôle judiciaire, v. art. 138-10 du C. pén. ; pour la mise à l'épreuve, v. art. 132-45 du C. pén.
[441] Art. 132-26 du C. pén.
[442] Art. 132-26 du C. pén.
[443] Art. 731 du CPP.
[444] C'est ce qui en fait l'une des particularités de l'obligation de soins.

que la personne condamnée nécessitait des soins. L'obligation de soins peut d'ailleurs prendre la forme d'une injonction thérapeutique prévue par les articles L. 3413-1 à L. 3413-45 du Code de la santé publique. L'obligation de soins est donc plus large que l'injonction thérapeutique, notamment du point de vue des personnes visées. Elle se différencie par ailleurs de l'injonction de soins sur plusieurs points.

130. Injonction thérapeutique. L'obligation de soins qui vient tout juste d'être décrite peut par ailleurs prendre la forme d'une injonction thérapeutique organisée par le Code de la santé publique[445] dès lors qu'« il apparaît que le condamné fait usage de stupéfiants ou fait une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques »[446]. L'injonction thérapeutique apparaît alors comme une modalité de l'obligation de soins. Ainsi, le juge judiciaire peut, par exemple, enjoindre à la personne ayant fait usage illicite de stupéfiants, de se soumettre à une prise en charge thérapeutique prenant la forme d'une mesure de soins, ou d'une surveillance médicale[447]. Si la personne consent aux soins, et si la mesure est suivie jusqu'à son terme, l'action publique ne sera pas exercée. La mesure d'injonction thérapeutique est un dispositif ancien, datant de 1970[448] qui a été actualisée par la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance. L'article 41-1 du Code de procédure pénale indique que l'injonction thérapeutique peut être décidée dans le cadre d'alternative aux poursuites et, selon l'article 41-2 du même code, à la composition pénale. Ces mesures peuvent s'appliquer à l'égard du majeur, mais aussi du mineur de treize ans « comme peine complémentaire ou en modalité d'exécution d'une peine dans le cadre de sursis avec mise à l'épreuve, ainsi, qu'en matière d'infractions liées à l'abus d'alcool ou d'où d'usage de stupéfiants ». Elle peut être prononcée à tout moment du procès c'est-à-dire au moment des poursuites, de l'instruction et du prononcé de la condamnation.

131. L'injonction de soins. L'injonction de soins a été instaurée au départ pour les auteurs d'infractions sexuelles. Elle s'est aujourd'hui étendue, notamment aux atteintes volontaires à la vie[449], à certaines formes de violence, ou encore à certaines infractions

[445] Art. L. 3413-1 à 4 du CSP.
[446] Art. 132-45, 3° du C. pén.
[447] Art. L. 3423-1 du CSP ; v. également C. CASTAING, « L'ingérence médicale dans l'exercice du droit au consentement de la personne malade », *op. cit.*, p. 139.
[448] L. n° 70-1320, 31 déc. 1970, relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie, et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses.
[449] V. S. THÉRON, *op. cit.*, p. 10 ; M. COUTURIER, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », art. cit., p. 120.

contre les biens telles que la destruction par incendie. Par ailleurs, si elle concernait initialement uniquement les personnes condamnées à une peine de suivi socio-judiciaire[450], elle intervient aujourd'hui également dans l'aménagement de peine dans le cadre d'une libération conditionnelle[451], mais aussi dans le cadre d'une mesure de sûreté telle que la surveillance judiciaire[452], la surveillance de sûreté[453] ou la rétention de sûreté[454]. En tout état de cause, la personne doit avoir encouru une peine de suivi socio-judiciaire. L'injonction de soins, dans ces hypothèses, est devenue la plupart du temps automatique[455]. L'injonction de soins dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire, obéit à une logique commune à tous les dispositifs décrits : la juridiction de jugement fixe la peine d'emprisonnement encourue par la personne condamnée pour une infraction, en cas d'inobservation des soins qui lui sont imposés. Toutefois, elle présente quelques particularités qui lui sont propres. Contrairement à l'obligation de soins, l'injonction de soins, pour qu'elle soit prononcée, est subordonnée à une expertise médicale. Si l'expertise conclut que la personne doit faire l'objet d'un traitement, et que la juridiction de jugement la condamne à un suivi socio-judiciaire, elle est alors automatiquement soumise à une injonction de soins. La personne condamnée est donc informée que le traitement ne peut lui être imposé sans son consentement, mais que si elle le refuse, la sanction d'emprisonnement pourra être mise à exécution. Aussi, contrairement à l'obligation de soins, la plupart des dispositions relatives à l'injonction de soins prévoient de façon explicite qu'aucun traitement ne peut avoir lieu sans le consentement de l'intéressé. C'est le cas notamment des textes relatifs au suivi socio-judiciaire[456], tant au moment de la condamnation que de l'application des peines, et de la surveillance judiciaire[457].

[450] Art. 131-36-1 du C. pén. : « Le suivi socio-judiciaire emporte, pour le condamné, l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines et pendant une durée déterminée par la juridiction de jugement, à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive. »
[451] Art. 731-1 du CPP.
[452] Art. 723-30 du CPP.
[453] Art. 706-53-19 du CPP.
[454] Art. 706-53-13 du CPP.
[455] V. en ce sens S. THÉRON, *op. cit.*, p. 11 ; pour deux exemples : cela vaut pour la condamnation pour le suivi socio-judiciaire en vertu de l'article 131-36-4 du Code pénal, et pour l'application des peines en vertu de l'article 763-3 du Code de procédure pénale.
[456] Art. 131-36-4 du C. pén. et art. 763-3 du CPP.
[457] Art. 723-35 du CPP.

B. La place de la responsabilisation en matière de soins pénalement ordonnés

132. Propos liminaires. Les soins pénalement ordonnés apparaissent comme des mesures ayant pour objectif de protéger la société contre certains délits et crimes qui, compte tenu de l'état psychique du condamné, sont susceptibles de faire l'objet d'une récidive, qui doit être empêchée pour préserver l'ordre public. L'objectif poursuivi reste alors d'obtenir une meilleure adhésion dans l'objectif, de protéger la personne elle-même, mais aussi, de protéger l'ordre public. Néanmoins se pose la question de la sanction, d'une part, et celle de l'influence véritable sur le droit de consentir d'autre part, interrogeant alors sur la place du concept de responsabilisation.

133. L'absence de consentement sanctionné ? La question qui se pose tout d'abord est celle de savoir si le refus de se soumettre aux soins imposés par décision judiciaire est sanctionné, de sorte que les mesures de soins puissent être assimilées à des outils de responsabilisation. Les poursuites pénales, si elles sont bien conditionnées par le consentement, ne trouvent néanmoins pas leurs origines dans le refus de soins. Le soin d'ailleurs reste une possibilité. Néanmoins, un refus entraîne pour l'intéressé une contrainte plus importante. Ainsi, les juges peuvent mettre à exécution la peine d'emprisonnement encourue qu'ils ont fixée en cas d'inobservance[458], écarter la possibilité d'une réduction supplémentaire de celle-ci[459], ou encore refuser toutes réductions de peine[460]. La sanction d'une inobservance dans ce cadre serait l'application de mesures plus sévères prises par le juge à l'encontre de l'intéressé : par exemple, dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge peut placer le condamné *inobservant* en détention provisoire ; il peut également procéder à une révocation du sursis dans le cadre d'une mise à l'épreuve, etc. *A contrario*, le consentement de la personne aux obligations de soins conduit à alléger sa peine. Ainsi, bien que les sanctions ne visent pas directement le refus de soins, elles en découlent. Dans ce contexte, on peut admettre qu'il existe une forme de sanction du refus, quoiqu'indirecte, dès lors que le consentement est conditionné par la menace de mesures davantage contraignantes, alors même que la loi n'impose pas le consentement en tant que tel. Par ailleurs, si le consentement, bien qu'il soit recherché, paraît illusoire, la question se pose de

[458] Art. 131-36-1 du C. pén.
[459] Art. 721-1 du CPP.
[460] V. art. 723-35 du CPP dans le cadre de la surveillance judiciaire.

savoir si ce postulat révèle des limites à l'analogie entre soins pénalement ordonnés et concept de responsabilisation.

134. Le consentement extorqué ou recherché ? Impact sur le concept de responsabilisation. La responsabilisation vise à réguler l'exercice du droit de consentir, dès lors qu'il est susceptible de porter atteinte à la société. L'appréciation du consentement questionne dès lors qu'il paraît nettement biaisé, conduisant à remettre en question la place de la responsabilisation. Autrement dit, la question est celle de savoir si la responsabilisation, dans la mesure où le consentement est détourné, peut véritablement jouer son rôle. Le refus pour la personne de se soumettre aux soins, ou de les suivre lorsqu'elle les a préalablement acceptés, est considéré comme un manquement aux obligations attachées à sa peine. Ainsi, cette dernière a vocation à être allégée par le consentement de la personne aux obligations de soins : le consentement est alors sans nul doute fortement incité, voire conditionné. Partant, le consentement est pris en compte « de manière négative et implicite »[461]. Soulignons par ailleurs que dans ce contexte, le dilemme qui se pose au juge dans le cadre des soins pénalement ordonnés est celui de savoir s'il est préférable de punir ou de soigner[462]. Cela revient finalement à se poser la question de savoir si punir un individu alors qu'il subit une maladie est nécessaire, notamment du point de vue de l'effet de la punition. Plus précisément, il ressort de l'analyse du dispositif - *a contrario* de l'obligation de soins qui a essentiellement pour finalité de venir aider le condamné en l'incitant à se soigner – que l'injonction constitue une mesure de sûreté, car son objectif est surtout de prévenir la récidive[463]. Une telle approche est d'ailleurs nettement confirmée par la loi du 10 mars 2010[464] qui consacre la possibilité pour le juge[465] d'imposer à la personne condamnée pour l'une des infractions prévues par l'article 706-47[466] du Code de procédure

[461] S. THÉRON, *op. cit.*, p. 10.
[462] V. en ce sens D. VIRIOT-BARRIAL, « Consentement et injonction de soins », RPDP 2010, p. 293.
[463] V. en ce sens, P. SALVAGE, « Le sursis d'épreuve avec injonction de soin », Dr. pén. 2009, étude 2 ; M. COUTURIER, « L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé ? », art. cit., p. 179.
[464] L. n° 2010-242, 10 mars 2010, tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.
[465] Art. 706-47-1 du CPP.
[466] Art. 706-47 du CPP : « Les personnes condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 peuvent être soumises à une injonction de soins prononcée soit lors de leur condamnation, dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire (…), soit postérieurement (…). Lorsqu'une injonction de soins est ordonnée, le médecin traitant peut prescrire un traitement inhibiteur de libido conformément à l'article L. 3711 du Code de la santé publique. Les personnes poursuivies pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 du présent code doivent être soumises, avant tout jugement au fond, à une expertise médicale. L'expert est interrogé sur l'opportunité d'une injonction de soins (…) ».

pénale[467], de se soumettre à un « traitement inhibiteur de la libido »[468], c'est-à-dire de procéder à une castration chimique, afin de brider ses pulsions sexuelles. Dès lors, il est certain que si, en théorie, le consentement reste libre, en ce sens que personne ne sera en droit de forcer *manu militari* la personne à se soumettre aux soins, il demeure fortement incité, voire « extorqué »[469]. Cela révèle-t-il pour autant les limites de l'analogie entre soins pénalement ordonnés et responsabilisation ?

135. À notre sens, il n'en est rien. Rappelons que les instruments de responsabilisation analysée dans sa composante collective ont justement pour objectif d'orienter l'individu, notamment par la menace d'une contrainte qui a vocation à *dissuader* et donc à *inciter*. Autrement dit, ce n'est pas parce que le consentement est fortement incité que la responsabilisation ne peut trouver à s'appliquer, bien au contraire, puisqu'il est admis que, de façon générale, en dehors des soins pénalement ordonnés, c'est précisément la menace de la sanction qui conforte l'objectif de responsabilisation. En effet, n'est-ce pas finalement le propre de toute sanction que de fortement inciter l'individu à ne pas adopter le comportement proscrit par la loi sous la menace de mesures contraignantes ? Cette interrogation oratoire ne fait que traduire l'effet prophylactique du droit que l'idéologie de responsabilisation rejoint. Ainsi, les mesures de soins pénalement ordonnées recouvrent diverses stratégies d'incitation, de soumission, d'assignation au consentement, si bien qu'on peut affirmer à ce stade qu'elles confortent l'idée d'une responsabilisation. Néanmoins, une telle affirmation reste subordonnée à l'état psychologique du condamné dont l'efficience de la responsabilisation dépend.

136. Les limites du concept de responsabilisation en matière de soins pénalement ordonnés : l'altération totale du consentement. Il reste que parfois, le discernement du condamné est altéré, si bien que la question qui est soulevée est celle relative à l'influence de cette sanction, fût-ce indirecte, sur la conscience de la personne, et donc sur sa responsabilisation. Si le discernement du condamné n'est pas altéré, les mesures de soins, bien qu'elles aient vocation à rendre son consentement illusoire, confortent le processus de

[467] Art. 706-47 du CPP.
[468] Art. 10 de la L. n° 2010-242, 10 mars 2010, tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.
[469] Art. L. 3423-1 du CSP ; v. également C. CASTAING, « L'ingérence médicale dans l'exercice du droit au consentement de la personne malade », *op. cit.*, p. 139.

responsabilisation, qui se retrouve renforcé par un état de conscience avéré. Néanmoins, la question se pose de savoir si cette influence sur la mise en jeu de la responsabilité du condamné tient véritablement une place dans l'objectif de responsabilisation dès lors que le discernement est dans certains cas inhibé. On peut hésiter quant à l'efficacité du processus de responsabilisation. Les personnes visées par les mesures de soins pénalement ordonnés sont parfois dépourvues de discernement. Ainsi, la menace d'une mesure contraignante ne peut conforter la place d'une responsabilisation de l'intéressé. Encore que, en dépit du fait que l'état mental du patient puisse limiter ses capacités de compréhension, son consentement demeure recherché, et par ailleurs, régulé, ce qui montre de surcroît qu'il est en mesure d'être conscient de la nécessité de recourir à des soins pénalement ordonnés. Ainsi, concernant les condamnés dont le discernement est altéré, on peut douter que la responsabilisation puisse trouver à s'appliquer pleinement. Tout du moins, on peut affirmer que l'analogie entre l'idéologie de responsabilisation et les mesures de soins pénalement ordonnés présente des limites certaines révélées par les hypothèses où le discernement du patient est annihilé.

137. Conclusion. En matière de soins pénalement ordonnés, le consentement de la personne condamnée, bien qu'il ne soit pas imposé, demeure central, car en cas de refus, il y a sanction, fût-elle indirecte. Cette sanction conduit à réguler le droit de consentir, en orientant les choix de l'individu, dans le dessin de sauvegarder les intérêts de l'individu lui-même, mais aussi de la collectivité dans son ensemble. Le fait que le consentement soit fortement incité, et pas nécessairement recherché, voire parfois illusoire, alors, n'empêche pas que les mesures de soins pénalement ordonnées confortent l'idée d'une responsabilisation. L'analogie a toutefois ses limites dès lors que le condamné présente des troubles mentaux qui altèrent son discernement, si bien qu'il est difficile d'y voir un quelconque effet *responsabilisant*.

§2. Les sanctions économiques à l'encontre du salarié

138. L'exemple le plus topique[470] des mesures prises par le législateur pour réguler le droit de consentir est bien évidemment la vaccination obligatoire. Depuis la loi du 15 février 1902 et l'institution de la première obligation vaccinale antivariolique, qui repose sur la

[470] D. TABUTEAU, « Santé et devoirs sociaux », art. cit., p. 42.

protection de la santé publique, la restriction la plus connue reste celle qui consiste en l'interdiction de s'inscrire dans certaines structures collectives ou de pratiquer certaines activités. En ce qui concerne les obligations vaccinales prévues par la loi de 2018, « L'admission ou le maintien dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autres collectivités d'enfants » est subordonné à la preuve du respect des obligations vaccinales[471]. D'ailleurs, plus qu'une sanction, il faut plutôt y voir une condition… Il existe néanmoins d'autres mesures sanctionnant *stricto sensu* le non-respect de l'obligation dans les structures dites collectives. Les exemples les plus illustratifs, mis à jour par l'épidémie contre la covid-19, sont les sanctions prises à l'égard du salarié. Depuis déjà 1991, l'article L. 4122-1 du Code du travail dispose qu'« il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité […] ». Les pouvoirs publics sollicitent avec insistance le soutien des entreprises privées et publiques pour mettre en œuvre la stratégie nationale de vaccination. Si elles entendent répondre à l'appel et contribuer à l'intérêt collectif de santé publique, les entreprises doivent néanmoins avoir pleinement conscience de leurs réels droits et devoirs ainsi que des risques auxquels elles s'exposent en matière de vaccination. À cet effet, la responsabilisation tant des employeurs que des employés est sollicitée. À ce stade, il convient de préciser que la responsabilisation de l'employeur est mobilisée de façon indirecte dès lors que les sanctions prises à l'égard de l'employé ont vocation à être préjudiciables aux intérêts de l'entreprise, et *a fortiori*, de l'employeur. Bien que l'article L. 4121-1 du Code du travail prévoie que « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs », cette obligation ne s'accompagne pas de sanction spécifique en cas de violation : une faute peut néanmoins lui être opposée, susceptible d'engager sa responsabilité civile à l'égard de ses salariés. Ainsi, dans le cadre de ces développements, si la responsabilisation de l'employeur est requise, c'est uniquement de façon indirecte, au regard des conséquences néfastes sur l'entreprise, que peut engendrer une sanction économique prise à l'encontre de l'employé. L'employeur a alors tout intérêt, à s'assurer que son salarié respecte ses obligations vaccinales. Le droit positif prévoit que le refus vaccinal expose son auteur à une sanction économique, témoignant de la volonté de le

[471] Art. L. 3111-2, II et R. 3111-8 du CSP : « Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui assurent la tutelle des mineurs sont tenues personnellement responsables de l'exécution de l'obligation prévue au I. La preuve que cette obligation a été exécutée doit être fournie, selon les modalités définies par décret, pour l'admission ou le maintien dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autres collectivités d'enfants ».

responsabiliser (I). Une telle mesure interroge néanmoins non seulement en termes de libertés individuelles, mais surtout du point de vue du droit du travail. La question se pose notamment de la validité de la sanction économique. Ainsi, la position du droit actuel est débattue (II).

I. L'admission traditionnelle de la sanction économique par le législateur

139. L'article L. 4122-1 du Code du travail dispose qu'« il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité […] ». Le manquement à ce devoir est d'après la Cour de cassation, de nature à justifier des sanctions disciplinaires à l'encontre du salarié, qui peuvent aller jusqu'au licenciement[472]. La mise en œuvre de ces dispositions est assurée par l'employeur, lequel est responsable de l'évaluation des risques et mesures de prévention[473] et donc débiteur d'une obligation de sécurité de résultat. Le médecin du travail veille, sous la responsabilité de l'employeur, à l'application des dispositions du Code de la santé publique sur les vaccinations obligatoires[474]. La sanction du refus vaccinal par un licenciement, qui trouve à s'appliquer seulement dans quelques cas identifiés, est applicable tant dans l'entreprise privée que publique constituant ainsi un instrument de responsabilisation en ce qu'elle participe à la politique de prévention des risques au sein de l'entreprise. Dans cet objectif, l'article L. 4122-1 du Code du travail a conduit le législateur à prévoir deux cadres législatifs. Le premier renvoie à un dispositif ancien, mis en place pour la première fois par un arrêté de 1991[475] (A). Le second renvoie à un dispositif récent, mis en place par la législation sur l'obligation vaccinale contre la covid-19, bien que l'obligation ait été depuis supprimée [476] (B).

[472] Soc., 23 mars 2005, n° 03-42.404.
[473] Art. R. 446-6 du C. trav.
[474] Art. R. 4626-25 du C. trav. ; A. 6 mars 2007, fixant les conditions d'immunisation des personnes visées à l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique.
[475] A. 15 mars 1991, fixant la liste des établissements ou organismes publics ou privés de prévention ou de soins dans lesquels le personnel exposé doit être vacciné modifié par l'arrêté du 2 août 2013 fixant les conditions d'immunisation des personnes mentionnées par l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique. Outre l'hépatite B, l'immunisation contre la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite doit être effectuée. V. *Le Guide des vaccinations 2012*, Direction générale de la santé, Comité technique des vaccinations, disponible en ligne sur le site internet de l'INPES.
[476] Bien que l'obligation ait été supprimée par le décret n° 2023-368 du 13 mai 2023 relatif à la suspension de l'obligation de vaccination contre la covid-19 des professionnels et étudiants, l'analyse du dispositif demeure intéressante dès lors qu'il a été mis en œuvre, et que sa suppression est liée non pas à des considérations d'ordre juridique, mais au fait que l'immunité collective a été atteinte. L'analyse du dispositif, au demeurant, apporte des réponses dans une démarche prospective.

A. Le dispositif prévu par l'arrêté de 1991

140. Déjà bien avant la crise sanitaire liée au coronavirus, le refus de vaccination constituait une cause de licenciement. Ce sont principalement les refus de se soumettre aux vaccins qui ont donné lieu à un contentieux entre les salariés et les employeurs. La vaccination est un élément de la politique de prévention, notamment des risques professionnels. Les personnes exerçant une activité professionnelle les exposant à des risques de contamination, se voient imposer l'obligation de se prémunir contre certaines pathologies en se soumettant à des vaccinations[477]. Un arrêté édicté par les ministres du travail et de la santé du 15 mars 1991[478] modifié par l'arrêté du 2 août 2013[479] et codifié à l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique, fixe la liste des établissements concernés par cette obligation. Si la Cour de cassation admet que le salarié qui ne se soumet pas à l'obligation de vaccinale s'expose à une sanction économique[480], restait en suspens la question de savoir quelle forme prendrait la sanction. Jusqu'à ce que la Cour de cassation, par un arrêt de 2012, tranche nettement la question, la réponse demeurait incertaine.

141. Arrêt de 2009 : incertitudes. La Cour de cassation a eu l'occasion, dans un arrêt de 2009[481], de se prononcer sur les conditions d'application et la nature de la sanction de l'employé qui refuse de se soumettre à une obligation imposée par la loi. Dans cette espèce, un employeur, après avoir pris connaissance du résultat négatif du test sanguin demandé au salarié en vue de vérifier son taux d'immunité, a constaté lui-même l'inaptitude du salarié à être maintenu en poste pour refus de vaccination. La Cour de cassation a justifié son licenciement dès lors que le salarié a refusé deux fois de se soumettre à la vaccination obligatoire et qu'après ce refus, l'employeur lui a proposé d'occuper un poste qui n'implique pas l'administration du vaccin en question, ce à quoi il s'est également opposé. La Cour de cassation, dans l'arrêt de 2009, argue alors en faveur d'une sanction subordonnée à un refus répété, d'une part, de se soumettre à l'obligation vaccinale, et d'autre

[477] V. art. L. 3111-4 du CSP : « Le médecin du travail veille sous la responsabilité du chef d'établissement à l'application des dispositions relatives aux vaccinations obligatoires ».
[478] A. 15 mars 1991, fixant la liste des établissements ou organismes publics ou privés de prévention ou de soins dans lesquels le personnel exposé doit être vacciné. Outre l'hépatite B, l'immunisation contre la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite doit être effectuée. V. *Le Guide des vaccinations 2012, op. cit.*
[479] A. 2 août 2013, fixant les conditions d'immunisation des personnes mentionnées à l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique.
[480] Soc., 23 mars 2005, n° 03-42.404.
[481] V. Soc., 28 oct. 2009, n° 08-43.376 ; 13 sept. 2012, n° 11-25.642.

part, d'occuper un autre poste proposé par l'employeur. Cette solution témoigne de la prudence des juges à sanctionner le salarié récalcitrant, ce qui, par ailleurs, est susceptible d'être préjudiciable à l'entreprise. La portée de la solution étant restée incertaine, c'est en 2012 que la Cour de cassation adopte une position tranchée.

142. Une réponse apportée par la jurisprudence en 2012. La Cour de cassation a tranché, par un arrêt de principe rendu en 2012[482], la question de savoir quelle serait la sanction d'un refus du salarié de se soumettre à un vaccin imposé par la loi, et dans quelles conditions la sanction serait mise en œuvre. Dans cette affaire, un salarié d'une pompe funèbre a refusé de se faire vacciner contre l'hépatite B, alors que le médecin du travail lui a prescrit une vaccination contre l'hépatite B, conformément à la réglementation en vigueur. L'employeur l'avait mis en demeure de produire un certificat médical attestant sa vaccination. Le salarié sollicite son employeur afin de connaître les sanctions légales envisagées en cas de refus. Par courrier, l'employeur précise au salarié que son contrat de travail au sein de l'entreprise ne pourra être maintenu en cas de défaut de vaccination. Après avoir pris connaissance de cette information, le salarié interroge le médecin du travail pour savoir si d'autres alternatives pouvaient se substituer à la vaccination, ce à quoi le médecin répond qu'aucune alternative ne serait aussi efficace que l'administration du vaccin. Le salarié prend alors l'initiative d'envoyer un courrier en faisant valoir que la vaccination ne pouvait pas porter atteinte à l'entreprise dès lors qu'en cas de transmission, il serait le seul contaminé. Cette argumentation n'a pas convaincu. Ainsi, faute de transmission de l'attestation de vaccination, objet de la mise en demeure à l'égard du salarié, ce dernier a été licencié pour cause réelle et sérieuse, pour avoir refusé délibérément et sans justification médicale de se soumettre à la vaccination contre l'hépatite B conformément aux dispositions réglementaires et conventionnelles en vigueur[483]. Le salarié saisit la juridiction prud'homale, en faisant valoir un licenciement abusif.

143. Les motifs de la cour d'appel et les moyens du pourvoi. La Cour d'appel de Nîmes déboute le salarié de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement abusif et retient que le licenciement était justifié par une cause réelle et sérieuse après avoir rappelé que pèse sur l'employeur une obligation de sécurité de résultat. La cour d'appel retient qu'il

[482] Soc., 11 juill. 2012, n° 10-27.888 : Bull. civ. V, n° 221 ; RDT 2012, p. 637, obs. V. PONTIF, « Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ».
[483] A. 15 mars 1991, JO du 3 avril 1991 et art. 211 de la Convention collective des pompes funèbres.

ressort des dispositions de l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique, de l'arrêté du 15 mars 1991 et de l'article 211 de la Convention collective des pompes funèbres que la vaccination contre l'hépatite B est obligatoire dans les établissements ou organismes publics ou privés de prévention ou de soins pour toute personne qui exerce une activité de nature à présenter un risque d'exposition à des agents biologiques — tel que cela peut être le cas pour les activités qui impliquent le contact avec des patients ou des personnes décédées — , le médecin du travail étant le seul à pouvoir apprécier au cas par cas le risque en fonction des caractéristiques du poste, et à recommander les vaccinations qu'il juge nécessaires. En outre, la cour d'appel retient qu'il ne peut être reproché à l'employeur de n'avoir trouvé aucune alternative de reclassement, dès lors qu'aucun texte légal ou conventionnel ne l'y contraint. Enfin, elle estime que l'employé aurait dû se soumettre à la vaccination sans qu'il ne « puisse opposer des controverses sur les effets secondaires possibles de cette vaccination obligatoire », ce qui a conduit le salarié à former un pourvoi en cassation. Dans son pourvoi, le salarié considère que le refus de se voir administrer une vaccination obligatoire ne peut être constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement dès lors qu'elle « l'expose au risque de développer une maladie grave, de sorte que le salarié peut s'opposer à cette vaccination en raison des risques qu'elle présente ».

144. La solution de la Cour de cassation. À la question de savoir si le refus de subir une vaccination rendue obligatoire dans le cadre de son travail constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement[484], la Cour de cassation répond par l'affirmative. La Chambre sociale de la Cour de cassation approuve la cour d'appel, en soulignant que la réglementation applicable à l'entreprise de pompes funèbres imposait la vaccination contre l'hépatite B pour les salariés dont les fonctions les exposaient au risque de contamination, après avoir constaté que le médecin du travail n'avait fait part d'aucune contre-indication médicale, de nature à justifier le refus du salarié de subir cette vaccination. C'est à travers cet arrêt que la Cour de cassation apporte des précisions sur une question qui jusqu'alors était empreinte de doute[485]. Ainsi, la Cour de cassation retient que, sauf contre-indication du médecin du travail, le refus du salarié de se soumettre à la vaccination imposée constitue

[484] Dalloz Actualité, 6 sept. 2012, obs. B. INES ; RJS 9/2012, n° 807.
[485] V. deux cas de licenciements prononcés pour faute grave à la suite d'un refus de subir des vaccinations obligatoires. Les deux décisions ont été cassées. Soc., 28 oct. 2009, n° 08-43.376 ; 13 sept. 2012, n° 11-25.642.

une cause réelle et sérieuse de licenciement[486]. Si l'arrêt étudié prend les apparences d'un arrêt d'espèce, la solution qui y est consacrée comporte des éléments qui laissent penser que la solution est applicable en dehors des pompes funèbres, à toute entreprise qui justifie de l'obligation vaccinale. La Cour de cassation précise à ce titre qu'il doit être fait référence à une convention collective spécifique à la branche, ou encore à une norme réglementaire ou légale sans en cibler une en particulier. L'exercice des fonctions doit ensuite exposer le salarié à un risque de contamination susceptible d'être qualifié en accident de travail ou maladie professionnelle, et il importe peu que le risque de maladie soit suffisamment grave[487]. La Cour de cassation considère alors que le refus est fautif dès lors que le salarié qui l'exprime ne présente pas de certificat contre-indiquant l'administration du vaccin. Cet arrêt n'a jusqu'alors pas fait l'objet d'un revirement.

145. Une solution attendue. Quoiqu'il en soit, l'obligation de l'entreprise de faire vacciner le personnel exposé contre l'hépatite B ne suscite pas, dans le cas d'espèce, de difficultés particulières. Prévue à l'article 2 de l'arrêté du 15 mars 1991[488] et reprise dans la convention collective des pompes funèbres[489], cette obligation est liée au fait que les entreprises de pompes funèbres « participent à l'activité » d'établissements soumis à cette obligation. Une telle position n'est par ailleurs pas surprenante lorsqu'elle est prise dans le cadre de l'entreprise, dès lors que le contrat de travail implique une double obligation de sécurité. La première pèse sur l'employeur qui, selon l'article L. 4121-1 du Code du travail, doit prévenir toute atteinte à la sécurité et au salarié[490]. La seconde obligation de sécurité, déjà évoquée, pèse sur le salarié qui doit prendre soin de sa santé et de sa sécurité au travail[491]. La solution se place au surplus dans la lignée de ce que prévoit le législateur depuis plus de trente ans. Rappelons en effet que l'arrêté du 15 mars 1991[492], modifié par

[486] V. en ce sens B. INES, « Le refus de vaccination est une cause réelle et sérieuse de licenciement », note sous Soc., 11 juill. 2012, n° 10-27.888.
[487] *Ibid*.
[488] A. 15 mars 1991, fixant la liste des établissements ou organismes publics ou privés de prévention ou de soins dans lesquels le personnel exposé doit être vacciné. Outre l'hépatite B, l'immunisation contre la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite doit être effectuée. V. *Le Guide des vaccinations 2012*, *op. cit.*
[489] Convention collective nationale des pompes funèbres du 1er mars 1974, IDCC 759, brochure n° 3269, art. 211.
[490] Art. L. 4121-1 du C. trav. : « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ».
[491] Art. L. 4122-1 du C. trav. : « il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité […] »
[492] A. 15 mars 1991, fixant la liste des établissements ou organismes publics ou privés de prévention ou de soins dans lesquels le personnel exposé doit être vacciné, JORF n° 79, 3 avr. 1991.

un arrêté du 29 mars 2005,[493] fixe la liste des établissements ou organismes publics ou privés de prévention ou de soins dans lesquels le personnel exposé doit être immunisé par l'administration d'un vaccin. Dans cette liste, figurent les entreprises des pompes funèbres : la convention collective prévoit, au sein de son article 211, une telle obligation[494]. Néanmoins, deux éléments majeurs rendent la solution particulière, et cristallisent l'attention : d'une part, le contexte, d'autre part, les conditions de mise en œuvre de la sanction.

146. Spécificités de l'espèce. La Haute juridiction considère que le simple fait de ne pas se faire vacciner, en dehors de toute contre-indication, est constitutif d'une faute. Or, dans le cas d'espèce, le salarié avait motivé son refus par un risque, celui de développer une maladie grave[495], ce qui n'était pas exclu par la littérature scientifique[496]. Alors qu'un doute sérieux existe quant à l'apparition d'effets secondaires graves, la Cour de cassation semble exclure la possibilité de refuser les vaccinations obligatoires pour des raisons personnelles, c'est-à-dire autres que médicales[497]. Par ailleurs, le refus conduit à un licenciement sans possibilité de recourir à des mesures intermédiaires, telles qu'une suspension de travail, avec éventuellement un délai butoir au-delà duquel le refus sera fautif, comme le prévoit, la législation sur la vaccination contre la covid-19 dans les milieux ciblés[498]. Il est évident qu'admettre, de manière générale, de refuser une vaccination obligatoire en raison des risques qu'elle présente serait ouvrir la boîte de Pandore[499], et que cette voie n'est pas souhaitable. Néanmoins, l'absence de preuve scientifique suffisante sur le risque de développer une sclérose en plaques causée par la vaccination contre l'hépatite B, le caractère

[493] A. 29 mars 2005, modifiant l'arrêté du 15 mars 1991 fixant la liste des établissements ou organismes publics ou privés de prévention ou de soins dans lesquels le personnel exposé doit être vacciné, JORF n° 85, 12 avr. 2005.
[494] V. art. R. 4626-25 du C. trav. ainsi que l'arrêté du 6 mars 2007 fixant les conditions d'immunisation des personnes visées à l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique.
[495] V. not. Civ. 2e, 25 mai 2004 : Bull. civ. II, n° 237 (accident du travail consécutif à une vaccination obligatoire contre l'hépatite B) ; D. 2004. Actu., p. 2008 ; RJS 8-9/2004, n° 966 – Civ. 2e, 15 avr. 2010, n° 08-21.721, inédit.
[496] V. note d'information de l'OMS sur les vaccins contre l'hépatite B, disponible en ligne sur le site www.who.int. Le Haut Conseil de santé publique continue de recommander cette vaccination, notamment pour les personnes exposées professionnellement. V. également ANSM, « Bilan de pharmacovigilance et profil de sécurité d'emploi des vaccins contre l'hépatite B », févr. 2012, disponible sur www.ansm.sante.fr.
[497] V. PONTIF, « Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement », art. cit.
[498] L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire.
[499] V. PONTIF, « Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement », art. cit.

défectueux du vaccin[500], ainsi que la déduction, dans certains cas du lien causal, y compris par le biais de présomptions graves précises et concordantes[501], ne devraient-ils pas être pris en compte ? Cette interrogation est renforcée par le fait que la solution retenue en 2012, tant sur les conditions que sur nature de la sanction, se révèle particulièrement stricte à l'égard du salarié, notamment vis-à-vis de l'arrêt précédent rendu en 2009.

147. Une innovation vis-à-vis de l'arrêt de 2009. La seconde particularité de l'affaire réside dans les conditions de mise en œuvre de la sanction. Sur ce point, la solution donnée par la Cour de cassation en 2012 est innovante notamment au regard de l'arrêt rendu en 2009[502] qui raisonne autrement, en termes de modification du contrat de travail, dès lors que l'employé exprime un double refus, d'une part, de se soumettre au vaccin de l'hépatite B et d'autre part, d'occuper un autre poste qui n'impliquerait pas une telle obligation. La Cour de cassation, dans l'arrêt de 2012, se montre plus sévère à l'égard du salarié récalcitrant en considérant que le simple refus de se faire vacciner justifiait une cause réelle et sérieuse de licenciement. En effet, dans l'arrêt de 2012, le salarié soutient en appel que l'employeur aurait dû lui proposer un changement de poste ou une relocalisation. L'argument soutenu par l'employeur a été repris par la cour d'appel : le licenciement n'est pas subordonné à une proposition de reclassement par l'employeur « dans la mesure où aucun texte légal ou conventionnel ne l'y oblige dans ce cas d'espèce et qu'en tout état de cause, tous les employés de cette petite entreprise de pompes funèbres sont amenés à être en contact avec des corps ».

148. L'arrêt de 2012 règle implicitement le conflit de normes et d'intérêts[503] qui oppose l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, et le droit pour toute personne de refuser de se soumettre à un acte médical. Mais la solution adoptée précédemment dans l'arrêt de 2009 ne semble-t-elle pas plus adaptée, car plus équilibrée ? En tout état de cause, la question était fortement délicate compte tenu du contexte et des enjeux. D'un côté,

[500] Civ. 1re, 9 juill. 2009, n° 08-11.073 : RTD civ. 2009, p. 735, P. JOURDAIN, « Défectuosité du vaccin anti-hépatite B et défaut d'information sur les effets indésirables » ; v. également Civ. 1re, 26 sept. 2012, n° 11-17.738 : D. 2010, p. 391, G. VINEY, « La responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins ».

[501] Le bref délai de survenance des symptômes de la maladie après la vaccination, ainsi que la santé du patient antérieurement à cette vaccination et l'absence d'antécédent à cette maladie sont mobilisés pour établir un lien causal. CE, 9 mars 2007, n° 267635 : Lebon ; AJDA 2007, 861, concl. T. OLSON.

[502] Soc., 28 oct. 2009, n° 08-43.376.

[503] V. en ce sens H. K. GABA, « Vaccination obligatoire en milieu de travail : sanction du refus non justifié du salarié », JSL 11 oct. 2012, n° 329.

l'obligation vaccinale et la protection des tiers permettent de comprendre la solution de la Cour de cassation. D'un autre côté, celle-ci peut paraître sévère, à plus forte raison compte tenu du contexte, au regard des principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain qui invitait à la Cour de cassation à faire preuve de plus de nuances. En tout état de cause, il devient évident que la responsabilisation tant des employés que des employeurs est sollicitée, conduisant ainsi à externaliser la politique de santé nationale en entreprise.

B. Le cadre prévu par la législation sur l'obligation vaccinale contre la covid-19

149. Propos liminaires. La nécessité de mobiliser les entreprises afin d'appliquer la stratégie nationale de vaccination a été renforcée par la crise sanitaire liée à l'épidémie du coronavirus. Si l'obligation vaccinale a été supprimée par un décret du 13 mai 2023[504], l'analyse du dispositif n'en reste pas moins importante, dès lors que d'une part, il prévoyait une sanction en cas de manquement à l'obligation, et que, d'autre part, la suppression a été justifiée par la réalisation de l'immunité collective. Facultative sur le principe, la vaccination en entreprise a été strictement encadrée par un protocole régulièrement mis à jour par le ministère du Travail en fonction de l'évolution de la maladie. La loi du 5 août 2021 relative à la vaccination contre la covid-19 imposée aux soignants exerçant dans certaines structures médico-sociales et de soins a fait l'objet de nombreuses contestations. Pourtant, l'obligation de vaccination dans certaines structures spécifiques, on l'a vu, n'est pas nouvelle[505]. L'ampleur de la pandémie récente de la covid-19 a de nouveau poussé les pouvoirs publics à associer les entreprises privées et publiques à la stratégie nationale vaccinale, qui deviennent des acteurs indispensables de la responsabilisation. Il reste que l'introduction de l'obligation vaccinale contre la covid-19 actualise davantage le débat, à l'heure où la méfiance à l'égard de la médecine est fortement exprimée par les citoyens[506].

[504] D. n° 2023-368, 13 mai 2023, relatif à la suspension de l'obligation de vaccination contre la covid-19 des professionnels et étudiants.
[505] V. A. 15 mars 1991, fixant la liste des établissements ou organismes privés ou publics concernés par l'obligation vaccinale relative à la vaccination contre l'hépatite B, le tétanos, la diphtérie et la poliomyélite qui s'impose à certaines professions s'exerçant dans le domaine sanitaire ou médico-social ou aux personnels des établissements privés et publics de prévention ou de soins ; v. également D. n° 2006-1260, 14 oct. 2006, relative à l'obligation vaccinale contre la grippe saisonnière qui a été suspendue en 2006 après avoir été imposée aux professionnels travaillant au contact de personnes fragiles dans les établissements ou organismes publics et privés concernés.
[506] V. CEDH, 9 juill. 2002, n° 42197/98, Salvetti c/ Italie.

À plus forte raison, le manquement à une telle obligation expose le salarié à une sanction économique[507].

150. Cadre législatif : généralités. La loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire a imposé la suspension du contrat de travail, et du droit à rémunération lorsqu'un salarié refuse de présenter un pass sanitaire[508], ou de se soumettre à l'obligation vaccinale professionnelle[509]. Fortement incité pour la population, le vaccin contre la covid-19 devient obligatoire dans certains secteurs professionnels ciblés, par la loi relative à la gestion de la crise sanitaire du 5 août 2021[510]. Lorsque le salarié persistait dans son attitude, le projet de loi permettait à l'employeur de rompre le contrat de travail à l'issue d'un délai de réflexion de deux mois[511]. Le Sénat a supprimé ce motif *sui generis* de licenciement. La loi ne prévoit plus aucune disposition spécifique relative à la rupture du contrat. L'obligation quant à elle n'a pas été écartée.

151. Sur l'obligation. Cette obligation s'impose à certains professionnels de santé exerçant dans certaines structures médico-sociales ou de soins, dont les listes sont fixées par la loi. Si une telle vaccination est ciblée, c'est parce qu'elle concerne des personnes hautement exposées aux risques de contamination et constituant par ailleurs une menace pour des personnes potentiellement fragiles telles que les malades. L'article 12 de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire fixe trois critères non cumulatifs définissant le champ d'application de l'obligation vaccinale. Ces conditions ne s'appliquent néanmoins pas aux personnes pour qui le vaccin est contre-indiqué. En tout premier lieu, ledit article définit le lieu d'exercice en listant quatorze catégories d'établissements de santé, sociaux, et médicaux-sociaux pour lesquels l'obligation vaccinale s'applique aux professionnels qui exercent en leur sein, nonobstant leur statut, profession ou fonction. Le second critère renvoie à la profession des personnes[512]. Le dernier critère fait référence aux

[507] L'article L. 3136-1 du Code de la santé publique prévoit une amende en cas d'exercice d'une profession sans soumission à la vaccination obligatoire mais qui ne présente pas d'enjeu particulier, c'est pourquoi l'attention doit notamment être portée sur la sanction économique au sein de l'entreprise, à savoir les sanctions relatives au contrat de travail.
[508] Art. 1 de la L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire.
[509] Art. 14 de la L. n° 2021-1040, précit.
[510] Loi n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire, JORF n° 0181, 6 août 2021.
[511] C. RADÉ, « Et maintenant que vais-je faire ? », Dr. soc. 2021, p. 865.
[512] L'article 12 de la loi du 5 août 2021 fixe à cet effet un ensemble de professions ou activités professionnelles pour lesquelles l'obligation vaccinale s'applique, lorsque les fonctions ne sont pas exercées dans l'un des établissements visés.

conditions de travail. Ainsi, il concerne les personnes qui n'exercent ni dans l'un des établissements visés par l'article ni une des professions ou activités professionnelles listées. Ces personnes sont celles qui « travaillent dans les mêmes locaux » que les professionnels soumis à l'obligation vaccinale[513]. La suspension du professionnel qui viole une telle obligation constitue la sanction principale. Partant, cette obligation conduit à protéger le personnel du secteur sanitaire et social particulièrement exposé ; mais également à prévenir le risque de transmission aux patients lesquels sont, par essence, en état de fragilité[514]. Au-delà des considérations sectorielles, une telle obligation contribue à augmenter la couverture vaccinale de l'ensemble de la population.

152. Sur la sanction. La solution adoptée par la Chambre sociale de la Cour de cassation[515] en vertu de laquelle le refus par le salarié de se faire administrer les vaccins imposés par la réglementation de l'entreprise, sauf contre-indication médicale, est susceptible de conduire à un licenciement, ne sera pas retenue par le législateur concernant le cas spécifique de la vaccination contre la covid-19. Les principales organisations syndicales s'y étaient d'ailleurs fermement opposées[516]. Ainsi, la confédération française de l'encadrement-Confédération générale des cadres a considéré que le texte était un « dérapage » et qu'il est « transgressif, dangereux et inquiétant de voir apparaître pour la première fois un motif de licenciement à la charge du salarié relevant de sa vie privée ». La Confédération générale du travail, de son côté, a dénoncé que « la cible à combattre est le virus, pas les salariés » et que les dispositions du projet « porteraient atteinte à leur liberté de travailler »[517]. D'autres s'y sont opposés, notamment le Mouvement des entreprises de France, en dénonçant les pertes pour l'entreprise qui devra assumer la charge des indemnités liées à la rupture du contrat de travail, ainsi qu'à la perte préjudiciable d'un collaborateur

[513] Le II de l'article 12 dispose que l'obligation vaccinale ne peut s'appliquer « aux personnes chargées de l'exécution d'une tâche ponctuelle au sein des locaux dans lesquels les personnes mentionnées aux 1°, 2°, 3° et 4° du même I exercent ou travaillent ». Toutes personnes soumises à l'obligation vaccinale devront présenter le justificatif d'un schéma vaccinal complet ou d'un certificat de rétablissement valide ou encore un certificat de contre-indication, sous peine de suspension.
[514] K. MEIFFRET-DELSANTO, « Obligation vaccinale contre la covid-19 : une protection de la population nocive pour l'entreprise ? », Dr. soc. 2022, p. 104.
[515] Soc., 11 juill. 2012, n° 10-27.888 : Bull. civ. V, n° 221 ; RDT 2012, p. 637, V. PONTIF, « Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ».
[516] « Pass sanitaire et licenciements : des syndicats dénoncent les dispositions du projet de loi anti-covid », Le Monde, 23 juill. 2021.
[517] *Ibid.* ; v. C. RADÉ, art. cit.

important pour le bon fonctionnement de l'entreprise[518]. Dans un premier temps, le Sénat avait exclu cette possibilité pour les contrats à durée indéterminée, mais l'avait maintenue pour les contrats à durée déterminée. Néanmoins, le Conseil constitutionnel[519] a censuré cette disposition, en retenant que le législateur avait institué une différence de traitement entre les salariés selon la nature de leur contrat de travail, qui était exempte de lien avec l'objectif poursuivi, c'est-à-dire lutter contre l'épidémie.

153. La suspension plutôt que la rupture du contrat de travail. Aujourd'hui, la loi prévoit alors, plutôt que la rupture du contrat de travail, la suspension de ce dernier : ainsi, « Lorsqu'un salarié soumis à l'obligation prévue aux 1° et 2° du A du présent II ne présente pas les justificatifs, certificats ou résultats dont ces dispositions lui imposent la présentation et s'il ne choisit pas d'utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou des jours de congés payés, ce dernier lui notifie, par tout moyen, le jour même, la suspension de son contrat de travail. Cette suspension, qui s'accompagne de l'interruption du versement de la rémunération, prend fin dès que le salarié produit les justificatifs requis »[520]. Cette suppression de la possibilité de rompre le contrat de travail a été justifiée par l'objectif de « définir des sanctions proportionnées en cas de manquement des professionnels à leur obligation vaccinale »[521]. Précisons que l'employeur ne dispose d'aucune marge de manœuvre dès lors que la suspension du contrat de travail est « comminatoire » et s'impose « aux deux parties au contrat de travail »[522]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la suspension du contrat de travail ne constitue pas une sanction disciplinaire, en ce sens qu'elle s'impose tant au salarié qu'à l'employeur qui n'a aucune mainmise dessus[523]. Cette suspension trouve sa source dans l'obligation légale qui impose aux salariés de prendre soin de leur santé et de leur sécurité ainsi que celles des autres personnes concernées par leurs actes ou leurs omissions au travail[524]. La question demeure de savoir jusqu'à quand la suspension peut durer, sachant qu'elle peut être préjudiciable à

[518] V. « Coronavirus : le pass sanitaire est un "énorme handicap pour la reprise", affirme le patron du Medef qui réclame son report au 30 septembre », 20 Minutes avec AFP, 23 juill. 2021 ; « Passe sanitaire : "Les employeurs ne sont pas des gendarmes" pour le Medef de l'Indre », France Bleu, 24 juill. 2021.
[519] Cons. const., 5 août 2021, n° 2021-824 DC, Loi relative à la gestion de la crise sanitaire : AJDA 2021, p. 1652, p. 2610, note M. VERPEAUX ; D. 2021, p. 1548, obs. ; AJ fam. 2021, 448, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.
[520] Art. 1er de la L. n° 2021-1040, 5 août 2021.
[521] Amendement n° COM-216 (art. 7), présenté par Mme Deseyne, rapporteur pour avis, 23 juill. 2021.
[522] C. RADÉ, art. cit.
[523] Obs. sous l'amendement COM-216, présenté par Mme Deseyne, rapporteur pour avis, 23 juill. 2021.
[524] Art. L. 4122-1 du C. trav.

l'entreprise sur le plan économique, et qu'il ne peut être concevable qu'une suspension perdure. Et si la suspension ne peut persister indéfiniment, quel serait son sort ? C'est ce à quoi nous tenterons de répondre.

154. Conclusion. Le législateur et les juges marquent nettement leur volonté de responsabiliser les acteurs de l'entreprise. Les mesures prévues, tant par l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique, que par la législation relative à la vaccination contre la covid-19 en milieu ciblé, se révèlent être des leviers de responsabilisation qui pèsent tant sur le salarié que l'employeur. Le dispositif, relativement ancien prévu par l'arrêté de 1991 pour la première fois, a conduit la jurisprudence à admettre des sanctions en cas de violation des obligations prévues par l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique, pouvant aller jusqu'au licenciement. En outre, approuvée par les organismes médicaux et scientifiques qu'ils considèrent comme une exigence éthique[525], la vaccination du personnel des structures sanitaires et sociales contre la covid-19 avait rejoint, jusqu'à sa suppression,[526] la liste des vaccins obligatoires ciblés. La politique nationale était à nouveau externalisée : les professionnels exerçant dans le secteur médico-social doivent, plus que n'importe qui, se responsabiliser, dès lors qu'ils sont particulièrement représentatifs de la politique de santé, et qu'ils sont confrontés à une forte concentration de personnes vulnérables, ainsi qu'à des risques élevés de contamination. Il reste que la sanction prévue par le projet de loi consistant en un licenciement a été supprimée. S'il demeure possible de suspendre le contrat de travail du salarié, rien n'est dit sur la longévité de la suspension, alors qu'on le sait, elle ne peut pas être indéfinie. Ainsi, la question demeurait de savoir si la persistance du refus, entraînant une suspension longue, serait de nature à justifier un licenciement. Le droit commun permet d'envisager une telle issue, mais rien n'est vraiment certain. Si aujourd'hui en raison de la suppression de l'obligation, la question ne se pose plus pour la covid-19, elle demeure en suspens pour des potentiels cas analogues futurs.

[525] G. PIALOUX, « L'obligation vaccinale, une exigence éthique et politique », *in* E. HIRSH (dir.), *Une démocratie endeuillée. Pandémie, premier devoir d'inventaire*, Érès, coll. Espace éthique, 2021, p. 112 ; E. HIRSH, « L'obligation vaccinale, une exigence éthique et politique », The Conversation, 16 mars 2021.
[526] D. n° 2023-368, 13 mai 2023, relatif à la suspension de l'obligation de vaccination contre la covid-19 des professionnels et étudiants.

II. De la légitimité certaine de l'obligation à la légitimité relative de la sanction

Si l'obligation de vaccination ne fait pas beaucoup de doute quant à sa constitutionnalité et sa conventionnalité (A), c'est la légalité de la sanction économique qui interroge particulièrement du fait de « l'importance de la sanction »[527]. La légitimité de la sanction étant contrastée, il s'agit de rechercher, parmi les exemples cités, la sanction la plus adaptée (B).

A. L'admission traditionnelle d'une atteinte justifiée aux libertés et droits fondamentaux

155. Propos liminaires. Imposer une vaccination constitue une ingérence dans l'exercice du droit de consentir. Ainsi, elle questionne le droit au respect de la vie privée, et constitue une atteinte à l'intégrité physique et morale tel que garantie par l'article 8§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que les dispositions de l'article 16-1 du Code civil. Néanmoins, une telle exigence est justifiée par l'intérêt général qui, traditionnellement, fonde les limitations aux droits individuels, mais également par l'obligation de sécurité qui s'impose à l'employeur, ainsi concerné par la santé de ses employés. N'oublions pas que l'article 8 de la Convention européenne[528] prévoit lui-même que le droit au respect à la vie privée peut être restreint par une loi, dès lors que l'objectif poursuivi relève de l'intérêt général, ou encore, pour des motifs de santé publique. Il est indéniable que l'entreprise doive veiller à ses propres intérêts, en s'assurant que le comportement de l'individu face à sa santé ne met pas en péril celle des autres. Cela est d'autant plus vrai dans le secteur public, et notamment hospitalier, dans lequel on retrouve une forte concentration de personnes vulnérables. Toutefois, pour contester de telles obligations, on retrouve les arguments traditionnels que les pourfendeurs de l'obligation vaccinale invoquent : notamment, droit à la vie privée[529], la liberté de

[527] V. en ce sens K. MEIFFRET-DELSANTO, art. cit., p. 104.
[528] Art. 8 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénale, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »
[529] Art. 8 § 1 de la ConvEDH : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

conscience[530], et le droit de consentir[531]. Si ces atteintes sont bien réelles, face aux lois sur l'obligation vaccinale, ces arguments n'ont pourtant jamais franchi le cap du contrôle de proportionnalité opéré tant par les juridictions nationales que la Cour européenne.

156. Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, et la Cour européenne des droits de l'homme face à l'obligation vaccinale infantile. En dehors des lois spécifiques imposant des vaccins à des professions et milieux ciblés, le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de l'obligation vaccinale, puisqu'en 2015[532], il a été saisi à propos de l'extension vaccinale infantile[533]. Dans sa solution, il retient que l'obligation vaccinale ne porte pas atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé, garantie par le onzième alinéa du Préambule de 1946 et que l'obligation vaccinale n'est pas une mesure disproportionnée compte tenu de l'objectif de protection collective poursuivi. La position de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans cette même logique. Dans un arrêt rendu en 2012[534], où des parents avaient refusé de faire vacciner leur enfant, la Cour européenne des droits de l'homme avait fait primer l'intérêt de l'enfant, qui était de se faire vacciner. Ainsi, la CEDH, afin d'apprécier la validité de l'obligation vaccinale, opère traditionnellement une balance entre d'un côté, l'intérêt de protéger la santé publique et d'un autre, le degré d'atteinte de la liberté[535]. Si

[530] Art. 9 de la ConvEDH : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

[531] Art. 5 et 6 de la Convention d'Oviedo, 4 avr. 1997.

[532] Cons. const., 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC, Épx L. : AJDA 2015, p. 611 ; D. 2015, p. 687.

[533] Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel avait été saisi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par des parents qui refusaient de faire vacciner leur fille contre la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite car ils prétendaient que certains adjuvants contenus dans ces vaccins étaient toxiques. Le Conseil constitutionnel précise que le législateur, en adoptant une loi sur l'obligation vaccinale a voulu « lutter contre trois maladies très graves et contagieuses ou insusceptibles d'être éradiquées ». Il ajoute « qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ». Le Conseil précise qu'il ne lui appartient pas « de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé ».

[534] CEDH, 15 mars 2012, n° 24429/03, Solomakhin c/ Ukraine, § 36.

[535] V. en ce sens J.-P. MARKUS, « Du vaccin obligatoire à l'obligation vaccinale », Dr. famille 2018, étude 9 ; K. MEIFFRET-DELSANTO, art. cit., p. 104.

elle reconnaît que l'obligation vaccinale constitue bien une atteinte au droit à la vie privée consacré par l'article 8[536], elle considère que cette atteinte est justifiée lorsqu'elle est prévue par la loi et constitue « une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (…) à la protection de la santé », faisant primer les intérêts de la collectivité sur les intérêts individuels. De la même manière, en 2013, la CEDH a pu confirmer dans un contentieux concernant la République tchèque dans lequel la France est intervenue, que l'obligation vaccinale infantile était conforme à la Convention[537]. Elle considère qu'une telle obligation est justifiée par la nécessité de « protéger la population contre des maladies susceptibles d'avoir de lourdes conséquences pour la santé de l'individu et, en cas de graves poussées épidémiques, de perturber la société »[538]. Et c'est dans le paragraphe 306 de sa décision qu'elle estime que n'est pas « disproportionné le fait qu'un État exige, de la part de ceux pour qui la vaccination représente un risque lointain pour la santé, d'accepter cette mesure de protection universellement appliquée, dans le cadre d'une obligation légale et au nom de la solidarité sociale ». Elle conclut ensuite en retenant « qu'il était valablement et légitimement loisible au législateur tchèque d'opérer ce choix, qui est pleinement compatible avec les raisons qui sous-tendent la protection de la santé de la population. L'existence théorique de moyens moins intrusifs, qui, selon les requérants, permettent d'atteindre cet objectif ne change rien à cette conclusion ».

157. Le Conseil d'État emprunte la même voie, dans un arrêt récent rendu le 6 mars 2019[539]. Dans cette affaire, la Ligue nationale pour la liberté des vaccinations[540] a saisi le Conseil d'État d'une demande d'annulation du décret du 25 janvier 2018 relatif à la vaccination obligatoire[541], pris en application de la loi du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018[542]. Le Conseil d'État souligne que les onze infections

[536] CEDH, 15 mars 2012, n° 24429/03, Solomakhin c/ Ukraine, § 33.
[537] La Cour européenne des droits de l'homme avait été saisie par des parents qui estimaient que la vaccination obligatoire des enfants imposée par la République tchèque portait atteinte à la Convention européenne des droits de l'homme et notamment en ce qu'elle violait sont article 8 qui garantit « le droit au respect de la vie privée et familiale ». L'un des plaignants avait reçu une amende alors que d'autres s'étaient vu refuser l'accès à l'école maternelle pour leurs enfants non vaccinés. Les vaccins en question étaient pour la plupart semblables à ceux obligatoires en France.
[538] CEDH, 8 avr. 2021, n° 47621/13, Vavrika c/ République tchèque, § 300.
[539] CE, 6 mars 2019, n° 419442.
[540] L'association requérante invoquait notamment l'atteinte portée par cette obligation législative au droit à l'intégrité physique qui découle du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
[541] D. n° 2018-42, 25 janv. 2018, relatif à la vaccination obligatoire.
[542] L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017, de financement de la sécurité sociale ayant porté de trois à onze le nombre de vaccinations obligatoire.

concernées par l'obligation sont très contagieuses, graves, susceptibles pour certaines d'engager le pronostic vital ou d'engendrer de graves complications, et que la couverture vaccinale est aujourd'hui insuffisante, notamment pour créer une immunité collective bénéficiant notamment aux personnes qui ne peuvent être vaccinées en raison de contre-indication médicale. Et d'ajouter que les vaccins énumérés sont très efficaces, allant jusqu'à 100 % pour certains, et leurs effets indésirables sont limités au regard de leur efficacité et des bénéfices attendus. Ainsi, le Conseil d'État compétent pour apprécier, cette fois, la conventionnalité des dispositions du Code de la santé publique relatives à l'obligation vaccinale en milieu professionnel, a jugé que les atteintes à la vie privée[543], à la liberté de conscience[544], et au principe de non-discrimination[545] qui ont été constatées, sont légitimées par l'objectif de protection de la santé publique expressément reconnue dans les restrictions visées par la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État a considéré que ces atteintes étaient justifiées par « l'objectif poursuivi d'amélioration de la couverture vaccinale, pour en particulier, atteindre le seuil nécessaire à une immunité de groupe au bénéfice de l'ensemble de la population et proportionnées au but recherché »[546].

158. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État face à l'obligation vaccinale contre la covid-19. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 5 août 2021[547] a validé l'obligation vaccinale contre la covid-19 en milieu professionnel. Les Sages ont retenu que le législateur a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé. De son côté, le Conseil d'État clôt le débat sur le périmètre de l'obligation de vaccination contre la covid-19 dans les établissements publics de santé. Dans les quatre espèces qui se sont présentées à lui, quatre personnes avaient demandé la suspension de l'exécution de décisions en vertu desquelles elles ont été suspendues de leur fonction en raison du défaut de vaccination qui s'imposait à elle. « Toute personne travaillant régulièrement au sein de locaux relevant d'un établissement de santé doit être vaccinée », juge-t-il dans ces quatre

[543] Art. 8 de la ConvEDH.
[544] Art. 9 de la ConvEDH.
[545] Art. 14 de la ConvEDH.
[546] CE, 6 mars 2019, n° 419442 et n° 415694 : Lebon ; AJDA 2019, p. 964, p. 2200, note A. LEGRAND ; RDSS 2019, p. 562, obs. J. PEIGNÉ.
[547] Cons. const., 5 août 2021, n° 2021-824 DC, Loi relative à la gestion de la crise sanitaire : AJDA 2021, p. 1652, p. 2610, note M. VERPEAUX ; D. 2021, obs., p. 1548 ; AJ fam. 2021, p. 448, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

décisions[548] rendues le 2 mars 2022[549]. Concernant les vaccins imposés à certaines professions et dans des milieux ciblés par l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique, ni le Conseil d'État, ni le Conseil constitutionnel, ni la CEDH ne se sont prononcés sur sa conformité. Néanmoins, compte tenu de la position des juridictions nationales et européenne, la conformité de l'arrêté qui introduit l'article précité, tant aux normes conventionnelles qu'à la Constitution ne fait aucun doute. Notamment, parce que ce dispositif se justifie par le caractère particulièrement grave des maladies en question, ainsi que par le fait que les professions mentionnées sont fortement exposées au risque de contamination des pathologies contre lesquels les vaccins luttent.

B. La légitimité contrastée de la sanction

159. L'admission d'une obligation vaccinale au regard des intérêts collectifs se fait de façon relativement convergente par les différentes juridictions, dès lors que l'intérêt général le justifie et que la proportionnalité le permet. En ce qui concerne les sanctions, elles demeurent des moyens incontournables de faire appliquer la politique sanitaire, mais encore faut-il qu'elles soient adaptées et proportionnées. Ainsi, de façon générale, le principe de la sanction est légitime dès lors qu'il renforce l'efficacité de la politique nationale sur la vaccination, et les textes témoignent encore une fois de la volonté de responsabiliser les acteurs de l'entreprise. Néanmoins, la nature de la sanction pourrait remettre en doute sa légitimité. Il convient alors de confronter toutes les sanctions qui ont été mentionnées[550] afin d'identifier celle qui serait la plus adaptée. Les dispositifs mis en place témoignent de l'importance des enjeux et de la nécessité de faire appliquer la politique nationale à l'échelle de l'entreprise et révèlent par ailleurs la volonté des politiques d'intensifier les moyens de contrôle de la politique sanitaire. De cette manière, le législateur s'assure une nouvelle fois d'une meilleure effectivité de la politique de vaccination. Bien que l'idée d'une sanction économique soit bénéfique pour la protection de la santé individuelle et collective, les effets néfastes qu'elle peut emporter à l'égard de l'entreprise, ainsi que la nécessité d'adopter une réponse équilibrée au regard du salarié conduisent à questionner la pertinence des sanctions

[548] CE, 2 mars 2022, n[os] 459274, 459589, 459790 et 458353 ; 22 mars 2022, n° 458237.
[549] CE, 2 mars 2022, n° 459274 : AJDA, 2022, p. 487, obs. E. MAUPIN « Tout le personnel travaillant à l'hôpital doit être vacciné contre la covid-19 ».
[550] V. *supra*, n°144 et s., 149, 152 et 153.

adoptées. Il est alors essentiel de souligner les lourdes conséquences qu'une sanction économique peut entraîner, afin de mieux apprécier le caractère légitime de la sanction.

160. Sur les effets néfastes sur l'entreprise. De façon générale, que la sanction consiste en la suspension ou la rupture du contrat de travail, les entreprises concernées par l'obligation vaccinale sont susceptibles d'en subir les conséquences économiques. En effet, l'entreprise doit faire face aux éventuelles suspensions et ruptures du contrat de travail de certains salariés réfractaires dont ils ont pourtant besoin. Il est en effet difficile pour les entreprises de proposer la même offre avec un effectif réduit. Car il se peut que l'entreprise ne puisse recruter d'autres salariés si la demande est faible ou inexistante. Par ailleurs, la diminution de l'effectif peut conduire à accroitre l'activité qui pèse sur les employés toujours en poste, augmentant ainsi le risque d'accident de travail. Le problème étant que si un dommage ou une lésion intervient sur le lieu et au temps de travail, l'accident sera présumé lié au travail[551], et même dans l'hypothèse où le dommage survient hors temps et lieu de travail, le salarié pourra le rattacher aux conditions et vie au travail[552]. Cette situation pourra conduire le salarié à invoquer à l'encontre de l'employeur une faute s'il parvient à démontrer que l'employeur avait conscience du danger et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'éviter[553]. Au surplus, force est de constater qu'il n'est, en dehors de toute considération juridique, pas toujours bénéfique pour l'employeur de devoir se délaisser de certains de ses employés, à plus forte raison lorsque le secteur est soumis à de fortes tensions, tel que c'est le cas pour l'hôpital qui manque déjà de personnel, pourtant nécessaire au maintien de la santé de tous. Ainsi, on ne saurait nier les propos d'un auteur qui s'exprimait sur les sanctions pour défaut de vaccination contre la covid-19 en affirmant qu'« il n'est (toutefois) pas certain que les entreprises auront intérêt à se précipiter pour se débarrasser des récalcitrants, surtout dans les secteurs en tension. On peut penser au contraire qu'elles chercheront plutôt à s'arranger avec le cadre sanitaire, à l'instar des hôpitaux martiniquais soucieux de garder à l'effectif leurs soignants. Dans cette période compliquée plus que jamais, les entreprises devront faire preuve de souplesse ! »[554].

---

[551] Art. L. 411-1 du CSS.
[552] V. par ex. not. Civ. 2e, 6 juill. 2017, n° 16-20.119 : Bull. civ. II, n° 163 ; RDSS 2017, p. 961, obs. T. TAURAN.
[553] Art. L. 452-1 du CSS ; art. L. 4121-1 et L. 4121-2 du C. trav. ; Civ. 2e, 8 oct. 2020, n° 18-26.677 : RDT 2021, p. 67, obs. L. DE MONTVALON ; RDSS 2020, p. 1217, obs. T. TAURAN ; JCP S 2020, n° 45, n° 3070, comm. D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; JCP S 2020, n° 45, n° 3071, comm. M. KEIM-BAGOT.
[554] C. RADÉ, art. cit.

161. Plus particulièrement, sur les effets néfastes de la législation sur la vaccination contre la covid-19 à l'égard de la protection des données personnelles. Par ailleurs, la mission de contrôle qui pèse sur l'employeur[555], — débiteur d'une obligation de sécurité - pour soutenir la politique publique, est susceptible de conduire à des atteintes à la protection des données personnelles. En effet, la vérification du schéma vaccinal via les applications dédiées ou les fichiers et registres nécessaires à l'exécution de cette nouvelle obligation contient des données soumises au règlement général sur la protection des données (RGPD). Néanmoins, la législation sur la vaccination contre la covid-19 ne distingue pas selon la taille de l'entreprise : qu'elle soit petite ou grande, elle devra dans tous les cas se soumettre au respect du RGPD. Or, les petites entreprises sont rarement accompagnées par des conseils[556]. Le protocole de vérification est particulièrement lourd, et la mise en œuvre des droits et obligations est complexe[557], ce qui augmente les chances de non-respect du RGPD conduisant à des atteintes à la protection des données personnelles.

162. Sur les effets à l'égard du salarié. En outre, de façon générale, la sanction qui s'applique au salarié, qui peut aller jusqu'au licenciement doit être discutée : est-elle juste et équilibrée ? Si le principe de la sanction est légitime, la réponse à cette question dépend en partie de la nature de la sanction adoptée. Le législateur et le juge ont, en la matière, adopté différentes approches dont il convient de tenir compte. En effet, rappelons que la loi sur la crise sanitaire imposant le vaccin contre la covid-19 prévoit non pas une rupture du contrat de travail, mais une suspension[558], dont la portée n'a pas été déterminée. Aussi, soulignons que la jurisprudence de 2009, concernant la vaccination contre l'hépatite B, retient que le licenciement est justifié lorsque le salarié a persisté dans son refus, et qu'il s'est par ailleurs opposé à une requalification proposée par son employeur. Cette position n'a pas été maintenue puisqu'en 2012, la Cour de cassation rend une solution beaucoup moins souple à l'égard du salarié. Elle retient que le seul refus du salarié de se soumettre à une vaccination imposée par la loi suffit à justifier son licenciement, dès lors que la loi n'oblige pas l'employeur à proposer un changement de poste ou à relocaliser le salarié.

[555] Pour plus de précisions sur les missions de contrôle qui pèsent sur l'employeur, v. K. MEIFFRET-DELSANTO, art. cit., p. 116.
[556] *Ibid*.
[557] M. HAUTEFORT, « Passe sanitaire et vaccination : comment procéder en pratique ? », Les cahiers du DRH, 1er oct. 2021, n° 290 ; C. ROUSSET, « Regard critique sur l'injonction sanitaire en entreprise liée à l'obligation vaccinale ou à la présentation du passe sanitaire », SSL, 22 déc. 2021.
[558] V. *supra*, n°153.

Seule une contre-indication peut justifier un refus vaccinal. Dans ce contexte, la jurisprudence de 2009 n'était-elle pas plus adaptée ? Quoiqu'il en soit, il est d'importance de tenir compte de ces constatations générales pour discuter de la pertinence de la sanction à adopter en cas de refus.

163. La solution retenue en 2012 mise en perspective avec la solution de 2009 : la jurisprudence antérieure plus adaptée ? Le caractère général de l'obligation vaccinale qui conduit à prononcer de façon automatique une sanction dès lors que l'absence de vaccination est constatée, remet en cause la légitimité de la sanction. En effet, dans la mesure où, d'une part, l'obligation vaccinale constitue une limite au droit de consentir, et donc au droit au respect à la vie privée, ainsi qu'au droit au respect de la dignité humaine, et d'autre part, que sont en jeu des intérêts économiques graves pour le salarié et pour l'employeur, il est important que les mesures prises soient proportionnées au but poursuivi. Dans ce contexte, la jurisprudence de 2012 semble à notre sens quelque peu rigide, ne tenant pas compte des différents enjeux qui concernent tant l'employeur que l'employé. On peut ainsi estimer qu'il est excessif que le seul refus exprimé par le salarié de se soumettre à un vaccin obligatoire justifie son licenciement, notamment au regard d'autres possibilités. La solution adoptée en 2009 propose une alternative qui semble à notre sens plus adaptée : celle de justifier le licenciement dès lors que le refus est persistant et que par ailleurs, le salarié s'oppose à une requalification de poste proposé par son employeur. Toutefois, il faut souligner qu'outre le fait que la loi n'impose pas à l'employeur de relocaliser ou requalifier son salarié, cette solution n'est pas toujours envisageable, faute de poste vacant, qui par ailleurs, n'imposerait pas une vaccination obligatoire. D'ailleurs, peut-être que les juges devraient tenir compte de cette donnée : s'il existe des postes vacants n'imposant pas la vaccination obligatoire, alors ils doivent être proposés au salarié, et s'il n'en existe pas, il convient d'en tenir compte pour ne pas mettre de façon démesurée en péril les intérêts tant de l'entreprise que du salarié. En effet, la solution pourrait être mieux comprise si aucun poste vacant ne permet une requalification, alors que dans l'hypothèse inverse, la solution serait peu convaincante. Cette exigence permettrait de limiter les atteintes démesurées aux intérêts en jeu, car l'automatisme de la sanction adoptée en 2012 conduit nécessairement à des solutions injustes dès lors qu'elles n'ont pas vocation à s'adapter aux particularités des différentes espèces. La solution de l'arrêt de 2009, légitimant le refus par la voie de l'inaptitude et du reclassement, semblait plus équilibrée que la solution retenue depuis 2012.

Par ailleurs, la condition tenant à la persistance du refus, retenue dans la jurisprudence en 2009, est un critère qui a le mérite de donner davantage de légitimité à la mesure de licenciement, laquelle, soulignons-le, constitue la mesure la plus contraignante qui puisse être prise à l'encontre du salarié. Ainsi, en dehors du critère tenant à la requalification, le *critérium* lié à la longévité du refus semble pertinent, et permet d'éviter les potentielles dérives de la mise en œuvre de sanctions automatiques qui ne tiennent pas compte des circonstances individuelles. À l'inverse, tenir compte de certaines circonstances d'espèce telles que la longévité du refus permettrait, au même titre que le critère tenant à la possible requalification, de ne pas mettre dans l'embarras de façon systématique, et parfois immodérément, les employeurs et les employés pour lesquels un licenciement est susceptible d'emporter de lourdes conséquences.

164. Le doute sur le lien de causalité entre hépatite B et sclérose en plaques : une donnée qui diminue la légitimité de la sanction. En outre, la formule de la Cour de cassation en 2012 laisse penser que seule une contre-indication médicale est de nature à justifier le défaut de vaccination. Rappelons en effet que dans les faits, le salarié avait motivé son refus par un risque, celui de développer une maladie grave[559], qui n'est pas exclue par les études contrastées en la matière[560]. Si de façon absolue, les vaccins imposés justifient l'atteinte aux libertés individuelles, le fait qu'il existe une incertitude scientifique sérieuse quant aux éventuels effets secondaires graves renforce le doute quant à la légitimité d'une telle solution. En faisant référence non pas au risque, mais aux contre-indications médicales, la Cour de cassation semble exclure la possibilité de refuser les vaccinations obligatoires pour des raisons personnelles, c'est-à-dire autres que médicales[561]. D'un côté, la protection des tiers, l'obligation réglementaire de vaccination contre l'hépatite B ainsi que l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur l'employeur[562] rendent cohérente une telle solution. Mais

[559] V. not. Civ. 2e, 25 mai 2004 : Bull. civ. II, n° 237 (accident du travail consécutif à une vaccination obligatoire contre l'hépatite B), D. 2004, Actu., p. 2008 ; RJS 8-9/2004, n° 966 – Civ. 2e, 15 avr. 2010, n° 08-21.721, inédit.

[560] V. note d'information de l'OMS sur les vaccins contre l'hépatite B, disponible en ligne sur le site www.who.int. Le Haut Conseil de santé publique continue de recommander cette vaccination, notamment pour les personnes exposées professionnellement. V. aussi le « Bilan de pharmacovigilance et profil de sécurité d'emploi des vaccins contre l'hépatite B », *op. cit.*

[561] V. PONTIF, « Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement », art. cit.

[562] V. art. L. 4121-1 du C. trav. Cette obligation interdit à l'employeur de prendre des mesures ayant « pour objet de compromettre la santé et la sécurité des salariés ». V. Soc., 5 mars 2008, Snecma : Dr. soc. 2008, p. 605, obs. P. CHAUMETTE ; v. aussi art. L. 3116-1 du CSP à propos des sanctions applicables en cas de non-respect des dispositions relatives à la vaccination obligatoire. De plus, le Code

d'un autre côté, on se demande si elle ne serait pas trop sévère, notamment en raison des doutes sérieux sur les risques graves liés à cette vaccination. Dans ce cadre, la remise en cause de la liberté de conscience, les principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain est renforcée. Toutefois, admettre de façon générale la possibilité pour le salarié de refuser une vaccination obligatoire au regard des risques qu'elle présente « reviendrait sans nul doute à ouvrir la boîte de Pandore »[563], ce qui n'est pas souhaitable eu égard à la nécessité d'imposer certaines vaccinations contre des pathologies graves. Mais dès lors qu'il n'existe pas de certitude scientifique quant aux risques graves engendrés par la vaccination contre l'hépatite B, une plus grande souplesse serait-elle souhaitable. Si la solution de 2012 ne nous paraît pas adaptée, car trop sévère à l'égard du salarié, et que la solution prévue par la jurisprudence de 2009 semble plus convaincante, qu'en est-il de la sanction prévue par la loi de 2021 sur la vaccination contre la covid-19 ?

165. La loi de 2021 sur la vaccination contre la covid-19 : le sort de la suspension du contrat de travail. Rappelons que la loi prévoit plutôt que la rupture du contrat de travail, la suspension de ce dernier[564]. La suppression du projet de loi de la possibilité de rompre le contrat de travail a été salutairement justifiée par l'objectif de « définir des sanctions proportionnées en cas de manquement des professionnels à leur obligation vaccinale »[565]. Un tel objectif ne peut qu'être approuvé dès lors qu'il conduit à tenir compte de l'ensemble des intérêts en jeu, qui sont à apprécier au cas par cas. Par ailleurs, c'est la persistance du refus qui justifie la suspension, ce qui renforce la légitimité d'une suspension de travail, qui, ne l'oublions pas, révèle des enjeux importants tant pour le salarié que pour l'employeur. Cette approche rejoint l'objectif explicitement affirmé de prendre des mesures proportionnées[566]. Néanmoins, si la suspension du contrat de travail est la seule mesure envisagée par la loi, cela soulève des difficultés dès lors qu'il n'est pas concevable que le contrat soit suspendu indéfiniment : les conséquences économiques pour l'entreprise et le salarié seraient trop importantes, si bien qu'une issue qui mettrait fin à la suspension doit pouvoir être trouvée. Rappelons que le salarié qui refuse de se soumettre à l'obligation

---

du travail impose aussi à chaque travailleur de prendre soin de sa santé et de sa sécurité ainsi que celles des autres personnes concernées (art. L. 4122-1).

[563] V. PONTIF, « Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement », art. cit.

[564] Art. 1er de la L. n° 2021-1040, 5 août 2021.

[565] Amendement n° COM-216 (art. 7), 23 juill. 2021, présenté par Mme Deseyne, rapporteur pour avis.

[566] *Ibid*.

vaccinale verra son contrat de travail suspendu jusqu'à ce qu'il se soumette à l'obligation. Mais quid de celui qui ne se soumettra *jamais* à l'obligation ?

166. La question du sort du contrat suspendu lorsque le salarié refuse, avec persistance, de se soumettre au vaccin obligatoire est demeurée en suspens. Néanmoins, « la loi n'interdisant rien, il semble (semblait) logique de considérer que tout demeure (demeurait) possible »[567]. Il semblerait que si l'on raisonne en termes de droit du travail, le licenciement pour « trouble objectif » corresponde à la situation du salarié en situation de suspension durable de son contrat de travail[568]. Mais quid d'un licenciement pour motif disciplinaire ? Si la loi sur l'obligation vaccinale contre la covid-19 ne prévoyait pas de disposition spécifique relative au licenciement, il suffit de se rappeler que le droit commun autorise l'employeur à soumettre son employé à une sanction disciplinaire en cas non-respect de l'obligation de sécurité qui repose sur le salarié en matière de santé au travail. Il ne faut point oublier que depuis 1991, l'article L. 4122-1 du Code du travail dispose qu'« il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité […] », et que le manquement à ce devoir est, d'après la Cour de cassation, de nature à justifier des sanctions disciplinaires à l'encontre du salarié, qui peuvent aller jusqu'au licenciement[569]. On rappellera aussi que la Cour de cassation avait eu l'occasion, dans un contexte sanitaire différent, en matière d'obligation vaccinale contre l'hépatite B, de considérer comme justifié le licenciement disciplinaire d'un salarié qui refusait de se soumettre à ladite vaccination[570]. En tout état de cause, la réponse n'a pas été tranchée, et tout demeure incertain. Ainsi, la mesure consistant en la suspension du contrat de travail ne manque pas de surprendre en raison de son caractère inédit et des incertitudes qui entourent ces effets[571].

167. Certes, suspendre le contrat de travail d'un salarié peut être une mesure avantageuse pour la structure. En effet, à l'inverse d'un licenciement, cela évite à l'entreprise de perdre son personnel, d'autant plus qu'il n'est pas toujours possible de trouver une personne qui puisse se substituer au salarié dont le contrat de travail a été suspendu, à plus forte raison en

[567] C. RADÉ, art. cit.
[568] V. en ce sens, *ibid*.
[569] Soc., 23 mars 2005, n° 03-42.404.
[570] Soc., 11 juill. 2012, n° 10-27.888 : Bull. civ. V, n° 221 ; RDT 2012, p. 637, obs. V. PONTIF.
[571] V. en ce sens T. KAHN DIT COHEN, « La suspension du contrat de travail : pari (politique) et difficultés (juridiques) », Dr. soc. 2022, p. 113.

milieux hospitaliers et dans un contexte pandémique, soumis à de fortes tensions[572], notamment dues au manque de personnel. Néanmoins, le résultat n'en serait pas moins différent si la suspension perdurait : un employé qui ne se soumettra *jamais* à l'obligation vaccinale, ne sera *a fortiori,* jamais réintroduit dans la structure. La question du sort du contrat de travail suspendu aurait mérité une clarification qui, compte tenu de la suspension de l'obligation n'est pas d'actualité, sauf, éventuellement, à ce que dans un futur proche ou lointain, le contexte conduise à une situation analogue. Peut-être aurait-il été préférable que la suspension du contrat de travail demeure la sanction principale, mais qu'à terme, elle se transforme en un licenciement, ce qui augmenterait les chances pour l'entreprise de trouver une personne pour se substituer au salarié.

[572] C. RADÉ, art. cit.

Conclusion du chapitre II

168. La nécessité de protéger la sécurité et la santé des personnes a conduit le législateur à encadrer le droit de consentir, en imposant certains actes médicaux dont la violation est sanctionnée. L'encadrement des soins psychiatriques sans consentement ainsi que le cadre prévu en cas de violation d'une obligation vaccinale en entreprise à l'égard du salarié en témoignent. D'une part, en ce qui concerne les restrictions prévues en matière de soins psychiatriques, contrairement aux soins psychiatriques sans consentement, les soins pénalement ordonnés ne peuvent être imposés à la personne contre son gré, même si dans un tel cas, le consentement peut paraître illusoire[573]. Ce constat ne conduit pourtant pas à exclure la place de la responsabilisation au sein des soins psychiatriques sans consentement. Afin de mesurer le degré d'importance de la responsabilisation en matière de soins psychiatriques sans consentement, il y a lieu de distinguer les deux modalités de soins sans consentement : l'hospitalisation complète ainsi que le programme de soin. Dans la première situation, le consentement n'est pas recherché si bien que la responsabilisation tient une place limitée, ce qui nous conduit à une seconde distinction. L'état de conscience d'un patient à l'autre étant variable, il faut pouvoir distinguer entre le patient dont l'état de conscience permet d'être responsabilisé et le patient dont le discernement est totalement inhibé. La responsabilisation peut trouver à s'appliquer uniquement à la première catégorie de malade[574]. Bien que le résultat recherché par le législateur ne soit pas la responsabilisation, cela n'en conforte pas moins, dans le cas où le patient est apte à comprendre les enjeux de son hospitalisation et à donner son avis, l'idée d'une responsabilisation. Au demeurant, lorsque le malade est pris en charge sous forme de programme de soins, il reste en mesure, de façon certaine, d'être pleinement responsabilisé. Dans cette hypothèse, le patient, au même titre que tous les patients admis en dehors des soins psychiatriques, doit recevoir les informations relatives à sa prise en charge, et donner son consentement, étant précisé qu'aucun acte médical en programme de soins ne peut être imposé au patient[575]. Plus encore, si le patient ne collabore pas au programme de soins, la menace d'une prise en charge plus contraignante pèse sur lui : il s'expose à un risque de

[573] P. MISTRETTA, art. cit.
[574] Ainsi, en vertu de l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique, le psychiatre est tenu de délivrer une information, même en hospitalisation complète et son avis doit être recherché et pris en considération dans la mesure du possible, et ce, peu importe le mode de prise en charge choisi.
[575] Art. L. 3211-3 du CSP.

réhospitalisation complète[576]. Dès lors, si dans le cadre d'une hospitalisation complète, la place de la responsabilisation est relative, voire impossible, le cadre légal prévu pour le programme de soins marque une réelle volonté d'impliquer le patient dans sa thérapie, au point de l'inciter à collaborer au programme de soins par la menace d'une mesure plus contraignante, si bien que la responsabilisation y trouve une place certaine. En ce qui concerne les soins pénalement ordonnés, l'absence de consentement du condamné l'expose à une sanction, quoiqu'indirecte. S'il existe une analogie certaine entre menace d'une sanction plus lourde en cas d'absence de consentement et idéologie de responsabilisation, elle présente toutefois des limites lorsque le patient, en raison de ses troubles mentaux, est dans l'incapacité de consentir.

169. D'autre part, le Droit admet de façon spécifique les atteintes au droit de consentir en vue de protéger la santé du groupe, notamment en ce qui concerne la politique de vaccination qui doit être appliquée au sein de l'entreprise. Ainsi, il prévoit des obligations de vaccination qui s'imposent à certaines structures et professions identifiées. Le salarié, s'il ne respecte pas cette obligation, se voit appliquer des sanctions économiques qui peuvent aller jusqu'au licenciement[577]. Par ailleurs, le contexte pandémique lié à la covid-19 a conduit le législateur à adopter une loi spécifique[578] qui impose aux salariés des structures médico-sociales et sanitaires de se vacciner, sans quoi ils s'exposent à une suspension du contrat de travail. Si l'obligation vaccinale a été salutairement justifiée par la nécessité de protéger la santé de la population tout entière ou encore celle de ceux qui exercent au sein de l'entreprise, la légitimité d'une sanction économique reste aujourd'hui incertaine[579]. Certes, elle est indispensable puisqu'elle renforce l'efficience de l'obligation, mais encore faut-il qu'elle soit adaptée et proportionnée, dès lors qu'elle emporte de lourdes conséquences tant pour l'économie de l'entreprise que pour le salarié. Les différentes sanctions analysées dans le cadre du dispositif ne répondent pas toutes à une telle exigence de proportionnalité, si bien que des clarifications sont attendues tant par les juges que par le législateur. Notamment, la sanction consacrée en 2012 par la Cour de cassation[580] dès lors qu'elle s'applique de façon automatique et sans égard aux circonstances spécifiques

[576] Art. R. 3211-1 du CSP.
[577] Soc., 23 mars 2005, n° 03-42.404.
[578] L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire, JORF n° 0181, 6 août 2021.
[579] V. en ce sens K. MEIFFRET-DELSANTO, art. cit., p. 104.
[580] Soc., 11 juill. 2012, n° 10-27.888 : Bull. civ. V, n° 221 ; RDT 2012, p. 637, obs. V. PONTIF.

d'espèce[581] ne convainc pas. Sur ce point, la jurisprudence antérieure de 2009[582] paraît plus juste et équilibrée dès lors qu'elle tient compte des différents intérêts en jeu. Elle conditionne alors le licenciement à un double refus : le refus répété de se soumettre à un acte médical et celui d'occuper un autre poste n'imposant pas l'obligation. Par ailleurs, la sanction que prévoyait la loi de 2021[583] relative à la vaccination obligatoire contre la covid-19, si elle paraissait relativement favorable au salarié dès lors qu'elle consistait non pas en une rupture du contrat de travail, mais en sa suspension, n'était pas non plus convaincante, car le sort d'une suspension durable n'a pas été tranché, bien que, dans le silence de la loi spécifique, le droit commun offre quelques possibilités consistant notamment à transformer la suspension en rupture conventionnelle pour trouble objectif[584] ou encore en licenciement[585]. La question demeure de façon générale délicate, car d'une part il n'est pas toujours possible de trouver un salarié qui se substituerait à un autre, à plus forte raison lorsque les structures concernées sont soumises à de fortes tensions, tel que c'est le cas dans le milieu hospitalier ; et d'autre part parce que reclasser le salarié récalcitrant n'est pas non plus toujours une option envisageable faute de poste vacant. Il reste que le critérium lié à la persistance du refus au-delà d'un délai raisonnable mérite d'être maintenu, car les enjeux sont importants pour le salarié, mais aussi pour l'entreprise. Toujours est-il, qu'en dépit du doute quant à l'importance de la sanction[586], le législateur marque sa volonté d'impliquer les employés et les employeurs dans la politique de santé, qui, appelés à se responsabiliser, deviennent les « relais des impératifs de la politique sanitaire »[587].

[581] Puisqu'elle se justifie par le seul refus exprimé par le salarié de se soumettre à l'obligation vaccinale.
[582] Soc., 28 oct. 2009, n° 08-43.376.
[583] L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire, JORF n° 0181, 6 août 2021.
[584] V. en ce sens C. RADÉ, art. cit.
[585] Art. L. 4121-1 du C. trav. ; v. également Soc., 23 mars 2005, n° 03-42.404 qui retient que la violation de l'article L. 4121-1 peut conduire au licenciement.
[586] V. en ce sens K. MEIFFRET-DELSANTO, art. cit., p. 104.
[587] V. L. GAMET, « (Im)passe », *in* L. GAMET, J. JUBERT-TOMASSO, « En quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié », RDT 2021, p. 484 ; K. MEIFFRET-DELSANTO, art. cit., p. 115.

CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE

170. Le législateur, n'a pas totalement ignoré, en dépit de la prééminence du droit de consentir, l'aspect collectif de l'exercice d'un tel droit, si bien qu'il a consacré des obligations de se soumettre aux actes médicaux accompagnés de sanctions, que nous identifions comme des instruments de responsabilisation. Les répercussions pouvant être conséquentes, constituant ainsi un défi de santé publique, et de gestion de risque maladie, la responsabilisation du patient a été envisagée sous l'angle du droit de l'assurance maladie, du droit du travail, ainsi qu'en matière de soins psychiatriques contraints. L'existence d'un cadre juridique se fonde ainsi notamment sur des besoins sanitaires et sécuritaires.

171. Ainsi, le droit de l'assurance maladie, grâce au développement de la télémédecine — qui lui a permis d'opérer un contrôle de plus en plus accru sur la prise en charge du patient — dévoile un aspect plutôt contraignant, en raison notamment des incidences du non-suivi des recommandations médicales sur le coût de la santé[588]. En dépit des positions contrastées sur la mise en place des dispositifs de surveillance qui interrogent tant les principes fondamentaux du droit de la sécurité sociale que les libertés individuelles — sollicitant le débat législatif —, ces sanctions sont sans nul doute des instruments de régulation du droit de consentir, indispensables à la survie de notre système de santé. En outre, la nécessité de protéger la sécurité des personnes a conduit le législateur à encadrer les soins psychiatriques, influant ainsi le consentement des personnes atteintes de troubles mentaux. Il a pu ressortir de l'analyse des différents dispositifs, qu'en matière de soins sans consentement, la responsabilisation ne peut trouver qu'une forme d'acception relative dès lors qu'elle dépend d'une part du degré de conscience de chaque patient — et que celui-ci est variable d'un patient à l'autre —, et d'autre part de la forme de la prise en charge des soins sans consentement. En matière de soins pénalement ordonnés, le consentement de la personne condamnée, bien qu'il ne soit pas imposé, demeure central, car en cas de refus, il y a sanction, fût-elle indirecte : si le patient ne consent pas aux soins ordonnés par le juge, il se voit appliquer la peine pénale prononcée par le juge. Mais là encore, la responsabilisation ne trouve qu'une place relative dès lors que les intéressés ne sont pas toujours aptes à consentir en raison de leurs troubles mentaux. Le fait en outre que le

[588] V. *supra*, n° 37 et s. ; G. HUTEAU, art. cit. ; V. VIOUJAS, art. cit. ; v. P.-A. ADÈLE, « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », art. cit. ; A. LAUDE, « Le comportement du patient : une condition de remboursement des soins ? », art. cit.

consentement soit fortement incité, et pas nécessairement recherché, voire parfois illusoire[589], n'empêche pas que les mesures de soins pénalement ordonnées confortent l'idée d'une responsabilisation. Enfin, en matière du droit du travail, en dépit du doute quant à la légitimité de la sanction, le législateur a fait des salariés et des employeurs de véritables acteurs de la responsabilisation lorsqu'il impose, dans certaines structures et à des professions identifiées, de se vacciner et en prévoyant, en cas de refus de se soumettre à la politique vaccinale, des sanctions économiques à l'égard des salariés, susceptible de préjudicier les intérêts de l'entreprise incitant l'employeur à s'assurer que ses salariés se soumettent aux obligations légales. En tout état de cause, le caractère contraignant des normes analysées témoigne de la volonté des politiques d'intensifier les moyens de contrôle de la politique sanitaire au risque de porter atteinte aux droits individuels, sollicitant ainsi une responsabilisation accrue tant de l'assuré social, que de l'employeur et des salariés, qui deviennent les supplétifs de la politique sanitaire et économique.

172. Toutefois, l'application de ces sanctions se limite à certaines hypothèses bien identifiées, interrogeant alors la nécessité de penser une responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical dont la portée est plus générale et couvre des intérêts que les sanctions décrites ne protègent pas. Au surplus, les notions de responsabilité et de responsabilisation présentent à l'évidence des liens étymologiques étroits, si bien que la question de la responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical préconisé n'en devient que plus opportune.

[589] P. MISTRETTA, art. cit.

PREMIÈRE PARTIE
LA SANCTION INDIRECTE DU REFUS DE SE SOUMETTRE À UN ACTE MÉDICAL

173. En droit civil, la faute s'envisage tant du côté du débiteur que du créancier du droit à réparation. En effet, alors que la faute constitue généralement un fait générateur de responsabilité, il est admis que la faute de la victime conduit au contraire à limiter le droit à réparation.

174. Si la loi du 4 mars 2002 a fait du sujet de droit un individu autonome, fondé à refuser tout acte médical, ce n'est pas en faisant l'économie des problèmes récurrents en responsabilité civile. Et parmi eux, l'incidence du comportement de la victime. Dans notre matière, cette question revêt une importance particulière dès lors que c'est le refus de se soumettre à l'acte médical, lequel constitue un droit, qui est envisagé comme cause de limitation de responsabilité. Il est à ce stade acquis que l'inertie du patient qui refuse un acte médical pourtant préconisé risque d'augmenter le coût de la prise en charge inutilement. Mais aussi, elle est susceptible d'impliquer, en cas de dommage, la responsabilité du professionnel de santé qui se mute en débiteur du droit à réparation. Dans la mesure où le refus de se soumettre à l'acte médical est de nature à emporter des incidences sur l'état de santé du patient, il a vocation à influer sur le *quantum* de la réparation. C'est alors qu'à côté d'une conception individuelle du refus qui s'inscrit dans le cadre particulier de la relation qui lie le patient au professionnel de santé, il peut être opposé une dimension *altruiste*, dès lors qu'un dommage lié à l'activité médicale se réalise.

175. La question se pose alors de savoir si le refus de se soumettre à un acte médical préconisé peut être opposé au créancier, afin de limiter ou exclure son droit à réparation. Cette interrogation revient à se demander si le droit de refuser un acte médical peut conduire, sur le terrain de la responsabilité civile, à une sorte de sanction pécuniaire, ou s'il doit seulement impliquer l'impossibilité pour le juge de faire naître à la charge du créancier du droit à indemnisation, l'obligation de se soumettre à un acte médical. La difficulté qui se présente est donc en partie liée au statut du patient fondé à refuser tout acte médical.

176. Et si le législateur et les juges ont nettement tranché la question, la solution aujourd'hui retenue ne s'impose pas toujours en toute logique, dès lors que les différents intérêts en jeu sont parfois contradictoires. Ainsi, s'il est aujourd'hui admis que le refus de se soumettre à un acte médical n'a aucune incidence sur le droit à réparation en tant qu'il est un droit protégé (Titre I), une telle proposition doit être relativisée, et un meilleur équilibre doit être recherché (Titre II).

TITRE I
L'ABSENCE DE SANCTION INDIRECTE TRADITIONNELLEMENT ADMISE

177. La question de l'incidence du refus de se soumettre à l'acte médical sur le droit à réparation a, dans le passé, fait l'objet d'un long débat, et les solutions acquises en jurisprudence aujourd'hui n'ont pas épuisé les discussions contrastées à ce sujet. À la question de savoir si on peut opposer à la victime son refus de soins pour limiter son droit à réparation, la Cour de cassation apporte aujourd'hui une réponse négative. Cette solution de la Cour de cassation, désormais constante, s'observe au regard des fondements qui justifient sa position.

178. À en croire les arrêts rendus en la matière, la jurisprudence, de façon explicite ou implicite, semble faire du patient une victime dont le statut emporte une double protection : l'une tirée du droit commun, et l'autre, plus spécifique, rattachée à son statut particulier. D'une part, elle justifie l'absence d'incidence du refus sur le droit à réparation sur le principe d'inviolabilité du corps humain, et d'autre part, sur le principe de réparation intégrale qui fonde l'absence d'obligation pour la victime de ne pas aggraver son dommage. Ainsi, la question de l'incidence du refus de soins revêt une double préoccupation : l'une portant sur la sanction du refus de se soumettre à un acte médical fondé sur l'inviolabilité du corps humain ; et l'autre renvoyant à la transposition en droit français de l'obligation de ne pas aggraver son dommage. Ainsi, à la question de savoir si le refus peut limiter ou exclure le droit à réparation, la Cour de cassation apporte une réponse dualiste. C'est tout d'abord, le rattachement du statut du patient victime au droit commun qui justifie l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage (Chapitre I). Ensuite, le statut du patient victime justifie que le refus de se soumettre à l'acte médical soit soumis à des règles particulières (Chapitre II).

CHAPITRE I
LE RATTACHEMENT DU STATUT DE PATIENT VICTIME AU DROIT COMMUN EN MATIÈRE D'AGGRAVATION DU DOMMAGE

179. Le droit français, sous l'influence des droits voisins, a eu à débattre d'un mécanisme particulier *d'exonération* : celui qui permet au débiteur de se libérer d'une partie de l'assiette de réparation, lorsque la victime, postérieurement à la production du dommage, n'a pas pris les mesures nécessaires pour ne pas aggraver son dommage. En se posant la question de savoir si le refus de se soumettre à un acte médical *postérieur* à une intervention médicale est de nature à limiter ou exclure le droit à indemnisation de la victime, cela soulève la question de l'existence d'une obligation à sa charge de ne pas aggraver son préjudice.

180. La question de savoir s'il peut être opposé à la victime d'un dommage une obligation de ne pas aggraver son dommage est « profondément enracinée dans notre culture juridique »[590]. Elle ne tient nullement compte du statut particulier du patient et se pose alors de la même manière pour toutes les victimes. Il reste que c'est essentiellement la question du refus de soins destinés à réduire un dommage corporel qui a invité les juridictions à se prononcer sur la question de l'obligation de ne pas aggraver son dommage[591]. Dans ce contexte, l'aggravation du dommage par le comportement de la victime renvoie souvent à une négligence dans sa prise en charge ou à un refus de se soumettre à un acte médical qui lui a pourtant été préconisé. Ainsi, de façon plus spécifique, la question qui a jalonné le XXe siècle est la suivante : un patient qui a refusé les soins médicaux préconisés par le médecin, propres à réduire son dommage, doit-il se voir reprocher son comportement ?

181. Bien que la question ait trouvé en matière médicale un lieu de prédilection, c'est un principe essentiel, sinon fondateur de la responsabilité civile, qui justifie la solution de

[590] J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », D. 2003, p. 2326.
[591] Civ. 2e, 19 juin 2003, Dibaoui c/ Flamand et a., n° 931 : RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage » – Civ. 2e, 19 juin 2003, Consorts Lallemand c/ Decrept et a., n° 930 : D. 2003, Jur., p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; RTD civ. 2003, p. 716.

la Cour de cassation, qui retient que le principe de réparation intégrale empêche la consécration d'une obligation, à la charge de la victime, de ne pas aggraver son dommage. Pour comprendre la position actuelle de la jurisprudence sur la question (Section II), encore faut-il en cerner les contours et enjeux majeurs (Section I).

SECTION I. LES CONTOURS ET ENJEUX DE L'OBLIGATION DE NE PAS AGGRAVER LE DOMMAGE

L'obligation de ne pas aggraver son dommage n'est pas une notion tirée du droit français, d'où l'intérêt d'exposer brièvement ses origines (§1) avant de mettre en évidence sa réception dans la doctrine française (§2).

§1. Origines du concept

182. Notion. L'obligation de minimiser le dommage est, comme l'affirme VINEY, « un moyen de faire des économies sur la réparation »[592]. Autrement dit, une telle obligation impose à la victime d'un dommage de prendre les mesures nécessaires pour le réduire ou pour éviter son aggravation. La question de l'aggravation du dommage heurte alors de front le principe de réparation intégrale du préjudice, principe fondamental dans le droit français de la responsabilité[593], mais également dans le droit du commerce international[594] et dans la majorité des droits nationaux[595].

---

[592] G. VINEY, « Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? Colloque du CEDAG de l'Université de Paris V », LPA 20 nov. 2002, n° 232 spéc., p. 66, v. spéc. p. 71.

[593] Sur ce principe, v. M.-È. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 135, 1974, p. 297 et s. ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983, n° 112 et s. ; G. V1NEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 2e éd., 2001, p. 111 et s., n° 57 et s. ; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 13e éd., 2023/2024, p. 1173 et s., n° 2321.101 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNEDÉ et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 13e éd., 2022, pp. 967-968, n° 865.

[594] V. art. 82 de la Loi uniforme sur la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels (Convention de La Haye) du 1er juillet 1964 ; art. 74 de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ; plus largement, la réparation intégrale du préjudice est le plus souvent présentée comme un principe général du commerce international : v. F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préf. E. Loquin, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 224, 1992, p. 180, note 12 ; P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 845, n° 1492 ; J. ORTSCHEIDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, 2001, p. 74 et s., n° 153 et s.

[595] Par exemple, en droit allemand, v. § 249 et 252 du Code civil ; en droit belge, v. art. 1149 du Code civil ; en droit espagnol, v. art. 1106 du Code civil ; en droit français, v. art. 1149 du Code civil ; en droit

183. L'obligation de minimiser son dommage, une règle tirée du droit anglais. C'est à la jurisprudence anglaise que revient le mérite de la création de l'obligation de minimiser son dommage, empreinte de la notion originelle de *mitigation of damages*. L'origine du concept est relativement ancienne. Dans les arrêts *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* de 1878 ou encore *Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd v. Underground Electric Railways Co. of London Ltd* de 1912, le principe de mitigation of damages apparaît clairement et vient tempérer celui de réparation intégrale. Si la jurisprudence anglaise a, en 1878, consacré ce principe, il fut repris par le *Sale of Goods Act de 1979*[596] en matière de vente de marchandises[597]. L'obligation de minimiser son dommage devient « une institution essentielle de la Common Law »[598].

184. Le rayonnement du principe. Tous les pays imprégnés de Common Law et d'autres qui s'en sont inspirés ont consacré ce principe. C'est le cas par exemple des États-Unis[599], du Québec[600], de la Hollande[601], des pays germaniques[602], mais aussi de l'Italie[603], de la Grèce[604], de certains pays d'Afrique du Nord[605] et du Moyen-Orient[606], ou encore de la Chine[607]. Par exemple, dans le droit allemand, le devoir « d'apaiser » le dommage, grâce à la coopération du créancier, est consacré par les paragraphes 249 et 254 alinéa 2 du BGB[608]. La jurisprudence allemande retient même que le *quantum* de réparation est réduit lorsque la victime a refusé une intervention chirurgicale offrant d'excellentes chances de rétablissement[609]. En Italie, le devoir du créancier de *contenir* son dommage est consacré

grec, v. art. 298 du Code civil ; en droit italien, v. art. 1223 du Code civil ; en droit luxembourgeois, v. art. 1149 du Code civil ; en droit néerlandais, v. art. 6 : 96 du Code civil ; et en droit portugais, v. art. 564 (1) du Code civil.

596 M. ELLAND-GOLDSMITH, « La mitigation of damages en droit anglais », RDAI 1987, p. 347, v. spéc. p. 351, n° 16, cité par Y. LE MAGUERESSE, *Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations*, Chapitre II, « La portée pratique des comportements fautifs », PUAM, 2007, pp. 95-134, § 81.

597 Les articles 50 et 51 retiennent que le contractant déçu voit sa réparation évaluée au regard des mesures nécessaire qu'il a, ou qu'il aurait dû prendre, pour diminuer le montant de son préjudice.

598 P.-Y. THIRIEZ, « La mitigation ou l'obligation pour la victime de minimiser son dommage : une exception française », GPL 9 déc. 2014, n° 343, p. 5.

599 Art. 2-708, 2-712, 2-713 et 2-715 du Uniform Commercial Code ; art. 2002 du Code civil louisianais.

600 Art. 1479 du Code civil québécois.

601 Art. 6 : 101 du nouveau Code civil néerlandais.

602 Paragraphe 254 du BGB et articles 44 et 99, alinéa 3 du Code suisse des obligations.

603 Art. 1227 du Code civil italien.

604 Art. 381 du Code civil hellénique.

605 Art. 221 du Code civil égyptien ; art. 182 du Code civil algérien et art. 224 du Code civil libyen.

606 Art. 222 du Code syrien.

607 Art. 34 de la loi chinoise sur les contrats économiques du 13 décembre 1981.

608 Le *Bürgerliches Gesetzbuch* est le code de référence en droit civil allemand.

609 Aff. *Bundesgerichtshof*, Allemagne, 15 mars 1994, NJW 1994, 1592.

par l'article 1227 du Code civil pour la matière contractuelle et 2056 du même code pour la responsabilité extracontractuelle. Au Portugal, l'article 570 du Code civil dispose que lorsque le demandeur a contribué à la production ou à l'aggravation des dommages, le tribunal peut réduire ou exclure l'indemnité. En Finlande, le principe d'atténuation du dommage est consacré et concerne tous les préjudices. Il est prévu par la loi du 31 mai 1974[610]. Quant au droit suisse, il retient l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour limiter le montant du préjudice subi. Ainsi, en vertu de l'article 44 du Code des obligations, « le juge peut réduire les dommages-intérêts ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque les faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur ».

§2. Réception par la doctrine française

185. Transposition terminologique en droit français : obligation *de ne pas aggraver* son dommage. En droit anglo-saxon, le « duty to mitigate the damage »[611] oblige la victime d'un dommage non seulement à le réduire, mais également à éviter l'aggravation de son étendue[612]. Ainsi, dans les pays anglo-saxons, l'admission de l'obligation de minimiser son dommage implique une double obligation pour la victime : en amont, l'obligation de limiter la réalisation du préjudice, puis en aval, l'obligation de ne pas l'aggraver.

186. Cette idéologie, tirée du droit de la Common Law[613], ne résonne pas de la même manière en France. En effet, l'idée d'une obligation de minimiser l'étendue du dommage en amont a très rapidement été réfutée. Très certainement parce qu'en France, l'exigence liée à la causalité, qui est une condition essentielle, sinon fondatrice de la responsabilité civile, impose d'écarter au stade de l'examen des conditions, la responsabilité du débiteur pour tous les dommages qui ne découlent pas de son fait. Seule alors la question de l'incidence du comportement postérieur à la réalisation du dommage initial a suscité le débat. L'obligation de minimiser son dommage à la française est donc une approche plus

[610] L. n° 412/1974, *Vahingonkorvauslaki, skadeståndslagen*, loi finlandaise sur la responsabilité civile.
[611] Traduction française : devoir de minimiser son dommage.
[612] V. en ce sens A. BANSAL, M. DUTTA, « Mitigation of Losses Under Contracts Law », SSRN, 2012.
[613] Minimisation du dommage est une traduction de *mitigation of damages*.

diluée qui ne concerne que les comportements de la victime postérieurs à la réalisation du dommage initial. *A contrario*, une telle obligation ne tient pas compte du comportement de la victime antérieur ou concomitant au dommage.

187. Ainsi, en France — et c'est ce qui en fait sa particularité —, cette obligation ne naît qu'après la réalisation d'un dommage initial. Il ne s'agit donc pas, comme en matière d'exonération, d'analyser le comportement qui a contribué à la réalisation du dommage. Ainsi, l'obligation de ne pas aggraver son dommage doit être distinguée de l'obligation, classique, de ne pas *provoquer* ce dernier. C'est pourquoi, en France, il est préférable d'employer la formulation « obligation *de ne pas aggraver* son dommage » qui se substitue à « l'obligation de *minimiser* le dommage », usitée par les pays imprégnés de la Common Law.

188. Émergence de la notion dans la doctrine française. Très tôt, l'obligation de ne pas aggraver son dommage a été évoquée par la doctrine. La question a été abordée avant la promulgation du Code civil par DOMAT et POTHIER, et au début du XX^{e} siècle par DEMOGUE.

189. C'est tout d'abord DOMAT qui, dès 1745, s'est interrogé sur le problème de l'étendue de la responsabilité de l'auteur d'un dommage : il avait soutenu qu'il était nécessaire de prendre en considération le comportement du demandeur qui n'a pas minimisé sa perte[614]. Il a ainsi affirmé que doit être pris en considération « le fait que le demandeur a eu ou n'a pas eu la possibilité de minimiser sa perte ». Plus particulièrement, au sujet de la distinction entre le dommage réparable et le dommage trop éloigné pour être imputable au débiteur en défaut, l'auteur soutenait qu'il était attendu du créancier une attitude positive, qui doit s'adresser à un tiers et tenter d'obtenir une prestation équivalente[615]. Pour l'illustrer, il prend l'exemple du propriétaire d'une vigne qui a loué des voitures dans le but de la vendanger, et qui n'a pas pu faire les vendanges en raison de l'inexécution par le voiturier de son obligation. Le propriétaire d'une vigne a alors dû louer d'autres voitures plus chères. DOMAT considérait que dans cette hypothèse, le débiteur

[614] J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. Rollin et fils, 1745, T. I, livre III, titre V, section III, n° 162.
[615] J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre III, Titre V, Section II, *Œuvres de J. Domat*, par M. Carré, Erasme Kleffer, t. IV, 1823, p. 116 et s.

devait rembourser au créancier la différence entre le montant initial de la location des voitures et le nouveau montant, plus élevé.

190. Cette même idée, on la retrouve dans les illustrations de POTHIER. Dans son Traité des obligations, POTHIER cite quelques exemples dans lesquels apparaît clairement l'obligation de modérer son préjudice[616]. Le plus connu d'entre eux est celui de la vente d'un cheval à un chanoine qu'il décrit dans son traité des obligations où on peut lire : « J'ai vendu mon cheval à un chanoine, et il y avait une clause expresse dans le marché, par laquelle je me suis obligé de lui livrer assez à temps pour qu'il pût arriver au lieu de son bénéfice, et à temps pour gagner ses gros fruits. Si dans ce cas, j'ai manqué par ma faute (…) à remplir mon obligation, et que ce chanoine n'ait pu facilement trouver d'autre cheval, ni d'autre voiture, je serai tenu même des dommages intrinsèquement résultant de la perte qu'il a faite de ses gros fruits. Pareillement, si j'ai loué ma maison à quelqu'un en sa qualité de marchand, ou si je l'ai louée pour y faire une auberge, et que le locataire soit évincé dans sa jouissance, les dommages et intérêts dont je suis tenu envers lui ne se borneront pas aux frais du délogement et à ceux qui peuvent résulter de l'augmentation des prix du loyer (…) la perte qu'il pourra faire de ses pratiques, s'il n'a pu trouver d'autre maison dans le quartier, y devra entrer pour quelque chose ». Son approche est relativement stricte : il voit dans l'obligation elle-même une obligation de ne pas aggraver le dommage.

191. Par ailleurs, l'obligation de ne pas aggraver son dommage est apparue, aux yeux de certains, comme la conséquence de l'exigence liée au caractère direct du préjudice réparable. Au sujet de la distinction entre le préjudice direct et le préjudice indirect, POTHIER fournit son célèbre exemple de la vache pestiférée. Il s'agit d'une vache malade qui contamine le troupeau de l'acquéreur. L'acquéreur dont le troupeau est décimé fait faillite, et ne peut ainsi plus payer ses créanciers. La question est de savoir jusqu'à quel degré le dommage doit être réparé puisque l'acquéreur, en plus, se suicide. Pour POTHIER, seul le dommage direct sera réparé, et la vache ainsi que le troupeau devront être remboursés. Mais la saisie des biens étant une conséquence indirecte, elle ne pourra pas faire l'objet d'une indemnisation.

[616] V. en ce sens A. LAUDE « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé française ? », LPA 20 nov. 2002, n° 232, p. 55.

192. Cet exemple est plus précisément le suivant : « si un marchand m'a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'avait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de l'obligation primitive, mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous les autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion (…) la contagion qui a été communiquée à mes bœufs par la vache qui m'a été vendue, m'a empêché de cultiver mes terres, le dommage que je souffre de mes terres sont demeurées incultes, paraît aussi une suite du dol de ce marchand qui m'a vendu une vache pestiférée : mais c'est une suite plus éloignée que ne l'est la perte que j'ai soufferte des bestiaux par la contagion ; ce marchand serait-il tenu de ce dommage ? Quid, si la perte que j'ai faite de mes bestiaux, et le dommage que j'ai souffert du défaut de culture de mes terres, m'ayant empêché de payer mes dettes, mes créanciers ont fait saisir réellement et décréter mes biens à vil prix, le marchand sera-t-il tenu de ce dommage ? La règle qui me paraît devoir être suivie en ce cas est qu'*on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en soient pas une suite nécessaire et qui peuvent avoir d'autres causes.* La perte que j'ai soufferte par le défaut de culture de mes terres paraît être une suite plus ou moins éloignée du dol de ce marchand ; néanmoins, je pense qu'il n'en doit pas être tenu, ou du moins qu'il n'en doit pas être tenu en entier. Le défaut de culture n'est pas une suite absolument nécessaire de la perte de mes bestiaux, que m'a causée le dol de ce marchand ; *je pouvais, nonobstant cette perte de mes bestiaux, obvier à ce défaut de culture,* en faisant cultiver mes terres par d'autres bestiaux que j'aurais achetés, ou si je n'avais pas le moyen, que j'aurais loués, ou en affermant mes terres, si je n'avais pas le moyen de les faire valoir par moi-même. Néanmoins, comme en ayant recours à ces expédients, je n'aurais pas retiré autant de profit de mes terres que si je les avais fait valoir par moi-même, par mes bœufs que j'ai perdus par le dol de ce marchand, cela peut entrer pour quelque chose dans les dommages et intérêts dont il est tenu ».

193. C'est ainsi que pour POTHIER, seul le dommage direct sera réparé : la vache et le troupeau devront être remboursés. En revanche, la saisie des biens étant une conséquence indirecte, rien ne pourra être effectué. Ainsi, les dommages découlant du fait de la victime ayant aggravé le dommage, c'est-à-dire postérieur au fait générateur initial,

ne seraient pas des conséquences directes du dommage, et ne doivent alors pas être pris en considération dans l'évaluation du préjudice. POTHIER fonde, fût-ce implicitement, l'obligation de ne pas aggraver son dommage sur l'exigence liée au caractère direct du préjudice réparable.

194. L'obligation de ne pas aggraver son préjudice : une préoccupation mineure en France. Très rapidement en revanche, le débat sur la consécration de l'obligation de ne pas aggraver son dommage a, en France, été mis de côté, n'étant à l'époque pas « au centre des préoccupations »[617]. L'idée de l'introduction en France de l'obligation de ne pas aggraver son dommage ne fut pas reprise par le Code civil, bien qu'elle apparaisse dans certains textes spécifiques[618]. Et après la promulgation du Code civil, au début du XIX^{e} siècle, cette question a été oubliée[619], ce qui s'explique très certainement par le silence du Code civil à ce sujet[620]. Il a fallu attendre le début du XX^{e} siècle pour qu'une partie de la doctrine s'y intéresse à nouveau.

195. Resurgissement des débats doctrinaux. Après plus d'un siècle d'oubli général, la question de l'aggravation du dommage ressurgit notamment dans les travaux de DEMOGUE et PLANIOL. Ainsi, on en retrouve une mince trace dans le Traité élémentaire de droit civil de PLANIOL[621] qui revient sur l'exemple de la vache pestiférée que POTHIER avait mis en avant. PLANIOL explique cet exemple, en considérant que le dommage litigieux n'était pas la suite nécessaire de la vente de la vache malade parce qu'il aurait « pu être évité ».

196. La portée de ces exemples est néanmoins discutée. Certains auteurs ont considéré que ce ne sont que des « allusions assez vagues et indirectes à l'obligation de la partie lésée de limiter le dommage »[622], alors que d'autres y ont vu une existence avant la promulgation

[617] Y. LE MAGUERESSE, *op. cit.*, Chapitre II, « La portée pratique des comportements fautifs », § 83.
[618] V. par ex. art. 1760 du C. civ. ou art. L. 172-23 du C. assur.
[619] S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, p. 20, n° 142.
[620] G. CORNU, « La lettre du code à l'épreuve du temps », in *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, pp. 157-181 ; B. AUDIT, « *Recents Revisions of the French Civil Code* », Louisiana Law Review, 1978, vol. 38, n° 132, p. 747.
[621] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 3^{e} éd., 1905, p. 89, n° 249.
[622] R. KRUITHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », RJCB 1989, n° 4, p. 16.

du Code civil[623]. Mais il semblerait que ce soit DEMOGUE qui s'y soit intéressé plus attentivement et expressément.

197. DEMOGUE a explicitement affirmé l'existence d'une obligation de ne pas aggraver le dommage, justifiée par un devoir dit de collaboration entre les parties, qui est lui-même corollaire de la bonne foi imposée dans l'exécution du contrat en vertu de l'article 1134, alinéa 3 ancien du Code civil. Selon DEMOGUE, la prise en compte de la faute lucrative de la victime répond à un « impératif d'utilité sociale ». Il affirme alors que « à un droit rigide, se substitue un droit solidariste obligeant la victime à travailler modérément dans l'intérêt général, c'est-à-dire pour empêcher le dommage de continuer »[624]. Ainsi, pour DEMOGUE, l'obligation de ne pas aggraver son dommage se justifiait par une approche solidariste. Intéressant particulièrement notre hypothèse de travail, DEMOGUE avait d'ailleurs fait part d'une position bien tranchée. Il a pu répondre à la question, « la victime est-elle en faute si elle ne prend pas d'elle-même les mesures nécessaires pour diminuer le dommage », par ces mots : « l'affirmative ne fait aucun doute », avant de citer des exemples de la victime d'un dommage corporel qui refuse de se soigner[625]. Ainsi, le blessé est en faute s'il ne se soigne pas et ne se soumet pas aux opérations nécessaires, sauf si elles sont graves et hasardeuses.

198. Un peu plus tard, il est rejoint par TUNC, qui soutient que « la victime ne peut assister passive au déclenchement des diverses conséquences de la faute, mais doit réagir de toute sa vigueur d'homme contre ces conséquences dans la mesure où elles aggraveraient le dommage »[626]. De nouveau oublié, il a fallu encore attendre la fin du XX^{e} siècle pour que l'intérêt pour cette question réapparaisse. C'est notamment lorsqu'une telle question a été introduite dans le système juridique européen et international, qu'elle a repris de l'ampleur dans les débats internes.

---

[623] V. en ce sens A. MICHAUD, « *Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract* », Revue générale de droit 1984, vol. 15, n° 2, p. 309 et s. ; B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », RDAI 1987, p. 396 et s., n° 21 et s.

[624] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. IV, Librairie Arthur Rousseau, 1924, n° 463 bis.

[625] *Ibid*.

[626] A. TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », RID comp. 1953, vol. 5, n° 1, p. 29.

199. L'intégration de l'obligation dans les textes de droit européen et international et imprégnation par la doctrine et le droit français. La ratification des conventions internationales de La Haye du 1er juillet 1964, portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et celle de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises, a imposé « l'obligation de prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain à manquer, résultant de la contravention » au risque de se voir prononcer « une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée »[627]. En outre, les principes relatifs aux contrats du commerce international, dits principe UNIDROIT[628], bien qu'ils soient moins impératifs[629], précisent dans leur article 7.4.8. que « le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables » et que « le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice ».

200. Après l'intégration de cette obligation dans les textes de droit européen et international, une partie de la doctrine moderne[630], s'est montrée très encline à la reconnaissance d'une obligation de ne pas aggraver son préjudice. C'est notamment le cas de S. REIFEGERSTE, qui y a consacré une thèse[631], de D. MAZEAUD[632], J-.P CHAZAL,[633] mais aussi, M.-S. BONDON qui se révèle néanmoins un peu plus nuancé[634]. Ainsi, notamment, S. REIFEGERSTE propose l'introduction dans le Code civil d'un article 1151-1 qui pourrait, en matière de responsabilité contractuelle, prévoir que « le débiteur ne répond pas des dommages que le créancier aurait pu éviter en prenant des mesures raisonnables », et d'un article 1389-19, en matière de responsabilité délictuelle, qui préciserait que « la personne tenue à réparation ne répond pas des dommages que la victime aurait pu éviter en prenant des mesures raisonnables »[635]. M. CHAZAL, a soutenu

[627] Art. 77 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises.
[628] Principes UNIDROIT, relatifs aux contrats du commerce international, adoptés à Rome en 1994 par l'Institut international pour l'unification du droit privé, JDI 1995, p. 583.
[629] Ils ne s'imposent qu'aux contractants qui ont émis la volonté expresse.
[630] Pour de plus amples développements sur les opposants et les défenseurs de la transposition en France de l'obligation de ne pas aggraver le dommage, v. S. REFEIGERSTE, *op. cit.*
[631] S. REIFEGERSTE, *op. cit.*
[632] D. MAZEAUD, « La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage », D. 2004, p. 1347.
[633] Civ. 2e, 19 juin 2003 : D. 2003, Jur., p. 2326, note J.-P. CHAZAL.
[634] M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, thèse, université de Montpellier, 2019.
[635] S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, v. spéc. p. 95, n° 139.

cette proposition tout en étant plus nuancé[636] : bien qu'il critique fermement l'absence en France d'une obligation de ne pas aggraver le dommage, il ne soutient pas pour autant l'accueil dans le Code civil de cette obligation.

201. Une doctrine majoritaire opposée à la transposition en France d'une obligation de ne pas aggraver son dommage. Ainsi, la doctrine majoritaire reste opposée à l'introduction en France d'une obligation de ne pas aggraver le dommage. Notamment, H. MUIR-WATT considère que l'introduction d'une telle obligation « remettrait en cause la primauté de l'exécution en nature que la doctrine française fait découler, comme une conséquence inéluctable, de la force obligatoire du contrat »[637]. Pour VINEY, l'accueil dans le droit français de cette obligation rendrait « notre droit de la réparation plus flou et plus aléatoire encore qu'il ne l'est actuellement »[638]. P. JOURDAIN, enfin, estime que la reconnaissance de cette obligation porterait atteinte à la conception française du droit de la réparation, car elle « ferait abstraction du fait que c'est le débiteur qui est à l'origine du préjudice de la victime, « y compris de la fraction qui aurait pu être évitée. (…) il serait donc inopportun et même inconcevable de l'introduire en droit français »[639]. Le législateur français, se rangeant du côté de la doctrine majoritaire, n'a pas entendu admettre l'existence d'une obligation de ne pas aggraver son dommage.

202. L'obligation de ne pas aggraver son dommage dans les textes postérieurs au Code civil. Les allusions doctrinales favorables à l'introduction d'une obligation de ne pas aggraver son dommage n'étaient pas suffisantes pour être reprises dans le Code civil[640], et depuis, les choses n'ont pas vraiment évolué. À ce jour, seule une disposition a consacré, en des termes clairs[641], l'obligation de ne pas aggraver le dommage. En plus de ne pas en exister d'autres, cette disposition, qui consacre une obligation de ne pas aggraver son dommage, se limite aux assurances maritimes. Ainsi, l'article L. 172-23 du Code des assurances dispose : « l'assuré doit contribuer au sauvetage des objets assurés et prendre

[636] Civ. 2e, 19 juin 2003 : D. 2003, Jur., p. 2326, note J.-P. CHAZAL.
[637] H. MUIR-WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? Colloque du CEDAG de l'Université de Paris V », LPA 20 nov. 2002, n° 232 spé., p. 45.
[638] G. VINEY, « Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », art. cit., v. spéc. p. 70.
[639] Civ. 2e, 19 juin 2003 : RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN, v. spéc. p. 719.
[640] V. B. HANOTIAU, art. cit., p. 396, n° 22.
[641] R. O. DALCQ, « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », RDAI 1987, p. 368, n° 10.

toutes les mesures conservatoires de ses droits contre les tiers responsables. Il est responsable envers l'assureur du dommage causé par l'inexécution de cette obligation résultat de sa faute ou de sa négligence ». Il faut néanmoins préciser que l'obligation de ne pas aggraver le dommage s'inscrit dans les rapports entre la victime et l'auteur du dommage. Or l'article précité se cantonne aux relations entre l'assuré et l'assureur et donc ne relève pas de l'obligation de ne pas aggraver le dommage *stricto sensu*.

203. Si la question de la consécration d'une telle obligation, dans les textes, apparaît dans le domaine contractuel, son domaine d'application ne doit pas s'y limiter. D'ailleurs si pour certains auteurs, comme CORNU[642] ou P.-Y. GAUTIER[643], l'obligation de ne pas aggraver le dommage ne peut trouver à s'appliquer que dans le domaine contractuel, nous appuierons la position de M. REIFEGERSTE qui affirme que « le dommage initial peut être indifféremment de nature contractuelle ou extracontractuelle » dès lors que « rien ne justifierait que l'obligation de minimiser le dommage se réduise à l'une ou à l'autre des responsabilités contractuelle ou délictuelle »[644]. En effet, la prise en compte du comportement de la victime dans l'aggravation du dommage ne dépend d'aucune spécificité liée à la nature de la responsabilité. D'ailleurs, les débats jurisprudentiels et doctrinaux qui se sont intéressés à cette question en France ne se limitent aucunement à l'un des deux régimes. De surcroît, « au moins depuis l'adoption du Code civil, la responsabilité délictuelle s'est partiellement constituée sur le modèle de l'inexécution des conventions, sans jamais, cependant, que les deux régimes juridiques ne soient fusionnés »[645].

204. Quoiqu'il en soit, la question de l'obligation de ne pas aggraver son dommage a surtout été débattue dans les pays de Common Law et dans certains pays qui s'en sont inspirés, appartenant à la catégorie romano-germanique. En droit français, elle est quasiment passée inaperçue[646], ce qui tient notamment au fait que les préoccupations

---

642 G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Minimisation des pertes.
643 P.-Y. GAUTIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD civ. 1995, p. 798, v. spéc. p. 820, n° 38.
644 S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, p. 20, n°14 ; p. 181, n° 327.
645 J.-P. CHAZAL, art. cit.
646 V. notamment, J. POTHIER, *Œuvres*, t. III, *Traité des obligations*, Beaucé, 1761, pp. 1817-1820, n° 162 ; R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 463 *bis* ; A. TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on droit réparation », art. cit. ; et, plus récemment, P.-Y. GAUTIER, art. cit., spéc. p. 820 et s., n° 38 et s.

étaient principalement tournées vers le débiteur en défaut, ou plus généralement, l'auteur du dommage dont il s'agissait surtout de sanctionner la faute[647].

205. Il semblerait, en tout état de cause, que la France soit restée en marge concernant la question de l'intégration dans le droit positif d'une obligation de ne pas aggraver son dommage. Et c'est la jurisprudence, qui, au début du XXIe siècle, s'est explicitement prononcée sur la question, et a décidé du sort de cette obligation, si bien qu'il convient dès à présent savoir si aujourd'hui, le droit français est toujours perçu comme une « exception » en la matière.

SECTION II. L'ABSENCE DE SANCTION INDIRECTE JUSTIFIÉE PAR LE PRINCIPE DE RÉPARATION INTÉGRALE

206. Distinction. Ce n'est qu'en 2003 que la Haute juridiction se positionne clairement sur la question de la transposition en France d'une obligation de ne pas aggraver son dommage. Certains arrêts notamment celui rendu en 1997[648] rendus avant 2003 où, dans les faits, le refus de soins a entraîné l'aggravation du dommage initial, c'est-à-dire qu'il a été postérieur au fait générateur initial, ont formé un terrain propice aux débats doctrinaux relatifs à la transposition en France de l'obligation de ne pas aggraver son dommage. Néanmoins, cela ne convainc pas. En effet, dans ces espèces, la Cour de cassation fondait l'absence d'incidence du refus de soins sur le droit à réparation, non pas sur le principe de réparation intégrale, mais sur l'inviolabilité du corps humain. Si alors l'impression déjà dégagée en 1997[649] devient, avec les arrêts de 2003 une certitude, l'impossibilité de sanctionner le refus de l'acte médical « n'est plus justifié par une disposition posant le principe d'inviolabilité du corps humain mais par un motif d'ordre général niant toute obligation de la victime de limiter son dommage »[650]. Ainsi, bien que les faits l'invitassent à se prononcer sur la question de savoir s'il existe en France, une obligation de ne pas aggraver son dommage, dans ces affaires, la Cour de cassation, n'y

[647] V. S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, OpenEdition Book, 2022, n° 17.
[648] V. par exemple, Civ. 2e, 19 mars 1997, n° 93-10.914 : Bull. civ. II, n° 86 ; D. 1997, p. 106 ; RTD civ. 1997, p. 632, obs. J. HAUSER, et p. 675, obs. P. JOURDAIN ; pour des arrêts plus anciens, rendus avant 1997, v. RTD civ. 1969, p. 782, obs. ; RTD civ. 1975, p. 108 ; JCP 1970, II 16447, note R. SAVATIER ; RTD civ. 1969, p. 782, obs. G. DURRY.
[649] V. *infra*, n°253 et s.
[650] Civ. 2e, 19 juin 2003 : RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN, v. spéc. pp. 717-718, n° 4.

répondait pas explicitement, et se positionnait plutôt sur le terrain de la faute de la victime[651].

207. Or raisonner en termes de faute de la victime suppose que sa faute ait contribué à la réalisation du préjudice et donc ait été concomitante, ou, à la limite, antérieure au fait générateur initial[652]. En ne se fondant pas sur l'inviolabilité du corps humain, dont la portée était limitée au refus de soins, mais sur l'article 1382 du Code civil, ce n'est qu'en 2003, que la Haute juridiction répond explicitement à la question de la transposition en France, d'une obligation de ne pas aggraver son dommage. Force est alors de constater que la frontière entre faute de la victime et obligation de ne pas aggraver son dommage était brouillée, « d'où l'intérêt des deux arrêts de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui ont pris parti, on ne peut plus clairement sur l'existence d'une obligation de minimiser le dommage, justifiant la très large diffusion que la Haute juridiction entend leur donner »[653].

208. Deux arrêts de principes rendus en 2003 excluent l'obligation de ne pas aggraver son dommage. C'est en 2003 que la Cour de cassation répond explicitement à la question de savoir s'il existe, en France, une obligation de ne pas aggraver son dommage. En 2003[654], la Haute juridiction ferme nettement la porte à l'introduction, en droit privé français, d'une obligation de ne pas aggraver son préjudice. Par deux arrêts rendus le même jour, publiés au bulletin et mentionnés dans le rapport annuel de la Cour de cassation, la deuxième chambre civile retient, au visa de l'article 1382 du Code civil, que ne pèse sur la victime aucune obligation de ne pas aggraver son dommage. Il en ressort qu'il ne peut être opposé à la victime son comportement dès lors qu'il a aggravé le dommage initial imputable au défendeur.

---

[651] V. *infra*, n° 270 et s.

[652] Rappelons que l'une des spécificités de l'obligation de ne pas aggraver le sommage est qu'elle ne naît qu'après le fait générateur initial.

[653] Civ. 2e, 19 juin 2003, Dibaoui c/ Flamand et a., n° 931 : RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage » – Civ. 2e, 19 juin 2003, Consorts Lallemand c/ Decrept et a., n° 930 : D. 2003, Jur., p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; RTD civ. 2003, p. 716.

[654] Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203 ; Rapp. C. cass. 2003, p. 460 ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 2004, I 101, n° 9, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; D. 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RGDA 2003, p. 506, obs. J. LANDEL.

209. Première espèce. Dans la première espèce, la victime avait assigné le responsable du dommage ainsi que son assureur afin d'obtenir l'indemnisation de l'aggravation de son préjudice corporel consécutif à un accident de la circulation. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel qui avait retenu une réduction du montant de cette indemnité aux motifs que la victime avait refusé de suivre une rééducation orthophonique et psychologique qui avait été prescrite par les médecins en charge de la patiente. Selon la cour d'appel, ce refus constituait une faute ayant contribué pour partie à la persistance des troubles psychologiques. La Haute juridiction, ne se positionnant pas sur le terrain de la faute cette fois-ci, retient que « l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

210. Seconde espèce. Dans la seconde espèce, la victime d'un accident de la circulation demandait au responsable du dommage initial l'équivalent de la valeur de son fonds de boulangerie qu'elle n'avait pas pu exploiter pendant six ans à cause de l'incapacité physique causée par l'accident. Sa fille demandait la réparation de la perte d'une chance d'avoir pu reprendre un fonds de commerce prospère. La cour d'appel l'a déboutée au motif que la victime avait la possibilité de faire exploiter son fond par un tiers et que « si elle a choisi de le laisser péricliter, elle ne saurait en imputer la responsabilité à l'auteur de l'accident ». La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au visa du même article et pour les mêmes raisons. La Haute juridiction relève que la victime « n'avait pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par les médecins »[655].

211. Des solutions dépassant le cadre du préjudice corporel. La Cour de cassation, à travers ces arrêts, tranche nettement la question de la reconnaissance de l'obligation de ne pas aggraver son préjudice. Elle refuse catégoriquement d'intégrer en droit français l'obligation, à la charge de la victime, de ne pas aggraver son dommage. Si ces arrêts confirment l'impossibilité pour la victime de se voir opposer une obligation de ne pas aggraver son propre dommage, leur portée dépasse nettement le domaine des préjudices corporels dès lors que dans la seconde espèce, il est question de préjudice économique. C'est donc sans équivoque un principe général que la Cour de cassation consacre. Ces deux arrêts autorisent donc la victime à s'abstenir de tout acte ou initiative permettant de

[655] Civ. 2e, 19 juin 2003, n° 01-13.289 : Bull. civ. II, n° 203.

ne pas aggraver le coût économique du préjudice, qu'il soit corporel ou matériel. On voit alors se dessiner « un droit absolu, non susceptible de dégénérer en abus, quel que soit le comportement de cette dernière »[656].

212. Des arrêts largement confirmés. À partir de 2003, la Haute juridiction, en se fondant notamment sur le principe de réparation intégrale, rappelle systématiquement qu'il n'existe pas pour la victime d'obligation de ne pas aggraver son dommage[657]. En 2009[658], par exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation a également exclu l'obligation pour la victime de limiter son préjudice. La Cour de cassation, au visa de l'article 1382 ancien du Code civil, rappelle, dans un attendu de principe, que « l'auteur d'un accident doit en réparer l'intégralité des conséquences dommageables ». D'autres arrêts ont réaffirmé à de nombreuses reprises l'absence pour la victime de ne pas aggraver son dommage fondé sur le principe de réparation intégrale[659].

213. Dans un arrêt plus récent, rendu le 26 mars 2015[660], la Cour de cassation n'en démord pas. Dans cette espèce, une victime d'un accident de la circulation, demande, à l'assureur du véhicule impliqué, la réparation du préjudice lié à une perte de gains professionnels futurs. La victime avait été déclarée inapte à sa profession de cuisinier trois ans après l'accident, et licenciée. Par un arrêt du 4 septembre 2013, la Cour d'appel de Poitiers retient que si le demandeur ne pouvait plus être cuisinier, sur le plan médical, il demeurait apte à travailler, et que, l'absence d'activité professionnelle n'avait pas pour unique cause son état de santé consécutif à l'accident, mais également « le refus du poste proposé par l'employeur dès lors qu'un changement de résidence n'était pas impossible

---

656 P.-Y. THIRIEZ, art. cit.

657 V. Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203 ; Rapp. C. cass. 2003, p. 460 ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 2004, I 101, n° 9, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; D. 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RGDA 2003, p. 506, obs. J. LANDEL.

658 Civ. 2e, 22 janv. 2009, n° 07-20.878 : Bull. civ. II, n° 26 ; GPL 26 mars 2009, n° 85, p. 10 et s., note S. SALEH et J. SPINELLI ; D. 2009, p. 1114 et s., R. LOIR, « La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ? ».

659 V. par ex. Civ. 2e, 8 oct. 2009, n° 08-18.492 ; 25 oct. 2012, n° 11-25.511 : D. 2013, p. 415, note A. GUEGAN-LECUYER ; D. 2013, p. 2658, obs. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER et S. PORCHY-SIMON – Civ. 3e, 5 févr. 2013, n° 12-12.124 : D. 2013, p. 2658, obs. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER et S. PORCHY-SIMON ; AJDI 2013, p. 358 – Civ. 3e, 10 juill. 2013, n° 12-13.851 : D. 2013, p. 2658, obs. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER et S. PORCHY-SIMON ; RDI 2013, p. 470, obs. B. BOUBLI – Civ. 1re, 2 juill. 2014, n° 13-17.599, Dalloz actualité, 29 juill. 2014, obs. A. CAYOL ; D. 2014, p. 1919, note C. BOISMAIN.

660 Civ. 2e, 26 mars 2015, n° 14-16.011.

matériellement pour la victime ». La cour d'appel estime que le préjudice subi est causé, à parts égales, par ces deux causes et en déduit qu'il y a lieu de diviser par deux le *quantum* de réparation. L'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers, comme on pouvait s'y attendre, n'échappe pas à la censure de la Cour de cassation qui retient, au visa de l'article 1382 du Code civil, selon une formule bien connue désormais « l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ». Selon cette formule complète, la Cour de cassation, réaffirme avec force l'une des règles que le droit français tire aujourd'hui classiquement du principe de la réparation intégrale.

214. Le fondement : principe de réparation intégrale. Depuis 2003, « le refus de sanctionner l'absence de soins n'est plus justifié par une disposition posant le principe d'inviolabilité du corps humain, mais par un motif d'ordre général niant toute obligation de la victime de limiter son dommage »[661]. La Cour de cassation fait le choix d'un motif de censure fondé sur le principe de droit commun, selon lequel l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables, la victime n'étant pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt de celui-ci.

215. Contenu du principe de réparation intégrale. L'absence d'obligation de ne pas aggraver son préjudice répond au principe d'équité et d'indemnisation du seul dommage prévisible au sens de l'article 1231-3 du Code civil[662] qui dispose que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ». La règle en vertu de laquelle un préjudice doit être réparé intégralement, qui existe tant en matière délictuelle que contractuelle, signifie que le juge doit réparer « tout le dommage, mais rien que le dommage », afin de compenser les préjudices subis par la victime, sans pour autant qu'elle puisse s'enrichir[663]. D'après une

[661] P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », art. cit., v. spéc. pp. 717-718 ; v. arrêt antérieur qui se fonde sur l'inviolabilité du corps humain : Civ. 2e, 19 mars 1997, n° 93-10.914 : Bull. civ. II, n° 86 ; D. 1997, p. 106 – Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203.

[662] Un dommage est prévisible, au sens de l'article 1231-3 du Code civil, lorsqu'il peut être normalement prévu par les contractants au moment de la conclusion de la convention. Civ. 1re, 25 janv. 1989 : D. 1989, IR, p. 47.

[663] V. note G. DURRY, Rapport de synthèse, in « Le préjudice, questions choisies », Resp. civ. et ass., mai 1998, n° spéc., p. 32 et s.

formulation jurisprudentielle connue, « le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait retrouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »[664]. Ainsi, en fondant sa solution sur le principe de réparation intégrale, il s'agit pour la Cour de cassation de replacer la victime dans l'état dans lequel elle serait en l'absence de dommage, s'inscrivant ainsi dans la logique indemnitaire de la responsabilité civile.

216. Projet de réforme quant à l'obligation de ne pas aggraver son dommage. Le projet de réforme de la responsabilité civile se rallie seulement en partie à ces jurisprudences en posant clairement qu'il n'existe pas pour la victime d'obligation de minimiser son dommage. Il limite néanmoins cette exigence aux dommages corporels. Ainsi, l'article 1263[665] du projet de réforme prévoit que la victime n'est pas tenue de prendre des mesures afin de ne pas aggraver son dommage corporel, ce qui rejoint la position des juges dans les arrêts de 2003. Néanmoins, les dispositions du projet se distinguent des solutions jurisprudentielles en ce qu'elles prévoient que cette obligation est consacrée pour les autres dommages. Si le législateur fait un premier pas vers la reconnaissance en droit français d'une obligation de ne pas aggraver le dommage, nous verrons que cette initiative ne convainc pas entièrement[666].

[664] Civ. 2e, 28 oct. 1954 : JCP 1955, II 8765, note R. SAVATIER – Civ. 2e, 1er avr. 1963 : D. 1963, p. 453, note H. MOLINIER ; JCP 1963, II 13408, note P. ESMEIN – Civ. 2e, 8 avr. 1970 : Bull. civ. II, n° 111, RDTC 1971, p. 660, obs. G DURRY, cité par D. GENCY-TENDONNET, « L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle », GPL 6 mai 2004, n° 127, p. 27.
[665] L'article 1263 de la réforme de responsabilité civile énonce que « sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ».
[666] V. *infra*, n°376.

Conclusion du chapitre I

217. L'obligation de ne pas aggraver son dommage ne dispose en France d'aucune autonomie. Excepté l'article 77 de la Convention de Vienne et quelques décisions éparses concernant essentiellement la sanction de la faute de la victime ou du créancier d'une obligation contractuelle[667], aucun texte ne l'énonce, et aucune décision de jurisprudence ne l'a reconnue. Du côté de la jurisprudence, dans les arrêts rendus en 2003[668], la Cour de cassation ferme la porte à l'introduction, en droit français, d'une obligation de ne pas aggraver son dommage. Ainsi, le refus de soins qui a conduit à l'aggravation du dommage initial ne peut être opposé à la victime pour limiter ou exclure son droit à indemnisation. Cette règle s'impose à toutes les victimes, nonobstant son statut particulier. Toutefois, la censure de la Cour de cassation quant à l'incidence du refus de se soumettre à un acte médical sur le droit à réparation n'est pas unitaire, elle repose également sur un autre fondement : celui de l'inviolabilité du corps humain.

[667] V. P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », art. cit. ; S. REIFEGERSTE, *op. cit.*

[668] Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203 ; Rapp. C. cass. 2003, p. 460 ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 2004, I 101, n° 9, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; D. 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RGDA 2003, p. 506, obs. J. LANDEL.

CHAPITRE II
LA PARTICULARITÉ DU STATUT DE PATIENT VICTIME JUSTIFIÉE PAR L'INVIOLABILITÉ DU CORPS HUMAIN

218. Les jurisprudences rendues en matière de préjudices nés de la relation que lie le patient à son médecin ont conduit, en premier lieu, à s'interroger sur la question de savoir si le refus du patient victime pouvait exonérer le professionnel de santé de sa responsabilité, lorsque lors d'une activité médicale, un dommage se réalise. Dans ce cadre, le refus est en principe antérieur ou concomitant à la réalisation du dommage[669] : cela veut dire que le refus entre en concurrence avec la faute du professionnel de santé, concourant alors à la réalisation du préjudice. En ne se fondant non pas sur le principe de réparation intégrale, mais sur l'inviolabilité du corps humain, la Cour de cassation se situe plus volontiers sur le terrain de la faute de la victime[670]. En effet, l'invocation de l'inviolabilité du corps humain dont découle le droit de consentir, est utile uniquement pour justifier que le statut du patient permet de déroger aux règles traditionnellement admises en matière d'exonération ; autrement, c'est le principe général de réparation intégrale que la Cour de cassation aurait dû viser.

219. Ainsi, la question soulevée est celle de l'exonération. Or pour être exonératoire, le fait de la victime doit être fautif, ce qui rend la question particulièrement délicate en matière de consentement à l'acte médical, dès lors que le droit de consentir consiste en l'exercice d'un droit. La question épineuse à laquelle les juges ont été amenés à répondre a alors été celle de savoir si l'exercice d'un droit, celui de consentir, avait vocation à être considéré par le droit civil comme une faute ou si le statut du patient, fondé à refuser tout acte médical l'immunisait contre tout mécanisme de responsabilité civile.

220. Avant d'analyser les décisions jurisprudentielles, il convient, par souci de clarté, de distinguer deux situations. Pour qu'un comportement puisse être exonératoire, encore faut-il qu'il ait contribué à la réalisation du préjudice. Il faut alors distinguer les hypothèses où le comportement du patient contribue à la réalisation du préjudice, de celles où il en est la cause exclusive.

---

[669] À l'inverse, en matière d'aggravation du dommage, le refus est postérieur à la réalisation du dommage initial.

[670] Et non pas sur celle de l'obligation de ne pas aggraver le dommage.

221. C'est alors que la notion de faute de la victime connaît au moins deux acceptions. Traditionnellement, elle est comprise comme la cause ou l'une des causes du dommage initial. Ainsi présentée, la faute de la victime est soit celle qui a provoqué le fait dommageable initial, soit, sans l'avoir provoqué, a au moins contribué à sa réalisation. Dans ce contexte, la faute[671] de la victime est antérieure ou concomitante au fait dommageable initial. Cause partielle du dommage, elle conduit alors, en droit commun, à une exonération partielle du débiteur du droit à réparation. Cause exclusive du dommage, elle écarte la responsabilité du défendeur au stade des conditions de mise en jeu de la responsabilité civile. La première hypothèse est alors celle où le comportement du patient est la cause exclusive du dommage (Section I). La seconde renvoie à l'hypothèse où le comportement du patient contribue à la réalisation du dommage (Section II).

SECTION I. LE REFUS CAUSE EXCLUSIVE DU DOMMAGE

222. Comportement de négligence et refus de se soumettre à un acte médical : une distinction obsolète dans le cas où le comportement du patient est la cause exclusive du dommage. Lorsque le fait de la victime a contribué à la réalisation du dommage, il est toujours utile, pour une meilleure lecture de la jurisprudence, de distinguer entre le *simple* comportement de négligence et le refus de se soumettre à un acte médical, dès lors que seul ce dernier consiste en l'exercice d'un droit. Mais contrairement à l'hypothèse où le comportement de la victime a contribué au dommage[672], dans le cas où le comportement est la cause exclusive du dommage, cette distinction devient obsolète. En effet, dans les deux situations, le comportement qui s'avère être la cause exclusive du dommage conduira en tout état de cause à écarter, au stade de l'examen des conditions, la responsabilité du professionnel ou de l'établissement de santé : dans cette hypothèse, la solution est indifférente au caractère fautif du fait de la victime, contrairement à l'hypothèse où le refus contribue à la réalisation du dommage.

223. En effet, la question de savoir si le refus de se soumettre à un acte médical est exonératoire revient à se demander s'il est fautif, car, selon un principe rappelé par la Cour de cassation « seule la faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le

[671] Lorsque le fait de la victime est la cause exclusive du dommage, le caractère fautif est indifférent. Ce terme est utilisé uniquement par souci de présentation.
[672] V. *infra*, n° 227 et s.

praticien de sa responsabilité »[673]. Or, le caractère sensible de la question réside justement dans le fait que le refus consiste en l'exercice d'un droit, ce qui rend difficilement concevable sa qualification en faute, si bien alors, que la distinction entre les simples comportements de négligence, non assujettis au droit de consentir[674], et le refus d'acte médical, qui consiste en l'exercice d'un droit, est d'importance. Lorsque le comportement de la victime est la cause exclusive du dommage, la question du caractère fautif ne se pose pas, raison pour laquelle la distinction n'a guère d'importance.

224. Alors, qu'il s'agisse d'une négligence ou d'un refus de se soumettre à l'acte médical, la jurisprudence écarte la responsabilité du professionnel, dès lors qu'ils constituent la cause exclusive du dommage. Dans ce cas, la causalité ne fait aucun doute et la responsabilité du médecin ne peut être engagée puisqu'il n'a commis aucune faute[675]. Le fait de la victime est la seule cause de son dommage, elle est alors privée de toute action, faute de débiteur.

225. La négligence, cause exclusive du dommage. La célèbre affaire SEITA c/Gourlain[676] met bien en lumière cette distinction. Ainsi, des fumeurs atteints de cancers et ayants-droits des fumeurs décédés de cette maladie ont été déboutés de leur action en responsabilité civile contre les fabricants du tabac. Le juge n'a pas considéré le comportement de la victime comme une cause exonératoire, mais comme la cause exclusive du dommage, soit comme un obstacle à l'établissement du lien causal entre les éventuelles fautes du défendeur et le préjudice. Il en va de même lorsque la Haute juridiction estime que le patient n'est pas fondé à obtenir l'engagement de la responsabilité du médecin[677], dès lors qu'après avoir subi une arthroscopie du genou, il développe une arthrite septique en raison du non-respect des contre-indications du médecin, consistant

[673] Civ. 1re, 17 janv. 2008, n° 06-20.107. D. 2008, p. 1256, note A. DUMÉRY.
[674] Ainsi, en dehors de l'exercice d'un droit, il ne fait aucun doute que les mécanismes exonératoires classiques de responsabilité vont trouver à s'appliquer sans poser de difficulté : un comportement, s'il est fautif, aura sans difficulté vocation à exonérer le responsable. C'est pourquoi alors lorsqu'il est question, au stade exonératoire de se demander si le fait de la victime est fautif, il y a lieu de distinguer le refus et le comportement de négligence.
[675] V. par ex. Civ. 1re, 26 oct. 2004, n° 02-20.747 ; ou encore CAA Marseille, 29 janv. 2015, n° 13MA02307.
[676] Civ. 1re, 20 nov. 2003, SEITA c/ Gourlain : D. 2003, p. 2902, concl. R. KESSOUS, note L. GRYNBAUM ; D. 2004, p. 653, chron. A. BUGADA ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2004, p. 103, obs. P. JOURDAIN – Civ. 1re, 8 nov. 2007, n° 06-15873 : D. 2008, p. 50, note J. REVEL ; D. 2008, p. 804, chron. L. NEYRET, p. 2894, obs. P. BRUN et P. JOURDAIN.
[677] Civ. 1re, 27 mars 2000, n° 99-17.672.

notamment à ne pas « se livrer à des activités contre-indiquées de nature à favoriser une infection ». Ainsi, lorsque le fait du patient est la cause exclusive du dommage, le juge écarte en toute logique la responsabilité du médecin qui n'a commis aucune faute[678] : la causalité ne fait aucun doute, et la question de la faute de la victime ne se pose de ce fait pas.

226. Le même raisonnement est adopté lorsqu'il s'agit, non pas d'un comportement de négligence, mais un refus de se soumettre à un acte médical qui est la cause exclusive du dommage. Dans un arrêt rendu le 26 octobre 2004,[679] la Cour de cassation considère que le non-suivi par le patient des recommandations prescrites par le chirurgien orthopédiste écarte la responsabilité du médecin. Plus précisément, la Haute juridiction retient que le refus de porter une genouillère — qui n'est ni plus ni moins qu'un acte de soins —, de recourir et d'utiliser des cannes pour l'aide à l'appui, ainsi que la reprise d'une vie normale accompagnée de la pratique de golf et de l'équitation, ne permet pas de retenir la responsabilité du médecin. Une telle inobservance peut même conduire à mettre à la charge du patient les dépens et frais de l'article 700[680] du Code de procédure civile[681]. Cet arrêt écarte toute responsabilité de médecin, qui n'a pas commis de faute. On ne se pose donc pas tellement la question de la faute du patient, si ce n'est pour dire implicitement que son comportement est la seule cause du dommage. Bien que la question de la qualification de la faute ne soit pas sollicitée dans une telle situation, il n'en reste pas moins un arrêt intéressant. En effet, le fait de poser en principe que le refus de se soumettre à un acte médical préconisé ne peut être fautif, n'empêche pas de considérer que l'abstention de la victime est la seule cause de son préjudice. Ainsi, le refus de se soumettre

[678] V. par ex. Civ. 1re, 26 oct. 2004, n° 02-20.747 ; ou encore CAA Marseille, 29 janv. 2015, n° 13MA02307.
[679] Civ. 1re, 26 oct. 2004, précit.
[680] « Le juge condamne la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès à payer : 1° À l'autre partie la somme qu'il détermine au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; 2° Et, le cas échéant, à l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle partielle ou totale une somme au titre des honoraires et frais, non compris dans les dépens, que le bénéficiaire de l'aide aurait exposés s'il n'y avait pas eu cette aide. Dans ce cas, il est procédé comme il est dit aux alinéas 3 et 4 de l'article 37 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991. Dans tous les cas, le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à ces condamnations. Néanmoins, s'il alloue une somme au titre du 2° du présent article, celle-ci ne peut être inférieure à la part contributive de l'État ».
[681] Civ. 1re, 26 oct. 2004, n° 20-20.747 : en l'espèce, le patient est condamné à 3 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

à l'acte médical conduit naturellement à écarter toute indemnisation dès lors qu'il est considéré qu'imputable à la victime, il a été la cause exclusive du dommage.

SECTION II. LE REFUS CAUSE PARTIELLE DU DOMMAGE

227. Propos liminaires. Lorsque le fait de la victime n'est pas la cause exclusive du dommage, mais entre en concurrence avec le fait du débiteur, se pose la question de l'exonération et donc du caractère fautif du comportement de la victime dès lors que selon un principe bien connu et rappelé par la Cour de cassation en 2008 : « seule la faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité »[682]. Cette solution de principe nous conduit à distinguer entre le simple comportement de négligence, et le comportement consistant en un refus de se soumettre à l'acte médical, qui est un droit reconnu par la loi.

228. Refus de se soumettre à un acte médical et simple comportement de négligence. Pour rappel, on entend par simple comportement de négligence, celui qui ne consiste pas en l'exercice d'un droit, et qui s'oppose alors au refus de se soumettre à un acte médical. Autrement dit, le droit de refuser ne trouve à s'appliquer qu'aux actes médicaux[683]. Sont exclus du champ d'application du consentement tous les comportements qui ne s'assimilent pas au refus de se soumettre à l'acte médical. L'article 36 du Code de déontologie médicale[684] et ses commentaires définissent précisément les actes médicaux. Ainsi, « les actes médicaux justifiant ce consentement doivent être entendus au sens large : en commençant par l'examen clinique habituel dont certains gestes peuvent être désagréables, comprenant d'éventuelles investigations complémentaires, différents traitements (…) ». Sont alors exclus du champ d'application du droit de consentir, les actes dits de négligence, qui ne justifient pas le recueil préalable du consentement. Or il n'y a pas de difficulté particulière à envisager que le comportement de négligence, qui ne consiste pas en l'exercice d'un droit, puisse être fautif. En revanche, la question est moins évidente pour le comportement consistant en l'exercice d'un droit octroyé par la loi : ici, les intérêts du créancier du droit à réparation fondé à refuser tout acte médical, ainsi que ceux du débiteur sur lequel pèse la charge de la réparation, entrent en conflit. Ainsi, par

[682] Civ. 1re, 17 janv. 2008, n° 06-20.107 : D. 2008, p. 1256, note A. DUMÉRY.
[683] Art. L. 1111-4 du CSP.
[684] Art. R. 4127-36 du CSP.

souci de clarté, il convient de distinguer entre les refus qui s'apparentent à une *simple* négligence, et qui sont de ce fait exclus du champ d'application du droit de consentir (§1), et ceux qui constituent un refus de se soumettre à un acte médical, encadré par le droit de consentir (§2).

§1. Le comportement de négligence

229. Application des mécanismes classiques d'exonération au *simple* comportement de négligence. De façon générale, le comportement du patient, qui ne rentre pas dans le champ d'application du droit de consentir, est invoqué pour limiter son droit à réparation. Il n'y a pas d'enjeux particuliers dans le fait de savoir si le comportement est constitutif d'une faute, dès lors qu'il ne consiste pas en l'exercice d'un droit. Dans cette hypothèse, le juge opère logiquement un partage de responsabilité entre la victime d'une part, et le professionnel de santé ou l'établissement de santé auteur du dommage initial d'autre part[685].

230. Exemples[686]. Par exemple, dans la décision du tribunal d'instance du Havre, rendue le 25 mars 2014, il est mis 15 % de responsabilité à la charge d'une femme qui ne s'était pas munie de ses résultats d'examens antérieurs lors de ses échographies de grossesse. Il a été considéré qu'elle n'avait pas fourni au praticien tous les éléments nécessaires à une prise en charge optimale. Le fait de ne pas se munir de ses résultats renvoie à une simple négligence, et non pas à exercer le droit de refuser qui ne concerne que les actes médicaux. Le TGI de Sarreguemines, dans le même sens, a rendu un jugement le 16 septembre 2014 : le patient supporte 30 % de responsabilité pour avoir brutalement rompu le contrat de soins avec son chirurgien-dentiste, ne lui permettant pas de terminer les soins dans de bonnes conditions. Le TGI de Bayonne suit le mouvement puisqu'il rend un jugement le 19 mai 2014 et impute 10 % de responsabilité à un patient qui n'avait pas consulté son chirurgien-dentiste pendant deux ans et demi, par négligence, ce qui a été à

[685] V. par ex. en ce sens, pour une négligence consistant en un non-respect des consignes post opératoire, CAA Nancy, 13 juin 2013, n° 12NC01478 : JCP A 16 déc. 2013, n° 2464, note V. VIOUJAS ; CE, 25 juill. 2013, n° 354956 : en l'espèce, une personne contaminée par le virus de l'hépatite C postérieure à une transfusion sanguine déclare ensuite une cirrhose du foie mais continue de consommer de l'alcool.
[686] Pour tous ces exemples, v. S. TAMBURINI, « Un patient peut-il être tenu responsable de son propre dommage ? », site de la MACSF : https://www.macsf.fr/responsabilite-professionnelle/relation-au-patient-et-deontologie/un-patient-peu-compliant-responsable

l'origine d'un retard de prise en charge d'une perte osseuse. Dans une décision rendue le 13 juin 2013[687], la Cour d'appel a considéré que la patiente, qui avait négligé les prescriptions médicales, consistant à garder les doigts de la main opérée immobilisés, s'est vu limiter son droit à réparation[688].

231. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 30 septembre 2011,[689] un patient refuse de réaliser les examens prescrits et sort de l'hôpital contre avis médical après l'annonce du diagnostic d'une maladie coronarienne. De ce fait, il ne subit une chirurgie de revascularisation qu'un an plus tard. Des complications étant apparues dans les suites de cette intervention, il refuse une réhospitalisation. Les juges retiennent la responsabilité du praticien, mais imputent également 50 % de responsabilité à la charge du patient dont l'attitude a contribué au retard de prise en charge. Cet arrêt retient alors la faute de la victime en raison d'une acceptation tardive d'une intervention qui aurait pu éviter le dommage tel qu'il s'est produit si elle avait été réalisée plus tôt. Cette espèce se distingue néanmoins sensiblement des autres cas. En effet, si elle montre bien que le comportement de négligence, qui ne s'apparente pas à un refus de soins, est de nature à limiter le droit à réparation, le fait que le retard dans les soins puisse être assimilé à un refus de soins reste discutable. S'il n'y a pas eu refus de soins à proprement dit, l'analogie peut tout à fait se défendre dans la mesure où le retard dans les soins s'apparente en quelque sorte, du moins *au moment où les soins auraient dû être administrés*[690], à un refus de soins. Toutefois, en considérant qu'un tel comportement limitait le droit à indemnisation du patient, les juges du fond ne semblent pas l'entendre ainsi et assimilent plus volontiers ce comportement à un simple comportement de négligence.

[687] CAA Nancy, 13 juin 2013, n° 12NC01478.
[688] Les faits sont les suivants : à la suite d'une blessure à la main, Madame A. est prise en charge par le centre hospitalier de Troyes. Les soins qui lui sont délivrés s'avèrent à la fois insuffisants et inadéquats, ce que révéleront par la suite les opérations d'expertise administrative diligentées. En dépit des fautes techniques avérées commises par l'établissement de soins, le tribunal administratif de Nancy fixait à 30 % seulement la part de responsabilité lui incombant. En effet, le comportement post-opératoire de la patiente, qui n'avait pas respecté les consignes strictes d'immobilisation des doigts données par son chirurgien, avait largement contribué à l'aggravation de son dommage. La caisse primaire d'assurance maladie de la Haute Marne interjetait appel de cette décision, suivie par la patiente qui formait un appel incident sur la question de l'exonération partielle de responsabilité dont avait bénéficié le centre hospitalier. Sur ce point, la cour administrative d'appel confirmait sans équivoque l'analyse des juges du premier degré et élevait simplement la part de responsabilité du centre hospitalier à 40 % au lieu de 30 % retenus en première instance.
[689] CA Paris, 30 sept. 2011, n° 08/24267.
[690] Souligné par nous.

232. Conclusion. Ainsi, le statut de patient victime ne semble pas conférer un statut particulier à la victime dès lors que le comportement en question est un comportement d'imprudence ou de négligence, qui selon le droit civil est constitutif d'une faute[691]. En d'autres termes, lorsque le patient s'abstient d'adopter un comportement préconisé par le médecin, lequel n'est pas soumis au droit de consentir, il n'exerce aucun droit que la loi lui confère. Il n'y a donc pas d'enjeux particuliers à lui reconnaître un caractère fautif et de lui appliquer les mécanismes classiques d'exonération : il ne s'agit pas de sanctionner l'exercice d'un droit. En réalité, dans toutes ces affaires, le juge fait une application classique de la théorie de l'équivalence des conditions, afin d'établir le lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice, dès lors que l'abstention concerne des comportements qui ne sont pas soumis à l'exigence du consentement tel que défini par la loi.

233. Propos transitifs. En revanche, la question est sans doute plus délicate lorsque le patient, en refusant de se soumettre à un acte médical, ne fait qu'user un droit que la loi elle-même lui octroie.

§2. Le refus de se soumettre à l'acte médical

234. La question de l'exonération du professionnel de santé du fait du refus de se soumettre à un acte médical, a toujours été délicate en ce que le refus consiste en l'exercice d'un droit. Or en matière de responsabilité du fait personnel, le fait de la victime est exonératoire que s'il est fautif[692]. Si aujourd'hui la jurisprudence fait preuve d'une constance, la règle désormais bien ancrée n'a pas toujours été évidente, et les solutions passées — qui méritent d'être commentées[693] — en témoignent. Les solutions anciennes donnent une réponse dualiste à la question de savoir si le droit de refuser peut être sanctionné par une déchéance du droit à réparation : l'incidence du refus de se soumettre au droit à réparation était alors relative (I). Aujourd'hui néanmoins, la jurisprudence

[691] En droit privé, le comportement de la victime est analysé *in abstracto* au regard de celui de l'adulte normalement avisé. Le comportement raisonnable succède à celui du « bon père de famille » depuis la loi du 4 août 2014 sur l'égalité réelle entre les hommes et les femmes.
[692] Civ. 1re, 17 janv. 2008, n° 06-20.107 : D. 2008, p. 1256, note A. DUMÉRY.
[693] Les solutions passées nous intéressent particulièrement dès lors que nos propositions reposent principalement sur les critères d'appréciation autrefois utilisés.

apporte une réponse unitaire en considérant que le refus de soins ne peut jamais être opposé à la victime de sorte à exonérer le débiteur du droit à réparation (II).

I. Les solutions anciennes : l'absence de sanction relative

235. Propos liminaires. Les critères sur lesquels reposent les solutions passées nous intéressent particulièrement, dès lors qu'ils vont servir de base à certaines de nos propositions. Par le passé, les juges, pour déterminer si le refus de se soumettre à l'acte médical pouvait être exonératoire, et donc fautif, distinguaient en fonction que ce refus était légitime ou non. Et cette légitimité dépendait de la gravité de l'acte et des risques encourus par le patient. Ces critères permettaient de déterminer si le *quantum* de réparation devait être réduit[694]. Avant que la Cour de cassation ne consacre la solution aujourd'hui constante, les fluctuations jurisprudentielles ont été marquées par trois périodes successives.

236. Première période : distinction entre la nature des actes. Fût un temps où la solution jurisprudentielle reposait sur l'appréciation des risques liés à l'acte médical préconisé, objet du refus. Ainsi, quand le refus du patient concernait un acte médical bénin, sans risque majeur réel, il pouvait être opposé au patient victime, afin de limiter son droit à réparation. Par exemple, le Tribunal de grande instance de Laval[695] avait retenu que « si la victime d'un accident dont les blessures sont consolidées, mais dont les lésions persistantes pourraient être améliorées par une intervention chirurgicale, use d'un droit incontestable en refusant de s'y soumettre si une telle opération n'est pas exempte de risques — et si, dans ce cas, l'auteur responsable doit indemniser le préjudice actuel sans qu'il soit tenu compte, dans l'évaluation des dommages, de l'amélioration que l'opération serait susceptible d'apporter — il en va différemment lorsque cette opération est simple et sans risque sérieux ; — Attendu que, dans ce cas, le refus opposé par la victime constitue une faute dont elle doit supporter les conséquences ; qu'il ne doit lui être alloué qu'une

[694] V. Req., 3 janv. 1935 : S. 1938, 1, p. 137 – Civ., 27 févr. 1953 : GPL 1953, 2, p. 11 – Chambéry, 22 déc. 1947 : D. 1948, p. 172 – CA Angers, 19 janv. 1955 : JCP 1958, II 8531 – TGI Laval, 13 févr. 1967 : D. 1968, Jur., p. 39, note M. LE ROY – CA Paris, 11 mai 1968 : GPL 1968, 2, p. 118 – Crim., 30 oct. 1974 : D. 1975, p. 578 – Civ. 2e, 13 janv. 1996 : GPL 1996, p. 375.
[695] TGI Laval, 13 févr. 1967 : D. 1968, Jur., p. 39, note M. LE ROY.

indemnité proportionnelle à l'incapacité qui aurait subsisté après l'opération, sans gravité préconisée ».

237. À l'inverse, il ne pouvait être opposé au patient victime son refus dès lors que le traitement refusé comportait des risques ou inconvénients graves, et ne présentait pas suffisamment de chances de guérison. La Cour d'appel de Paris[696] a connu une affaire dans laquelle la victime d'un accident de la circulation, qui souffrait d'encéphalites aigües à la suite d'un coma prolongé, avait refusé de se soumettre à des traitements qui entraînaient le risque de provoquer un état de coma dépassé, qui aurait pu, sans beaucoup de certitude, améliorer son état de santé. Les juges du fond retiennent fermement « qu'il ne peut absolument être fait grief à cette malade (…), de persister à n'accepter guère d'autre traitement que ceux, notamment, par neuroleptique, prescrits par ses médecins traitants (…) et de refuser de prendre les risques qui subsistent de cure de Sakel en hospitalisation et qui peuvent aboutir à un coma dépassé ; qu'il n'en demeure pas moins que (…) l'état de la victime est, très éventuellement, susceptible avec ou sans soin, de stabilisation, voire d'amélioration dans la proportion d'une chance sur trois ou, dans quelques rares cas, d'aboutir plus exceptionnellement, à guérison. (…) condamne le prévenu (…) et confirme le jugement déféré ». Ici, l'appréciation de la nature de l'acte refusé a conduit la Cour d'appel à se fonder sur le bilan bénéfice-risque du traitement concerné.

238. Dans la même lignée, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 13 janvier 1966[697], admet le refus du père de la victime de la soumettre aux traitements préconisés, dès lors qu'ils étaient excessivement longs et coûteux. Dans cette affaire, un mineur a été blessé pendant qu'il chassait. Les juges du fond avaient condamné l'auteur du coup de feu à réparer la totalité du préjudice nonobstant que « l'état de la victime serait une conséquence de l'abstention du père de faire donner à son enfant les soins appropriés, alors qu'une telle abstention, cause pour partie du dommage, aurait conduit à un partage de responsabilité ». Le pourvoi est rejeté au motif « qu'il n'est pas loisible de reprocher de ne pas avoir fait donner à son fils les soins qui apparaissaient nécessaires pour améliorer son état, alors qu'il s'agissait d'appliquer des traitements longs et coûteux dont sa situation de fortune modeste ne lui permettait pas d'assumer la charge ». Il ressort nettement des deux

[696] CA Paris, 11 mai 1968 : GPL 1968, 2, p. 118 ; v. également, pour un position similaire Chambéry, 22 déc. 1947 : D. S. 1948, Jur., p. 72.
[697] Civ. 2e, 13 janv. 1966 : GPL 1966, 1, p. 375.

arrêts que, pour apprécier le caractère grave de l'acte en question, les juges se fondaient tant sur la *pénibilité* de l'acte en tant que tel – incluant le coût, la longueur, et le caractère douloureux ou encore invasifs – que sur son bilan bénéfices-risques.

239. Oppositions doctrinales. Toutes ces solutions ont conduit CARBONNIER à s'opposer à TUNC et aux frères MAZEAUD. Ces derniers, qui constituaient la doctrine majoritaire[698], considéraient qu'il était cohérent de ne pas reprocher au patient d'avoir refusé un acte douloureux dont les risques étaient particulièrement graves. Ainsi, ils affirment que « la victime est en droit de se refuser à toute intervention qui lui fait courir un risque (…). Elle peut également s'opposer à toute opération ou traitement que son caractère douloureux ferait appréhender à un individu normal. En dehors de ces situations, son refus constitue une faute »[699]. L'imprudence se déduisait alors de la légitimité de refuser l'acte : un refus n'est fondé que si l'acte en question n'emportait pas de conséquences excessivement néfastes pour le patient.

240. CARBONNIER, quant à lui, considérait que l'atteinte au corps étant une question d'ordre public, le refus du patient est toujours légitime, et il ne saurait y avoir une gradation de sa réparation en fonction de la gravité de l'intervention[700]. Il affirme alors que « s'il faut concevoir l'inviolabilité de la personne humaine comme une liberté immatérielle, qui a son siège moins dans le corps que dans la personnalité, on croira malaisément qu'il devient plus acceptable, au regard des principes, d'imposer une opération à un individu par cela seul que cette opération est bénigne. Qu'importe qu'il n'y ait pas de mutilation, que l'incision dans les chairs soit superficielle. Ce n'est pas la chair qui est protégée, mais un sentiment, un quant-à-soi, une liberté, et ils seront blessés d'identique manière, quelle que soit la nature de l'intervention envisagée (…) nous ne sommes donc pas en droit, si l'ordre public peut légitimer une atteinte au corps humain, de nous contenter d'un ordre public au rabais, d'un ordre public moins impérieux, sous prétexte que l'atteinte à légitimer est plus

[698] V. en ce sens Y. LE MAGUERESSE, *op. cit.*, Chapitre II, « La portée pratique des comportements fautifs », pp. 95-134, § 102.
[699] L. et H. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, Montchrestien, 5e éd., 1960, p. 470, n° 1474-2.
[700] J. CARBONNIER, note sous Trib. civ. Lille, 18 mars 1947 : D. 1947, Jur., p. 507, cité par P.-J. DOLL, « Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures », JCP G 1970, I 2351 ; v. également en ce sens Y. LE MAGUERESSE, *op. cit.*, Chapitre II, « La portée pratique des comportements fautifs », pp. 95-134, § 102.

légère ». La jurisprudence, sensible aux arguments de CARBONNIER, n'a pas emboité le pas à la doctrine majoritaire défendue par TUNC et les frères MAZEAUD.

241. Deuxième période : revirement de jurisprudence. C'est alors que la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence qui consacre l'obligation pour le débiteur de réparer intégralement le préjudice subi par la victime, indépendamment de l'analyse du caractère grave et douloureux des soins. Ainsi, la Chambre criminelle, en 1969[701], retient, dans un attendu de principe, que « les juges sont sans pouvoir pour imposer à la victime une opération à laquelle celle-ci refuse de se prêter ; qu'ils ne sauraient, dès lors, en se fondant sur ce refus, modérer les dommages-intérêts accordés, sans violer le principe selon lequel le préjudice souffert par la victime doit être intégralement réparé ». Sans étonnement, cet arrêt a fait l'objet de nombreuses critiques.

242. Oppositions doctrinales. Pour SAVATIER[702] notamment, le droit du patient de refuser tout acte médical n'empêche pas de reconnaître une faute à sa charge. Il soutient qu'une telle position bloque « un certain impérialisme médical ». Ainsi, il affirme qu'il n'est pas concevable que « sous prétexte que les juges sont dans l'impossibilité de contraindre un malade résistant à s'imposer des soins (…) d'en déduire qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de reconnaître une faute à sa charge ». Et d'ajouter que « ne pas le reconnaître c'est méconnaître la technique de notre droit (…). La liberté de l'homme bloque les pouvoirs matériels du juge ! Mais elle ne désarme pas sur les conséquences d'une inaction fautive ».

243. Troisième période : retour au principe. La jurisprudence, réceptive à cet argument, s'est ravisée et est revenue à sa position initiale par un arrêt très remarqué rendu le 30 octobre 1974[703]. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation admet de sanctionner le comportement fautif du patient qui refuse de se soumettre à un acte médical bénin.

---

[701] Crim., 3 juill. 1969 : JCP 1970, II 16447, obs. R. SAVATIER ; RTD civ. 1969, p. 782, obs. G. DURRY.
[702] Crim., 3 juill. 1969 : JCP 1970, II 16447, obs. R. SAVATIER.
[703] Crim., 30 oct. 1974 : D. 1975, p. 178, note R. SAVATIER ; JCP 1975, II 18038, obs. L. MOURGEON ; RTD civ. 1975, p. 713, obs. G. DURRY – Req., 3 janv. 1935, S. 1938, 1, p. 137 – Civ., 27 févr. 1953, GPL 1953, 2, p. 11 – Chambéry, 22 déc. 1947 : D. 1948, p. 172 – CA Angers, 19 janv. 1955, JCP 1958, II 8531 – TGI Laval, 13 févr. 1967 : D. 1968, p. 39, note M. LE ROY – CA Paris, 11 mai 1968, GPL 1968, 2, p. 118.

244. Dans cette affaire, une victime d'accident de la circulation est décédée à la suite d'une hémorragie interne. De son vivant, elle avait refusé, pour des considérations religieuses, une transfusion sanguine qui lui aurait sauvé la vie. Les héritiers ont alors intenté une action en justice aux fins de réparation de leur préjudice. Les juges du fond ont considéré qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si le refus de la victime était constitutif d'une faute : selon les juges d'appel, il « est sans intérêt de rechercher si le comportement de la victime caractérise ou non une faute, car une telle faute ne pourrait être prise en considération que si elle avait, d'une manière certaine, exercé une influence sur le processus fatal ». La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel lui reprochant d'avoir « refusé de rechercher si la victime avait pu par sa faute se priver d'une chance d'amélioration ou de survie en n'acceptant pas sciemment les soins que nécessitait son état » et « qu'une telle faute doit être retenue pour la réparation du préjudice subi lorsque ce refus a concouru à la réalisation du dommage ».

245. En suivant alors les suggestions d'une doctrine dominante[704], la Cour de cassation a réintégré la distinction en fonction de la gravité de l'intervention médicale et des risques encourus. En se plaçant sur le terrain de la faute de la victime, la Cour de cassation estime alors qu'il ne peut être reproché à la victime d'avoir refusé une intervention lourde ou douloureuse, à plus forte raison, lorsqu'elle est de nature à engendrer « certains risques et est d'issue aléatoire »[705].

246. À l'inverse, il était possible d'imputer à la victime une faute lorsque le refus portait sur une intervention bénigne, ne causant aucune gêne appréciable, et qui aurait amélioré son état de santé. La Cour de cassation revient donc à sa jurisprudence antérieure. Ainsi, quand le refus du patient portait sur une opération ou des soins bénins, sans risque majeur, il pouvait être opposé au patient victime, de sorte à diminuer son droit à réparation. Et ce n'est que lorsque l'intervention ou le traitement nécessaire à l'amélioration de l'état du patient comportait des risques ou des inconvénients graves, avec une chance hypothétique de guérison[706], que la victime pouvait exiger la réparation entière de son

[704] P. JOURDAIN, « Quelle est l'incidence du refus, par la victime, d'une intervention chirurgicale sur l'indemnisation de son dommage ? », RTD civ. 1997, p. 675.
[705] *Ibid*.
[706] Y. LE MAGUERESSE, *op. cit*, Chapitre II, « La portée pratique des comportements fautifs », pp. 95-134, § 107.

préjudice. La Cour de cassation opérait alors une sorte de mise en balance : il fallait qu'il soit constaté une proportionnalité entre le refus et les conséquences d'un acte médical s'il avait été accepté. La Haute juridiction disait implicitement que le refus n'était légitime que s'il y avait des raisons objectives de refuser, ce qui permettait d'équilibrer les intérêts du débiteur et du créancier, dès lors que le refus du patient victime ne conduisait pas, de façon systématique, à mettre à la charge du débiteur la réparation de préjudices qui n'ont pas pour origine sa faute.

247. Une solution relativement bien accueillie. Cette solution est tout à fait conforme à la critique que SAVATIER avait émise contre la solution antérieure, qui considérait qu'« il serait choquant que ce refus créât, pour les ayants cause de son auteur, un droit à indemnité intégrale »[707]. Ce retour au principe a été accueilli favorablement par les juges du fond[708] qui l'adoptèrent sans résister. Mais les juridictions administratives ont commencé à durcir leur position, faisant craindre un nouveau revirement de jurisprudence du côté judiciaire.

248. Une jurisprudence administrative qui ne s'inscrit pas dans la même lignée que celle des juges judiciaires. Ainsi, dans un arrêt de 1994[709], le Conseil d'État semble adopter une approche bien plus stricte. Dans cette espèce, une patiente, après que son médecin lui a diagnostiqué un cancer, a refusé le traitement préconisé par le médecin alors qu'il l'avait informée des risques encourus en l'absence du traitement. Le médecin lui a alors prescrit au titre d'antidouleur, un traitement homéopathique et des séances d'acupuncture. Ayant été averti, le Conseil de l'Ordre des médecins interdit au médecin d'exercer pendant une durée de six mois. Le Conseil d'État, qui a été saisi par le médecin, estime que le médecin traitant « avait commis une faute de nature à justifier une sanction en acceptant de (…) traiter par des remèdes illusoires qui l'ont privée (la victime) d'une chance de guérison ou de survie ». Le Conseil d'État fait alors peser l'entière responsabilité sur le médecin qui doit alors réparer l'intégralité du préjudice subi par la patiente qui avait pourtant refusé le traitement préconisé.

[707] R. SAVATIER, note sous CA Lyon, 6 juin 1975 : D. S. 1976, Jur., p. 415, v. spéc. p. 416, a.
[708] V. à titre d'exemple, TGI Paris, 13 mai 1981 : JCP G 1982, n° 19887, obs. F. CHABAS.
[709] CE, 29 juill. 1994 : RTDSS 1995, p. 60, note M. DEBOUIS ; Gaz. Pal. Rec. 1995, 1, pan., p. 72.

249. Si la décision porte sur une décision du Conseil de l'ordre des médecins, le Conseil d'État, en confirmant la sanction prise à l'encontre du médecin, répond indirectement à la question de savoir si le refus de la victime de suivre les prescriptions du médecin pouvait conduire à exonérer ce dernier de sa responsabilité. Tout du moins, il répond à la question de savoir si le refus de soins de la victime devait être pris en compte pour réduire son indemnité. Le Conseil d'État, dans cet arrêt, confirme l'entière responsabilité du médecin, sans considération du fait que la victime s'était opposée aux soins prescrits par le médecin en première intention. Il est vrai que le médecin a proposé au patient des alternatives illusoires, ce qui a été considéré comme une faute ; néanmoins, qu'importe les solutions alternatives, la victime, en tout état de cause, avait exprimé son opposition à accepter les soins prescrits, ce dont le Conseil d'État n'a pas tenu compte.

250. Propos transitifs. Par cet arrêt, la possibilité pour le patient de refuser une intervention à risques graves, se voit fortement remise en cause. Mais ce sont surtout les nouvelles positions législatives qui vont conduire la jurisprudence civile à dévoiler de nouvelles perspectives.

II. Les solutions actuelles : l'absence de sanction absolue

251. La Cour de cassation, sous l'impulsion du législateur notamment, abandonne la distinction qu'elle proposait jadis. Ainsi, qu'importe la nature de l'acte médical, le refus exprimé par le patient ne peut jamais limiter le droit à réparation en raison de l'inviolabilité du corps humain (A). La Cour de cassation, en abandonnant le critère lié à la nature de l'acte en question, apporte une réponse désormais unitaire à la question, et montre son ferme attachement au principe d'inviolabilité du corps humain qui fonde le droit de refuser tout acte médical pour tout individu, sans que cela puisse lui être opposé. Toutefois, à regarder de plus près, le choix du fondement ne manque pas de surprendre, dès lors que les faits invitaient la Haute juridiction à prononcer ses décisions au visa de l'article 1382, fondement du principe de réparation intégrale (B).

A. Le fondement de l'absence de sanction

252. L'impulsion législative. C'est l'adoption de la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain[710], qui introduit l'article 16-3 du Code civil qui dispose, dans son deuxième alinéa qu'avant toute intervention médicale, « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement » qui donne l'élan à ce changement de paradigme. La loi de 1994 a alors justifié les premières jurisprudences qui sont venues asseoir une solution nouvelle, aujourd'hui bien enracinée dans le paysage jurisprudentiel.

253. L'arrêt de 1997. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rendu en date du 19 mars 1997[711], retient, dans son attendu de principe, qu'« il résulte de l'article 16-3 du Code civil que nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale ». Dans l'arrêt de 1997, il s'agissait d'une victime d'un accident qui avait refusé de se soumettre à des soins de nature à améliorer son état de santé. La Cour de cassation avait admis que le refus de la victime ne pouvait pas exonérer le professionnel de santé sans distinction entre la nature des actes, tel qu'elle le faisait auparavant. Cet arrêt, en retenant que le refus exprimé par le patient de se soumettre à un acte médical ne peut diminuer son droit à réparation, paraît abandonner définitivement la distinction qu'elle proposait jadis en doctrine entre les actes médicaux graves ou douloureux, ou encore risqués, que la victime pouvait refuser sans que cela lui soit reproché, et ceux qui étaient bénins, sans dangers, que la victime devait accepter, sans quoi une faute pouvait lui être opposée.

254. Ainsi, elle affirme qu'en l'absence d'obligation légale de soins, le refus de se soigner ne peut être constitutif d'une faute de nature à limiter son droit à réparation. Cet arrêt, en visant l'article 16-3 du Code civil, semblait admettre que le refus de soins, quel qu'il soit, ne pourrait jamais être fautif, situant l'arrêt plus volontiers sur le terrain de la faute exonératoire, et non pas sur l'obligation de ne pas aggraver le dommage. En effet, alors que le défendeur prétendait que la pose d'une prothèse aurait été de nature à améliorer son état, et *a fortiori*, n'aurait pas aggravé son dommage, la Cour de cassation s'appuyait sur l'inviolabilité du corps humain.

---

[710] L. n° 94-653, 29 juill. 1994, relative au respect du corps humain : JCP 1994, 66973.
[711] Civ. 2e, 19 mars 1997, n° 93-10.914 : Bull. civ. II, n° 86 ; D. 1997, p. 106 ; RTD civ. 1997, p. 632, obs. J. HAUSER, et p. 675, obs. P. JOURDAIN.

255. Portée incertaine de l'arrêt. La question s'est alors posée de savoir si cet arrêt abandonne la jurisprudence antérieure, laquelle hiérarchisait la gravité des actes médicaux pour admettre le caractère fautif du refus, et le sanctionner. Pour J. HAUSER, il était « excessif d'en déduire que la jurisprudence antérieure (…) serait devenue obsolète »[712], et qu'il « serait sans doute raisonnable de (la) maintenir »[713]. Une telle approche en réalité se justifiait au regard des considérations d'espèce[714], car le refus du patient portait sur une prothèse à la hanche. Cette opération entre sans conteste dans la catégorie des opérations à risques, ce qui, au regard de la jurisprudence antérieure, justifiait le refus du patient.

256. En opposition à J. HAUSER, d'autres estiment que l'arrêt de 1997 renonce à toute distinction selon la nature de l'acte médical, dès lors que la Cour de cassation s'exprime selon « des termes très généraux »[715]. La réponse à la question de savoir quelle était la portée de l'arrêt sera apportée par des arrêts ultérieurs, rendus à la suite d'un nouvel élan législatif.

257. Nouvel élan législatif. Allant dans le sens du renforcement des droits des malades et confortant la solution de 1997, une nouvelle législation a vu le jour. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé insère dans le Code de la santé publique les articles L. 1110-5 et L. 1111-4. Les alinéas 2 et 3 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique ont nettement pris le parti de la jurisprudence qui consacre le droit pour le patient de refuser tout acte médical sans que ce refus lui soit reproché, de sorte à conduire à une limitation du droit à réparation. Ils disposent que « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne ».

[712] J. HAUSER, obs. sous Civ. 2e, 19 mars 1997 : Bull. civ. II, n° 86 ; RTD civ. 1997, p. 632.
[713] P. JOURDAIN, obs. sous Civ. 2e, 19 mars 1997 : Bull. civ. II, n° 86 ; RTD civ. 1997, p. 677, n° 7.
[714] V. en ce sens Y. LE MAGUERESSE, *op. cit.*, Chapitre II, « La portée pratique des comportements fautifs », pp. 95-134, § 107.
[715] B. STARCK, H. ROLAND, et L. BOYER, *Obligations*, t. I, *Responsabilité délictuelle*, Litec, 5e éd., 1996, p. 539, n° 1347.

258. Confirmations jurisprudentielles. Si les arrêts de 2003[716] confirment, dans leurs effets, la solution retenue en 1997, ils s'en distinguent par leur fondement : cette distinction ne permet pas de placer les arrêts sur le même terrain. Dans ce contexte, les uns répondent de façon explicite à la question générale de la reconnaissance en France, de l'obligation de ne pas aggraver son dommage, alors que les autres apportent des réponses à la question de savoir si le refus peut être constitutif d'une faute de nature à exonérer le professionnel de sa santé. Ainsi à notre sens, les arrêts de 2003 n'apparaissent pas comme des confirmations des arrêts de 1997, bien qu'ils conduisent à retenir l'absence d'incidence du refus de se soumettre à un acte médical sur le droit à réparation. En revanche, si les arrêts de 2003 ne sont pas des confirmations exactes de la jurisprudence de 1997, d'autres espèces rendues après 2003, confirment dans des termes clairs la jurisprudence au visa de l'inviolabilité du corps humain.

259. Depuis l'arrêt de 1997, les juges ont, à plusieurs reprises[717], retenu que le refus n'est pas de nature à exonérer totalement ou partiellement le responsable, dès lors que le patient est titulaire d'un droit de refuser. La jurisprudence a fait du patient une victime particulière au regard du droit commun. À titre d'exemples, citons les arrêts les plus récents rendus en la matière, s'inscrivant dans la lignée de la position adoptée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 19 mars 1997[718].

260. Confirmation par un arrêt de 2015. Dans cette affaire[719], un patient a présenté un état nécessitant la prise d'antibiotiques, après avoir subi plusieurs opérations chirurgicales. Alors que le patient était persuadé d'être atteint d'une hépatite, il a refusé de poursuivre le traitement antibiotique, et a quitté la clinique contre avis médical. Un mois après, son état s'est aggravé, nécessitant une nouvelle hospitalisation. La Cour d'appel de Bordeaux avait, dans son arrêt du 10 avril 2013, retenu que le refus de soins de la part du patient victime avait causé l'aggravation de son état, et que ce refus limitait son

[716] Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203 ; Rapp. C. cass. 2003, p. 460 ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 2004, I 101, n° 9, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; D. 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RGDA 2003, p. 506, obs. J. LANDEL.
[717] V. par ex Civ. 1re, 3 mai 2006, n° 05-10.411 ; Civ. 2e, 22 janv. 2009, n° 07-20.878 ; 28 mars 2013, n° 12-15.373 ; Crim., 27 sept. 2016, n° 15-83.309.
[718] Civ. 2e, 19 mars 1997, n° 93-10.914 : Bull. civ. II, n° 86 ; D. 1997, p. 106 ; RTD civ. 1997, p. 632, obs. J. HAUSER, et p. 675, obs. P. JOURDAIN.
[719] Civ. 1e, 15 janv. 2015, n° 13-21.180.

droit à réparation. La Cour de cassation censure la décision de la cour d'appel au triple visa des articles 16-3 du Code civil et L.1142-1 et L. 1111-4 du Code de la santé publique. La Haute juridiction retient que « le refus d'une personne, victime d'une infection nosocomiale, dont un établissement de santé a été reconnu responsable en vertu du deuxième de ces textes, de se soumettre à des traitements médicaux, qui, selon le troisième, ne peuvent être pratiqués sans son consentement, ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégrité des préjudices résultant de l'infection ». Les juges réaffirment alors que la nature des soins qui ont fait l'objet d'un refus n'a pas d'importance, et retient corollairement que le refus de soins ne peut en tout état de cause emporter aucune incidence sur l'obligation du responsable d'indemniser intégralement le dommage.

261. Si, cette solution est conforme aux solutions jurisprudentielles en vertu desquelles il n'existe pas d'obligation de ne pas aggraver le dommage, fondée sur le principe de réparation intégrale, la Cour de cassation ne casse pas l'arrêt attaqué sur le fondement de l'article 1382. Ainsi, si « l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable », ce n'est pas la formule qui a été employée dans l'arrêt d'espèce. En effet, en censurant la solution de la cour d'appel au visa des articles 16-3 du Code civil, L. 1111-4 et L. 1142-1 du Code de la santé publique, elle justifie sa solution au regard des principes spécifiques qui gouvernent la relation de soins, impliquant notamment le droit pour le patient victime, de refuser tout soin, sans que cela ne puisse lui être reproché.

262. Le fondement s'explique alors par la particularité des espèces rendues, et plus précisément, cela tient à la nature du comportement de la victime : elle a refusé des soins préconisés. Or c'est la loi même qui lui octroie un tel droit dès lors que l'article 16-3 du Code civil, au visa duquel les arrêts sont cassés, s'opposerait inéluctablement à ce qu'une solution inverse puisse être adoptée. Il garantit la libre disposition du corps par le patient qui est fondé à refuser tout soin sollicité ou préconisé excepté « en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ».

263. Il semblerait que ce ne soit pas par mépris de la règle de droit commun, mais plutôt pour marquer la particularité des victimes de dommages corporels, et plus

particulièrement, de celui du patient, titulaire du droit de consentir. Plus encore, il semblerait que la Cour de cassation veuille montrer que, peu importe le débat qui s'articule autour de la question de l'existence d'une obligation de ne pas aggraver son dommage, le statut du patient, en tout état de cause, le protège.

264. En outre, si l'arrêt de 2015 s'inscrit bien dans la logique des arrêts adoptés en 1997 concernant les opérations chirurgicales, il va encore plus loin. En effet, la solution semble pouvoir s'appliquer au-delà des interventions chirurgicales, alors que les règles antérieures s'y limitaient. La solution retenue en 2015 ne paraît pas non plus simplement concerner les infections nosocomiales[720], compte tenu du fait que le principe très général selon lequel « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » a été réaffirmé à de nombreuses reprises[721].

265. Nouvelle confirmation par un arrêt de 2016. D'ailleurs, encore plus récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu un arrêt le 27 septembre 2016[722] dans lequel, elle a explicitement fait part de sa volonté de ne pas sanctionner le refus de soins. En l'espèce, un homme et son épouse ont été victimes d'un accident de la circulation. L'homme est décédé après avoir été plongé dans le coma. L'épouse assigne le conducteur du véhicule aux fins de réparation des préjudices subis. Les juges de première instance n'ont pas fait droit à sa demande d'indemnisation liée à la perte de gains professionnels et à sa demande de réparation liée aux dépenses de santé futures. Ils l'ont également déboutée de sa demande d'indemnisation des souffrances subies par le défunt pendant la période de coma. L'épouse interjette appel. La cour d'appel, afin de limiter la réparation du préjudice universitaire subi par l'épouse, causé par la mort accidentelle de son mari, relève qu'en ayant délibérément interrompu les traitements antidépresseurs et thérapeutiques qui lui étaient préconisés, et en poursuivant une autoprescription médicamenteuse, la victime avait participé à la dégradation de son état psychologique, et que cela avait anéanti toute chance de poursuivre les études qu'elle avait engagées avant l'accident. L'arrêt est censuré par la Cour de cassation.

---

[720] V. en ce sens T. GISCLARD, « La victime ne peut voir son indemnisation réduite pour avoir refusé des soins médicaux », D. 2015, p. 1075.
[721] Civ. 2e, 19 juin 2003, préc. ; 8 oct. 2009, n° 08-18.492 ; 25 oct. 2012, n° 11-25.511 : D. 2013, p. 415, note A. GUÉGAN-LECUYER – Civ. 1re, 2 juill. 2014, n° 13-17.599 : D. 2014, p. 1919, note C. BOISMAIN, et D. 2015, p. 124, obs. P. BRUN ; RTD civ. 2014, p. 893, obs. P. JOURDAIN.
[722] Crim., 27 sept. 2016, n° 15-83.309.

266. Ainsi, dans l'arrêt de 2016, la Cour de cassation retient, au visa de l'article 16-3, que « le refus d'une personne, victime du préjudice résultant d'un accident dont un conducteur a été reconnu responsable, de se soumettre à des traitements médicaux, qui ne peuvent être pratiqués sans son consentement, ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices résultant de l'infraction ». Dans cette espèce, c'est plus précisément au visa de l'article 16-3 du Code civil qui prévoit qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui » que la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel. En se fondant non seulement sur l'article 16-3 du Code civil, mais aussi sur l'article L.1111-4 du Code de la santé publique, la chambre criminelle renouvelle explicitement son ferme attachement au droit de consentir à l'acte médical dont l'exercice ne peut en aucun cas être opposé à la victime. À travers cet arrêt, la Haute juridiction rend encore une fois compte de la particularité du statut du patient victime qui ne peut voir diminuer son indemnisation du fait de son refus de se soumettre à un acte médical préconisé, dès lors que celui-ci, constituant un droit, ne peut être fautif.

267. Sur le terrain de la responsabilité civile, la Cour de cassation adopte une lecture des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique, particulièrement favorable au patient victime. En effet, elle aurait pu déduire de ces articles uniquement l'impossibilité pour les juges de contraindre la victime à se soumettre aux soins, sans que cela conduise le débiteur à indemniser des préjudices qui ne sont pas causés par sa faute. Elle aurait ainsi pu considérer que le droit de refuser, s'il implique de ne pas pouvoir imposer *manu militari* un acte médical à la victime, n'empêche pas, sur le terrain de la responsabilité civile, qu'il puisse conduire à une déchéance du droit à réparation. Mais la Cour de cassation va beaucoup plus loin : elle déduit des articles 16-3 et L. 1111-4 l'impossibilité d'opposer à la victime son refus de se soumettre à un acte médical, bien qu'il ait contribué à la réalisation du dommage.

268. De quelques arrêts réticents des juges du fond dont la portée est réduite. Si la Cour de cassation depuis 1997 refuse de façon constante de considérer que le refus de se soumettre à l'acte médical puisse conduire à limiter le droit à indemnisation de la victime, certains arrêts témoignent d'une certaine résistance de la part des juges du fond. Bien que leur portée demeure incertaine, quelques décisions éparses rendues après 1997

ont retenu que le refus de se soumettre à un acte médical peut avoir des conséquences sur le droit à réparation, selon un principe rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 janvier 2008 : « Seule la faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité »[723]. Bien que la portée de ces décisions demeure incertaine, elles restent intéressantes, car si elles n'avaient pas été rendues en matière de droit médical, elles n'auraient pas été jugées inédites.

269. Ainsi, du côté du juge judiciaire**,** il a été jugé que le patient qui ne suit pas la recommandation du médecin lors de la consultation postopératoire, de faire un nouveau cliché dans un délai raisonnable qui aurait évité l'apparition de complications, peut voir sa faute retenue[724]. Du côté du juge administratif, dans une décision du 6 mars 2008[725], la Cour administrative d'appel de Nantes a rendu un arrêt limitant la responsabilité d'un établissement hospitalier, car le patient s'était abstenu de réaliser un cliché postopératoire — qui s'apparente à un acte médical — demandé par son médecin, ayant empêché l'ablation immédiate d'une compresse oubliée et contribué ainsi à la survenance d'une complication ultérieure. On voit se dessiner une très faible résistance de la part des juges du fond, *a priori* non significative, mais qui démontre bien l'aspect délicat de la question. Si elle ne remet nullement en cause le principe aujourd'hui bien ancré dans la jurisprudence, elle interroge néanmoins. Ce qui montre, *in fine*, que la réponse apportée par la jurisprudence n'épuise pas le débat.

B. La cohérence discutable du choix du fondement

270. Des espèces qui invitent la Cour de cassation à fonder ses décisions sur le principe de réparation intégrale, fondement de l'absence d'une obligation de ne pas aggraver son dommage. Certaines des décisions analysées invitent la Haute juridiction à casser les arrêts attaqués sur le fondement de l'article 1382 du Code civil[726], dès lors que le refus de soins était postérieur au fait générateur initial, alors que la cassation est pourtant prononcée au visa des articles 16-3 du Code civil, L. 1111-4 et L. 1142-1 du Code de la santé publique. Pourtant, les solutions se justifient plus volontiers par les principes

[723] Civ. 1re, 17 janv. 2008, n° 06-20.107 : D. 2008, p. 1256, note A. DUMÉRY.
[724] TA Rennes, 8 févr. 2007, n° 031472.
[725] CAA Nantes, 6 mars 2008, n° 07NT00827.
[726] V. en ce sens T. GISCLARD, art. cit.

généraux de la responsabilité civile. Et dans des espèces qui ont été rendues après 2003 qui font état d'un refus qui aggrave le dommage, le fondement utilisé par la Cour de cassation peut interroger. Pourquoi, alors que le refus semble aggraver le dommage initial, la Cour de cassation ne se fonde-t-elle pas sur le principe de réparation intégrale sur lequel repose l'absence pour toute victime d'obligation de ne pas aggraver son dommage ?

271. La Cour de cassation, comme en témoignent les récents arrêts rendus en 2015 et 2016, fait le choix délibéré de surplomber la question relative à l'existence ou non pour la victime de dommage corporel d'une obligation de ne pas aggraver son dommage, en disant implicitement que, peu importe la position du droit commun sur le sujet, la particularité du statut du patient victime empêche de prendre en considération son refus de se soumettre à l'acte médical dans l'évaluation du montant des indemnités. Quoiqu'il soit, en visant l'article 16-3 du Code civil, la Cour de cassation se situe sur le terrain de la faute, et admet que le refus de soins de la victime ne peut jamais être exonératoire. Il faut alors en tout premier lieu en déduire, que, bien que les faits ne l'invitaient pas à se situer sur le terrain de la faute, la Cour de cassation répond à la question de savoir si le refus de soins peut constituer une faute de nature à exonérer le responsable. Certes, la Cour de cassation est tenue par les moyens du pourvoi, mais peut-être aurait-elle pu opérer une substitution de motifs dès lors que cette possibilité lui est offerte dans le cas où en définitive, la solution demeure inchangée[727]. En l'occurrence, qu'elle se fonde sur le principe de réparation intégrale ou sur l'inviolabilité du corps humain, la décision aurait été la même, à savoir l'absence d'incidence du refus de se soumettre à un acte médical sur le droit à réparation. Tout du moins, s'il ne peut être fait le reproche à la Cour de cassation du choix du fondement compte tenu de son pouvoir limité, les espèces invitent en tout état de cause à s'interroger sur le bien-fondé de la solution, pour une meilleure intelligibilité de la jurisprudence.

272. La Cour de cassation tient à montrer son ferme attachement à l'inviolabilité du corps humain. En outre, on peut aussi très certainement tirer un autre enseignement du choix du motif de censure fondé sur l'article 16-3 plutôt que celui portant le principe

[727] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUK LAMENT, *La technique de cassation*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 9e éd., 2018, p. 58 ; pour un panorama complet sur la substitution de motifs par la Cour de cassation, v. E. PRIEUR, *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, Economica, coll. Droit civil, 1999.

en vertu duquel la victime n'a pas d'obligation de ne pas aggraver son dommage. Peut-être la Cour de cassation tient-elle à rappeler que le patient, en tout état de cause, est fondé à refuser tout acte médical. C'est dire que la Cour de cassation tient à exprimer l'importance qu'elle accorde au principe d'inviolabilité du corps humain et aux conséquences qu'elle en tire sur le terrain de la responsabilité civile.

273. Le patient, une victime pas comme les autres. Par ces arrêts, la Cour de cassation montre qu'au-delà des règles générales qui régissent le droit de la responsabilité civile, c'est le statut particulier du patient qui protège avant tout son droit à réparation. Le fait de ne pas se cantonner, en se fondant sur ses arrêts de 2003, à réaffirmer le principe général selon lequel toute victime — nonobstant son statut — n'est pas tenue d'une obligation de ne pas aggraver son dommage, elle se borne à rappeler qu'en tout état de cause, le fait que le patient victime est fondé à refuser tout acte médical sans que cela ne puisse lui être reproché ne peut avoir une incidence sur son droit à réparation. La Cour de cassation, en rendant la solution au visa de l'article 16-3 du Code civil, confirme que le patient ne peut alors être approché comme une victime ordinaire, et que son statut le protège en toutes circonstances. En outre, le fait est que, autant la question générale relative à l'existence d'une obligation de ne pas aggraver son dommage est loin de faire l'unanimité en doctrine, autant, il est largement admis que le respect du corps du sujet implique qu'il ne puisse être contraint à se soumettre à un acte médical et que l'octroi d'une indemnisation ne soit pas subordonné à son consentement[728].

274. Choix du fondement en fonction que le refus ait contribué au dommage ou l'ait aggravé. Toujours est-il que cette imbrication des règles propres au patient victime et des règles communes à toutes les victimes n'étant pas cohérente, il est essentiel de distinguer deux situations. Soit le refus aggrave le dommage initial, soit le refus contribue à la réalisation du dommage. Lorsque le refus contribue à la réalisation du dommage, le choix de se référer à l'inviolabilité du corps humain est utile et cohérent, dès lors que la règle commune est celle en vertu de laquelle seule la *faute* de la victime ayant contribué à la réalisation du dommage est exonératoire. L'invocation du principe d'inviolabilité du corps humain permettrait alors de justifier que le refus, consistant en l'exercice d'un droit,

[728] V. en ce sens J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, Sirey, coll. Université, 14e éd., 2011, n° 387.

lorsqu'il a contribué à la réalisation du dommage, ne pourra jamais être fautif et échappera alors aux règles communes en matière d'exonération. Lorsqu'en revanche, le refus a été postérieur au fait générateur initial et a entraîné l'aggravation le dommage, le principe visé doit être celui de la réparation intégrale, qui justifie l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage, règle commune à toutes les victimes, qu'importe leur statut.

Conclusion du chapitre II

275. En dépit des incertitudes passées, la Cour de cassation, depuis l'arrêt de 1997[729] nettement confirmé par des arrêts ultérieurs, ne cesse de rappeler que tout individu est fondé à refuser un acte médical, qu'importe sa nature, sans que cela ne puisse lui être opposé pour limiter son droit à réparation. La jurisprudence est aujourd'hui sans nul doute réticente à reconnaître que le patient, bénéficiaire d'un statut particulier lui conférant le droit de refuser tout acte médical, puisse être responsable, même partiellement du fait de son refus. La Cour de cassation fait alors une lecture des articles 16-3 et L. 1111-4 particulièrement favorable à la victime dès lors qu'elle en déduit, sur le terrain de la responsabilité civile, l'impossibilité d'opposer au créancier son refus de se soumettre à un acte médical. Le patient victime bénéficie alors d'une protection certaine : son refus n'a pas de répercussion sur le *quantum* de réparation alors même qu'il est intervenu dans la réalisation du préjudice.

276. D'ailleurs, malgré la règle de droit commun consacrée en 2003 en vertu de laquelle la victime ne peut se voir opposer une obligation de ne pas aggraver son dommage, la Cour de cassation, à plusieurs reprises, a fait le choix de censurer les juges du fond en se fondant sur l'inviolabilité du corps humain, dans des espèces où pourtant, le refus n'avait non pas contribué au dommage, mais aggravé le dommage initial. Il faut bien évidemment en tirer des enseignements. D'une part, la Cour de cassation tient à montrer son ferme attachement à la protection du statut particulier du patient fondé sur le respect de l'inviolabilité et de l'intégrité corporelle. D'autre part, la Cour de cassation apporte une réponse claire à la question de savoir si le refus de soins pouvait être fautif de sorte à conduire à un partage de responsabilité[730].

277. Il reste que, le choix que fait la Cour de cassation en censurant des arrêts de la cour d'appel non pas sur le principe de réparation intégrale — alors que les circonstances de fait le justifiaient —, mais sur le respect de l'inviolabilité du corps humain n'est à notre sens pas judicieux. Tout du moins, il questionne sur la cohérence. Lorsque le refus a aggravé le dommage initial, il paraît plus judicieux de se référer à la règle générale de droit

[729] Civ. 2e, 19 mars 1997, n° 93-10.914 : RTD civ. 1997, p. 675, note P. JOURDAIN.
[730] Civ. 1re, 17 janv. 2008, n° 06-20.107 : « seule la faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité ».

commun, en vertu de laquelle il n'existe pas d'obligation pour toute victime de ne pas aggraver son dommage. À l'inverse, lorsque le refus a contribué à la réalisation du dommage, il est plus cohérent de se référer au statut particulier du patient afin de justifier l'impossibilité d'appliquer les règles communes au patient victime, en raison de son statut particulier. En d'autres termes, l'invocation des règles qui s'appliquent de façon particulière au patient victime n'est judicieuse que pour justifier que son statut particulier lui permet de déroger aux règles communes.

278. Quoiqu'il en soit, le texte de l'article 16-3 du Code civil apparaît comme un « rempart infranchissable pour toute tentative d'imposer à la victime une obligation de limiter ou de ne pas aggraver son dommage »[731] dès lors qu'une telle obligation concerne un acte médical, confirmant alors qu'il n'y a plus lieu de distinguer en fonction de la nature du traitement préconisé[732] ou en fonction de son bilan coût-avantage[733]. Il appert que les principes de la liberté de se soigner et l'inviolabilité du corps humain notamment font de la victime d'un dommage en matière médicale une victime particulière.

[731] Not. Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 : GPL avr. 2015, p. 18, n° 105 à 106.
[732] Civ. 2e, 19 mars 1997, précit. : RTD civ. 1997, p. 675, note P. JOURDAIN.
[733] Civ. 1re civ., 3 mai 2006, n° 05-10.411 : GPL 9 déc. 2006, p. 39, G2579, note M. BACACHE ; RTD civ. 2006, p. 562, obs. P. JOURDAIN.

Conclusion du titre I

279. À la question de savoir si le refus de se soumettre à un acte médical préconisé peut être opposé à la victime pour diminuer ou exclure son droit à réparation, la jurisprudence apporte une réponse dualiste. D'une part, l'absence d'incidence du refus sur le droit à réparation, en raison de l'inviolabilité du corps humain, a toujours été favorablement accueillie tant par la doctrine[734] que par la jurisprudence[735]. D'autre part, lorsque le refus a entraîné l'aggravation du dommage initial, au-delà de la prise en considération du statut particulier du patient, l'absence d'incidence du refus sur le droit à réparation se justifie au regard du principe de réparation intégrale.

280. Les principes de la liberté de se soigner, et l'inviolabilité du corps humain notamment font inéluctablement de la victime d'un dommage en matière médicale une victime particulière. Ainsi, la victime d'un dommage en matière médicale ne peut a priori être considérée comme un usager ou un contractant ordinaire. Par ailleurs, le droit, et la doctrine sont hostiles à l'idée de retenir une responsabilité de la victime qui n'aurait pas pris toutes les mesures raisonnables pour ne pas aggraver son dommage, afin de diminuer son indemnité. Spécialement, le cas du refus de soins pouvant améliorer l'état de la victime a suscité une jurisprudence variable sur la question de l'obligation de ne pas aggraver son dommage, tant il est vrai qu'il s'agit d'« un domaine qui est aux confins du droit, de la philosophie et de la médecine »[736].

281. Le patient victime dispose ainsi d'un statut particulier qui lui octroie une double protection : l'une tirée des principes généraux du droit de la responsabilité et l'autre issue de son statut. Ainsi, le droit montre son ferme attachement à ne pas sanctionner le patient victime, parce qu'il a refusé de se soumettre à un acte médical, quelle que soit sa nature. Que ce soit par dérogation aux règles traditionnelles de la responsabilité civile — par ce que le refus du patient ne peut être exonératoire —, ou par conformité aux règles communes tel que c'est le cas lorsqu'il ne peut être opposé au patient une obligation de ne pas aggraver son dommage, la jurisprudence refuse d'admettre que le refus de se soumettre

[734] V. en ce sens R. SAVATIER, note sous Crim., 3 juill. 1969 : JCP 1970, II 16447.
[735] V. en ce sens Civ. 1re, 16 déc. 1912 : Dr. pén. 1917, p. 15 ; C. Angers, 19 janv. 1955 : JCP 1955, II 8531.
[736] Civ. 2e, 13 janv. 1966 : RTD civ. 1966, p. 806, obs. G. DURRY.

à un acte médical, lequel consiste en l'exercice d'un droit, puisse limiter ou exclure le droit à indemnisation.

282. Alors qu'en 2003, la Cour de cassation fonde sa solution sur le respect du principe de réparation intégrale en y faisant référence, tel n'est pas le cas dans les arrêts de 2015 et de 2016 dans lesquels elle rend sa solution au visa des articles 16-3 du Code civil, et ensemble les articles L. 1142-1 et L. 1111-1 du Code de la santé publique. L'avantage d'un tel statut est que, pour le patient victime, la question de savoir s'il s'agit d'une aggravation ou d'une contribution à la réalisation du dommage n'a, en pratique, que très peu d'intérêt dans la mesure où dans tous les cas, le refus de soins de la victime n'aura aucune incidence sur son droit à réparation. Néanmoins, bien que la Cour de cassation soit tenue par les moyens du pourvoi, il peut être surprenant de voir que la Haute juridiction, alors que le refus a aggravé le dommage initial, justifie l'absence d'incidence du refus sur le droit à réparation par le statut particulier du patient victime, dans des arrêts qui ont pourtant été rendus après 2003[737]. Si, pour le patient, les effets sont analogues dans l'une ou l'autre des hypothèses, l'absence de distinction rend la jurisprudence quelque peu inintelligible. D'autant plus qu'en pratique, les deux fondements ne souffrent pas des mêmes critiques, et surtout, obéissent à des mécanismes bien distincts.

283. En tout état de cause, si les solutions aujourd'hui retenues, au regard tant des principes généraux de la responsabilité civile, que ceux qui s'appliquent de façon particulière à la relation de soins sont satisfaisantes à certains égards, leur manque de souplesse les rend contestables à d'autres.

[737] V. par ex. Crim., 27 sept. 2016, n° 15-83.309 ; Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180.

TITRE II
L'ABSENCE DE SANCTION INDIRECTE CONTROVERSÉE

284. Parce que traditionnellement, la faute de la victime est une cause d'exonération de responsabilité civile, du moins, dans le cadre du régime de responsabilité du fait personnelle —, et parce que l'obligation de ne pas aggraver son dommage est consacrée au-delà de nos frontières — notamment par le droit international[738] et le droit européen des contrats[739] —, la question de l'incidence du refus de se soumettre à un acte médical sur le droit à réparation questionne encore le juriste du point de vue de sa cohérence en droit français.

285. Les solutions aujourd'hui bien ancrées dans le droit positif français, qui se placent notamment du côté du créancier du droit à réparation et du patient, ne s'imposent en effet pas en toute logique. Tout d'abord, il ne paraît pas satisfaisant de faire peser sur le créancier la charge de la totalité des préjudices y compris ceux qui ne sont pas causés par son fait. Ensuite, les solutions actuelles ne tiennent pas compte de la fonction moralisatrice du droit de la responsabilité civile, centrale dans notre étude. Alors que l'objectif de responsabilisation est expressément visé par les politiques de santé et certains textes de droit civil, la position de la jurisprudence quant à l'absence d'incidence du refus de se soumettre à l'acte médical sur le droit à réparation interroge, dès lors qu'elle ne rentre pas en résonance avec un tel objectif.

286. Au surplus, les solutions aujourd'hui retenues ne semblent pas conformes aux règles classiques qui gouvernent le droit de la responsabilité civile. Plus exactement, la position actuelle de la jurisprudence sur la question tant de l'exonération que de l'aggravation du dommage, remet en question une condition essentielle, sinon fondatrice de la responsabilité civile : la causalité. Ainsi, comment admettre que le refus ne puisse jamais être opposé à la victime alors que les préjudices dont il est demandé réparation ne sont pas en lien causal avec le fait générateur du débiteur du droit à réparation ?

---

[738] Art. 77 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 : « Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables ».

[739] Art. 9.505, al. 1er des Principes européens du droit des contrats : « Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant qu'il aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables ».

287. Malgré le caractère salutaire de telles positions qui font primer les libertés individuelles sur toute autre considération, leur caractère absolu, qui ne laisse présager aucune souplesse, ne satisfait pas pleinement. L'absence totale de réserve émise par la Cour de cassation quant à l'absence d'incidence du refus sur le droit à réparation nous paraît regrettable, alors que des solutions aujourd'hui révolues paraissent pourtant plus raisonnables. Tout en plaidant pour que le droit de refuser demeure un principe supérieur, il existe à notre sens des solutions plus nuancées, qui, tout en se montrant plus soucieuses des différents intérêts en jeu, sont empreintes d'une certaine cohérence vis-à-vis des principes généraux du droit de la responsabilité civile.

288. À une situation qui mêle différents enjeux souvent contradictoires, une solution plus modérée semble plus appropriée, d'autant plus que certains mécanismes propres à la responsabilité civile laissent entrevoir certaines possibilités. La recherche de solutions davantage édulcorées doit impérativement être guidée par le souci de ne pas dénaturer le droit de refuser. Il n'est pas question que le refus de soin soit sanctionné chaque fois qu'il a joué un rôle dans la réalisation du dommage : cela viderait de substance la liberté de choisir et inverserait donc le principe. Cette recherche implique alors d'identifier de nouveaux critères conduisant, non pas à inverser le droit de refuser, mais à le réguler. Dans ce contexte, l'absence de sanction indirecte du refus de se soumettre à un acte médical ne semble que partiellement fondée (Chapitre I) et des solutions plus modérées doivent utilement être recherchées (Chapitre II).

CHAPITRE I
L'ABSENCE DE SANCTION INDIRECTE PARTIELLEMENT FONDÉE

289. De nombreux principes qui fondent le droit médical, tels que celui de la liberté de se soumettre à un acte médical, et celui de l'inviolabilité du corps humain, font de la victime une personne dont le statut est particulier. Son refus de soins, bien qu'il ait contribué à la réalisation de son dommage ou à l'aggravation de celui-ci, ne peut, en principe, pas avoir d'incidence sur son droit à réparation[740]. Si la solution paraît salutaire à certains égards, notamment compte tenu de la garantie des libertés individuelles du patient, elle n'en demeure pas moins contestable à d'autres. Bien évidemment, on comprend aisément que compte tenu du statut particulier du patient victime, un traitement particulier lui soit réservé.

290. Néanmoins, les principes qui fondent le droit de la responsabilité questionnent parfois la légitimité du régime particulier qui s'applique aux patients. Est-il satisfaisant de faire peser sur le débiteur, aussi fautif soit-il, les conséquences d'une décision arbitraire et déraisonnable qui, de surcroît, n'a pas été encouragée par le débiteur lui-même ? Si le principe général en vertu duquel le refus de soins de la victime ne peut être sanctionné s'inscrit agilement dans la logique indemnitaire qui domine la responsabilité civile, est-ce pour autant acceptable que ce soit au détriment du débiteur ?

291. Outre les critiques faites à l'encontre de l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage, la question se pose de savoir si même le débat relatif à l'introduction en

[740] Pour la consécration du principe v. Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203 ; Rapp. C. cass. 2003, p. 460 ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 2004, I 101, n° 9, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; D. 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RGDA 2003, p. 506, obs. J. LANDEL ; Resp. civ. et assur. 2004, chron. n° 2, M.-A. AGARD – Civ. 1re, 3 mai 2006, n° 05-10.411 : Bull. civ. I, n° 214 ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. n° 243 ; D. 2006, p. 1403, obs. I. GALLMEISTER ; RDSS 2006, p. 745, obs. P. HENNION-JACQUET ; RTD civ. 2006, p. 2006, p. 562, obs. P. JOURDAIN. Pour la confirmation du principe v. Civ. 2e, 25 oct. 2012, n° 11-25.511 : GPL 10 nov. 2012, p. 33, note F. BIBAL ; D. 2013, p. 415, note A. GUÉGAN-LÉCUYER ; Resp. civ. et assur. 2013, comm., n° 3 ; D. 2013, Pan. « Dommage corporel », p. 2669, obs. A. GUÉGAN-LÉCUYER ; JCP G 2013, 484, obs. P. STOFFEL-MUNCK – Civ. 3e, 5 févr. 2013, n° 12-12.126 : Resp. civ. et assur. 2013, comm. n° 135, note S. HOCQUET-BERG – Civ. 2e, 28 mars 2013, n° 12-15.373 : GPL 22 juin 2013, p. 34, note A. COVIAUX ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. n° 166 – Civ. 3e, 10 juill. 2013, n° 12-13.851 : RDI 2013, p. 470, note B. BOUBLI ; RDC 2014, p. 27, obs. O. DESHAYES. V. encore plus récemment Civ. 1re, 2 juill. 2014, n° 13-17.599 : D. 2014, p. 1919, note C. BOISMAIN ; JCP G 2014, 1034, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; RDC 2015, p. 24, obs. G. VINEY.

France d'une telle obligation a véritablement sa place dans le droit civil français dès lors que ce dernier prévoit des mécanismes permettant de résoudre la question en dehors du domaine particulier de l'aggravation du dommage. Dès lors, à la question de savoir s'il est utile d'introduire dans le droit français une obligation pour la victime d'adopter des comportements raisonnables au risque de se voir sanctionnée, nous répondrons par la nuance.

292. Parallèlement, la question du rôle moralisateur du droit conduit à adopter un double point de vue. Elle se pose d'une part, à l'égard de toute victime, qu'importe son statut dès lors que la réparation du dommage s'inscrit quelque peu dans une logique de moralisation. Elle se pose d'autre part, de façon particulière à l'égard du patient devenu acteur de sa santé, dont la responsabilisation est essentielle.

293. Quoiqu'il en soit, force est de constater que la question porte à controverses. Ainsi il paraît cohérent, à certains égards, que le système juridique consacre l'absence de sanction indirecte du refus de se soumettre à un acte médical (Section I). Néanmoins, une telle solution présente certaines contradictions, remettant en cause les principes et concepts qui gouvernent le droit de la responsabilité civile. Ainsi, le système juridique français, en réfutant l'idée que le refus puisse limiter ou exclure le droit à réparation, présente quelques incohérences (Section II).

SECTION I. LA COHÉRENCE D'UN SYSTÈME CONSACRANT L'ABSENCE DE SANCTION INDIRECTE

Il y a lieu de distinguer les arguments qui d'une part se rattachent aux fondements sur lesquels reposent les solutions actuelles (§1), et ceux qui, d'autre part, renvoient à leurs conséquences (§2).

§1. Sur le fondement

294. Certains arguments renvoient exclusivement au statut particulier du patient, dès lors que la Cour de cassation, afin d'exclure la possibilité de limiter le droit à réparation, lorsque le refus a non pas aggravé, mais contribué à la réalisation du dommage, se fonde

sur l'impossibilité de qualifier le refus en faute, cause exonératoire de responsabilité[741]. L'absence de sanction indirecte est, dans ce contexte, justifiée par la protection des libertés individuelles éminemment liées au statut particulier du patient victime (I). D'autres arguments concernent uniquement la transposition en droit français de l'obligation de ne pas aggraver son dommage, dès lors que la Cour de cassation se fonde sur le principe de droit commun de réparation intégrale[742], pour justifier l'absence d'incidence du refus sur le droit à indemnisation, lorsqu'il a aggravé le dommage initial (II).

I. Les arguments tirés du statut particulier du patient victime

295. Propos liminaires. Nonobstant le domaine particulier de l'obligation de ne pas aggraver son dommage et des règles générales qui le régissent, la justification la plus sollicitée est celle qui tient au statut particulier du patient qui est fondé à refuser tout acte médical. Plusieurs éléments, rattachables au statut de l'individu en matière médicale, expliquent l'absence de conséquence du comportement, et plus strictement, du refus de se soumettre à un acte médical de l'individu, sur son droit à réparation. Les solutions actuelles sont alors conformes aux dispositions législatives qui consacrent la primauté de l'inviolabilité du corps humain. Nul ne peut être contraint de subir une atteinte à son corps, à laquelle il n'aurait pas consenti conformément aux alinéas 1 et 2 de l'article 16-3 du Code civil, et de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique.

296. Des solutions conformes aux libertés individuelles. La doctrine et la jurisprudence favorables à la reconnaissance de la liberté de refuser tout acte médical ont avancé un certain nombre d'arguments allant dans ce sens. D'abord, selon les auteurs[743], cette solution préserve la liberté individuelle de chacun. Partant, le juge ne doit pas pouvoir influencer la victime d'accepter ou de refuser de se soumettre à un acte médical.

297. La première jurisprudence qui justifie la liberté de refuser des soins, quels que soient ses motifs, s'est fondée, en 1969, sur l'inviolabilité du corps humain ainsi que sur

[741] V. par ex. Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 ; Crim., 27 sept. 2016, n° 15-83.309.
[742] V. notamment Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203.
[743] V. P.-J. DOLL, « Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures », JCP 1970, I 2351 ; J. CARBONNIER, note sous Trib. civ. Lille, 18 mars 1947 : D. 1947, p. 507, cité par D. GENCY-TANDONNET, art. cit.

la nécessité de recueillir le consentement du patient avant tout acte médical[744]. Le respect de l'intégrité du corps humain, consacré par la loi de 1994 pour la première fois, a ensuite fondé l'arrêt rendu le 19 mars 1997, donnant alors plus de vigueur aux décisions qui, nonobstant les circonstances, font de l'inviolabilité du corps humain et du droit de refuser des principes supérieurs, sinon absolus. Ainsi, le principe de l'inviolabilité du corps humain, consacré aujourd'hui par de nombreux textes législatifs, milite en faveur de la décision actuelle de la Cour de cassation : une personne ne peut pas, en effet, se voir sanctionner l'exercice du droit de refuser, fût-ce en défaveur de l'auteur du dommage.

298. Depuis 1997, la Cour de cassation se prononce en ce sens puisqu'elle affirme qu'en vertu de « l'article 16-3 du Code civil (…) nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale »[745]. On pouvait donc déduire de cette solution, que la Cour de cassation confirme, en se fondant sur l'inviolabilité du corps humain, que tout refus était exclusif d'une faute imputable à la victime[746].

299. Dans les différents arrêts précités, et songeons au plus récent, celui de 2016, la Cour de cassation, en se fondant sur les articles 16-3 du Code civil et L.1111-4 du Code de la santé publique, conformément à sa jurisprudence antérieure[747], souligne que nul ne peut être contraint, excepté les cas prévus par la loi, de subir un traitement médical. La chambre criminelle renouvelle — encore une fois — son ferme attachement au droit de refuser de se soumettre à l'acte médical. Plus encore, de façon assez singulière, le statut du patient conduit à le protéger en acceptant un comportement qui, dans le droit commun de la responsabilité, aurait eu vocation à être analysé comme une faute de nature à réduire, totalement ou partiellement son droit à indemnisation. Le traitement particulier dont fait l'objet le patient est cohérent avec la spécificité de son statut qui justifie qu'il ne puisse pas être traité comme une victime ordinaire.

---

[744] Crim. 3 juill. 1969, JCP 1970, II 16447, note R. SAVATIER ; RTD civ. 1969, p. 782, obs. G. DURRY.
[745] RDT civ. 1997, p. 675, obs. P. JOURDAIN ; D. 1997, IR, p. 106.
[746] *Ibid*.
[747] V. Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22302 : Bull. civ. II, n° 203 ; Rapp. C. cass. 2003, p. 460 ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 2004, I 101, n° 9, obs. G. VINEY ; RDT civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; D. 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RGDA 2003, p. 506, obs. J. LANDEL.

300. La Haute juridiction, à travers ces arrêts, en rend compte, et adopte une lecture relativement stricte des articles 16-3 et L. 1111-4 qui, ne prévoient pas, du moins explicitement, que le droit de refuser, ne puisse pas conduire, sur le terrain de la responsabilité civile, à une déchéance du droit à réparation. Lesdits articles ne font qu'affirmer qu'il ne peut être imposé à toute personne un acte médical sans son consentement. Ainsi, la Cour de cassation, lorsqu'elle déduit de ces textes l'absence de sanction indirecte du refus de se soumettre à un acte médical, en réalité, en fournit une interprétation favorable à la victime. Elle considère alors que le fait de sanctionner, par une déchéance du droit à réparation l'exercice du droit de refuser, reviendrait à le stériliser. La Cour de cassation s'inscrit alors dans une logique de protection accrue du droit de consentir, ce qui n'est par ailleurs pas incohérent avec l'idéologie de notre société moderne qui met l'accent sur les droits individuels. Au demeurant, le droit de consentir est considéré comme le « pilier des droits des malades », ce qui milite largement en faveur d'une protection renforcée dudit droit.

301. L'aléa thérapeutique : un argument à l'appui d'une réponse unitaire. Dans la même lignée, VINEY[748] considère que l'arrêt de 1997 traduit la volonté d'éviter toute discussion sur le caractère bénin ou risqué de l'intervention, alors que certains actes courants avaient entraîné de graves risques, tel que c'est le cas pour les transfusions sanguines. En effet, certes l'appréciation des risques liés à l'acte médical dépend de certains critères scientifiques objectifs. Néanmoins, ils sont soumis à un certain aléa, ce qui ne permet pas de déterminer avec certitude si l'acte médical en question entraînera ou non la réalisation des risques. Ainsi, exclure le critère lié à la nature de l'acte permettrait de ne pas prendre le risque d'une mauvaise appréciation des risques, dès lors que les risques liés aux actes médicaux sont soumis à des aléas, et de préserver au mieux l'inviolabilité du corps humain. La solution s'explique alors « sans doute par la difficulté de distinguer les soins courants et les interventions sérieuses »[749].

302. Conclusion. S'il faut féliciter cette protection, par les textes, de la liberté du patient, les conséquences qu'en tirent les différentes juridictions en maintenant une position ferme quant à l'absence d'incidence du refus de se soumettre à l'acte médical sur

[748] G. VINEY, note sous Civ. 2e, 19 mars 1997 : JCP G 1997, I 4070, v. spéc. n° 30
[749] *Ibid.* ; Y. LE MAGUERESSE, *op. cit.*, Chapitre II, « La portée pratique des comportements fautifs », pp. 95-134, § 107.

le droit à réparation se justifient également. Ainsi, le droit médical offre au patient victime un statut particulier, créant un pan de la responsabilité civile quelque peu spécifique. Le statut particulier du patient et les conséquences qu'en a tirées le législateur, en tout état de cause, militent en faveur des décisions actuelles.

303. Propos transitifs. En outre, l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage, fondée sur le principe de réparation intégrale, qui justifie également l'absence d'incidence du refus sur le droit à réparation, présente des vertus qu'il convient de souligner.

II. Les arguments tirés d'un système niant toute obligation de minimiser son dommage

L'absence, dans notre droit français, d'une obligation de ne pas aggraver son propre dommage, présente des vertus en ce que d'une part, elle évite toute dérive potentielle de la Common Law (A), et d'autre part, elle se révèle adaptée aux spécificités du droit de la responsabilité civile français (B).

A. Une solution évitant toute dérive potentielle de la Common Law

304. La position du droit positif quant à l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage a l'avantage de prévenir les dérives potentielles de la Common Law, laquelle adopte une conception stricte de l'obligation de ne pas aggraver son dommage qui tend à sacrifier déraisonnablement les intérêts de la victime et des créanciers au profit du débiteur du droit à réparation et des considérations économiques. En effet, la « mitigation of damages » tirée de la Common Law est extrêmement sévère envers la victime dès lors qu'elle met systématiquement à sa charge une éventuelle aggravation du dommage. Ainsi, la forme rigide consacrée par la Common Law paraît, comme l'a décrit H. MUIR-WATT[750], d'une extrême sévérité à l'égard du créancier. En effet, la règle consacrée peut priver le créancier de toute indemnisation et ne lui permet pas d'obtenir la compensation des frais qu'il engage pour réduire son dommage, mais aussi elle conduit à le placer dans une situation qui lui est systématiquement défavorable. Or, comme le souligne H. MUIR-

[750] V. en ce sens G. VINEY, « Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit de la réparation du dommage ? », art. cit.

WATT[751], une telle conception est étroitement liée à « l'environnement institutionnel des remèdes à l'inexécution du contrat dans la Common Law et ne se comprend qu'au regard d'un choix idéologique en faveur de l'efficacité économique du contrat ». Et d'ajouter qu'une telle conception est « en tout cas incompatible avec notre droit, et en particulier avec notre conception de la réparation intégrale du dommage ».

305. P. JOURDAIN rejoint d'ailleurs cette affirmation en soulignant que l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage permet de préserver notre conception du droit de la réparation, et que l'introduction d'une telle obligation est « extrêmement exigeante pour la victime puisque, évaluant les dommages-intérêts au jour du fait dommageable, elle met à sa charge une éventuelle aggravation ultérieure du dommage. (…) Chargeant systématiquement la victime, la mitigation fait abstraction du fait que c'est le débiteur qui est à l'origine de son dommage, y compris de la fraction qui aurait pu être évitée »[752]. Si une telle affirmation est de bon sens, elle ne doit cependant pas être accentuée.

306. Certes, faire peser sur la victime une obligation de ne pas aggraver son dommage fait abstraction du fait que c'est la faute du débiteur qui est à l'origine du dommage, et ne tient pas compte de la dualité de la conception de la causalité, ce qui a des conséquences pour le moins extrêmes. Néanmoins, cela ne convainc pas entièrement. En effet, selon une analyse classique, notre Droit tient compte du comportement de la victime, dès lors qu'il est la cause, fût-ce partielle, du préjudice final. Mais cette possibilité de considérer le comportement de la victime *a posteriori*, en raison des spécificités du droit français, ne doit pas être faite par le prisme de l'obligation de ne pas aggraver son dommage, dès lors que cela reviendrait à méconnaître les mécanismes qu'offre notre Droit, reposant sur l'exigence liée à la causalité.

B. Une solution conforme aux spécificités du droit de la responsabilité civile français

307. Au-delà de la sévérité d'un tel mécanisme envers la victime, qui ne s'inscrit pas dans la culture juridique française, la *mitigation of damages* présente d'autres

[751] *Ibid.* ; P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », art. cit., pp. 716, 719.
[752] P. JOURDAIN, *ibid.*

particularités sur le plan de la technique juridique, qui ne sont pas conformes à l'approche faite par le droit civil français. Ainsi, il ne faudrait pas sous-estimer les difficultés qu'il y aurait à vouloir transposer en droit français les mécanismes étrangers imprégnés de la Common Law[753], comme l'affirme à juste titre J.-P. CHAZAL. Notamment, la mitigation of damages présente certaines spécificités : elle s'inscrit parfaitement dans l'approche faite de la Common Law qui privilégie l'exécution par équivalent, contrairement à notre droit français qui fait prévaloir l'exécution en nature. À ce titre, H. MUIR-WATT[754] soutient qu'« introduite en droit français, pareille solution remettrait profondément en cause la primauté de l'exécution en nature (…) ». Le principe de l'exécution en nature ou de la réparation en nature — largement admis par le droit positif français — serait totalement mis à l'écart par l'introduction d'une obligation de ne pas aggraver le dommage. La transposition de cette règle dans notre système juridique irait à rebours de toute la conception de la responsabilité civile, et impliquerait une réforme du droit civil français. Il est alors certain que La Cour de cassation, dans les solutions de principes de 2003 qui réfutent nettement l'existence d'une obligation de ne pas aggraver son dommage, préserve l'originalité française dont le système juridique entier repose sur un mécanisme différent, qui permet difficilement d'envisager l'introduction d'une telle obligation.

308. Et si, très tôt, certains auteurs tels que POTHIER ET DOMAT ont milité pour l'introduction d'une obligation de ne pas aggraver son dommage, l'entrée en vigueur du Code civil a permis d'asseoir la solution du droit positif à ce sujet. Les règles induites par les anciens articles 1149 à 1151 du Code civil, devenus 1231-1 à 1231-4 en matière contractuelle, et les anciens articles 1182 et 1183 devenus 1240 et 1241 en matière délictuelle, ont fondé les solutions aujourd'hui admises par la jurisprudence. Ces trois articles doivent être compris, comme le suggérait MALEVILLE[755], à la lumière des principes d'équité et des exemples décrits par POTHIER[756].

---

[753] J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.
[754] H. MUIR-WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », art. cit., p. 45.
[755] J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. III, 2e éd., 1807, p. 41.
[756] Pothier, s'inspirant des pensées de Charles du Moulin, a pensé la question des pertes et des manques à gagner causés par la vente de vaches ou de chevaux atteints d'une maladie contagieuse et qui ont infecté le reste du troupeau conduisant à la faillite, car le propriétaire n'avait pas les fonds pour exploiter ses terres. Dans ce cas-là, il est tenu compte du comportement du créancier de l'obligation inexécutée qui, s'il ne peut lui être opposée une obligation de minimiser son dommage, doit rechercher une alternative afin de pallier la défaillance de son cocontractant. Cela est justifié par le fait que finalement, l'inexécution

309. Par ailleurs, l'absence d'obligation de ne pas aggraver le dommage, si elle est conforme à certains égards, au droit français de la responsabilité civile, traduit une approche souple du principe de réparation intégrale en faveur de la victime.

§2. Sur les effets : des solutions conformes à l'esprit de la responsabilité civile

310. Les conséquences de l'absence d'incidence du refus de soins sur le droit à réparation : lieu commun des principes d'inviolabilité du corps humain et du principe de réparation intégrale. Il est des arguments qui concernent tant les décisions rendues sur le fondement du principe de réparation intégrale que celles qui reposent sur l'inviolabilité du corps humain. En effet, les différents raisonnements adoptés par la Cour de cassation mènent au même résultat. Ainsi, les solutions, nonobstant le fondement sur lequel elles reposent, ont pour mêmes conséquences de mettre à charge du débiteur l'entière réparation des préjudices, qu'importe si le comportement de la victime a joué un rôle causal dans leur réalisation. Quoiqu'il en soit, en protégeant de façon accrue la victime, ces solutions s'inscrivent dans la tendance de la responsabilité civile à favoriser la réparation des victimes.

311. Une fonction principalement indemnitaire de la responsabilité civile. Si la responsabilité civile, à l'aube du Code civil, s'est vu attribuer tant un rôle normatif[757] qu'indemnitaire, sa fonction réparatrice a nettement pris l'ascendant. Au gré du temps, les règles applicables en responsabilité civile ont fait l'objet de diverses transformations, dont l'un des objectifs majeurs a été de faciliter de plus en plus l'accès à indemnisation de la victime. Ainsi — et c'est ce qui distingua la responsabilité civile de la responsabilité pénale —, le rôle indemnitaire de la responsabilité civile est celui qui la fonde essentiellement. Avec le temps, cette fonction indemnitaire est devenue un « principe premier »[758] lorsque le mouvement dit *victimologiste*[759] et l'idéologie de la réparation[760]

---

de l'obligation initiale ne cause pas directement l'excédent de dommage causé par la passivité du créancier.

[757] Le rôle normatif de la responsabilité civile recouvre deux fonctions : la fonction préventive et la fonction répressive.

[758] M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », site internet : https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2019/10/Les-fonctions-de-la-responsabilite-civile-a-l.pdf

[759] L. CADIET, « Les faits et méfaits de l'idéologie de réparation », in *Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires,* Dalloz, 2000, p. 495 et s.

[760] *Ibid*.

ont fait de la réparation du préjudice la fonction fondamentale du droit de la responsabilité civile. Ce mouvement, qui a été encouragé en tout premier lieu par l'apparition de dommages de masse[761] causés par le développement du machinisme et l'avènement de la société industrielle à partir de la fin du 19e siècle, a été en partie renforcé par l'accroissement des mécanismes assurantiels.

312. Le développement des assurances au service du renforcement de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. Le développement considérable de l'assurance de responsabilité qui s'impose aujourd'hui par la loi à plus de soixante-dix activités[762] contribue nettement à l'extension de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. Les tribunaux se montrent ainsi de moins en moins hésitants à condamner une personne « innocente »[763] à verser une indemnité. Aujourd'hui alors, de façon générale, l'indemnisation accrue de la victime est sans équivoque liée à la possibilité de s'assurer. D'ailleurs, si le débiteur n'est pas identifié, non assuré ou même insolvable, il existe une autre forme de « collectivisation »[764] des risques : les Fonds de garantie. En matière médicale, la loi impose aux médecins de s'assurer, ce qui milite nettement en faveur des solutions aujourd'hui retenues. Outre le développement des assurances, l'évolution de la conception de l'être humain a également contribué au renforcement de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile.

313. L'intérêt porté à l'individu : autre cause de renforcement de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. L'intérêt porté à l'individualisme, qui se développe de façon considérable dans notre société contemporaine, a également conduit à l'extension de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. La valorisation du corps humain s'est alors traduite par une « moindre résignation des victimes et, l'accompagnant, une plus grande solidarité face aux malheurs »[765]. Ainsi, l'individualisme, qui oriente de plus en plus les discours politiques, a milité en faveur du renforcement de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile qui bénéficie avant tout à la victime.

---

[761] P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, « Les fondements de la responsabilité civile et son évolution », *op. cit.*
[762] *Ibid.*
[763] *Ibid.*
[764] *Ibid.*
[765] *Ibid.*

314. Conséquences. Toutes ces considérations ont notamment conduit au recul de la faute[766], qui a entraîné les régimes de responsabilité dans un mouvement d'objectivation, ainsi que les juges à créer des présomptions de lien causal dès lors que celui-ci est ne fait pas l'objet de certitude scientifique[767]. Concernant l'exigence d'une faute, elle s'est au fil du temps élargie dans le cadre du régime du fait personnel[768], alors qu'elle n'est plus exigée dans d'autres régimes de responsabilité : c'est le cas très connu des régimes de responsabilité du fait des choses[769], de responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur[770], ou encore de responsabilité du commettant du fait de son préposé[771] qui n'imposent pas à la victime la démonstration de la faute. Une personne peut alors être condamnée même en l'absence d'une véritable faute, ou d'un véritable lien causal, conditions pourtant essentielles du droit de la responsabilité civile, dès lors qu'elle n'en supporterait pas le poids.

315. Ainsi, compte tenu de l'objectif principalement indemnitaire poursuivi par la responsabilité civile et largement permis grâce au développement des assurances, la position adoptée par la jurisprudence réfutant que le refus de se soumettre à un acte médical puisse limiter ou exclure le droit à indemnisation, s'inscrit pleinement dans l'évolution de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. Celle-ci, fortement influencée par la valorisation de la personne humaine et la protection de son corps, trouve une résonance favorable dans les solutions analysées : d'une part, elle protège de façon évidente la victime face au professionnel de santé soumis à une obligation d'assurances, et d'autre part, elle protège le corps de la victime, dès lors qu'elle retient que son refus de soin ne pourrait jamais entraîner la réduction de son droit à réparation.

---

766 P. LE TOURNEAU, Rép. civ. Dalloz, v° Responsabilité : généralités, mai 2009 (actu. juin 2022), n° 109 (art 1er – Faute).

767 V. par ex. Civ. 1re, 18 oct. 2017 (deux arrêts), n° 14-18.118 et n° 15-20.791 : la Cour de cassation retient qu'en l'absence de certitude scientifique, le lien de causalité entre l'administration du vaccin contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques doit être juridiquement prouvé par la réunion d'indices graves, précis et concordants ; v. aussi Civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645 : la Cour de cassation a pu retenir que pour mettre en application le principe de précaution, un lien de causalité suffisamment caractérisé doit être démontré entre le fait générateur de responsabilité, et le risque.

768 La faute est définie largement : elle n'est plus uniquement la violation d'une norme préexistante, elle consiste également en la violation de la norme générale de prudence et de diligence.

769 Art. 1242, al. 1er du C. civ.

770 Art. 1242, al. 4 du C. civ.

771 Art. 1242, al. 5 du C. civ.

Conclusion de la section I

316. L'inviolabilité du corps humain et le principe de réparation intégrale offrent une double protection aux intérêts du patient victime, dont les enjeux sont éminemment importants dès lors qu'ils concernent la personne humaine dans son intime. Cette double protection du *corps* de la victime est incontestablement conforme aux principes qui gouvernent tant le droit de la responsabilité civile qui se veut particulièrement favorable à la victime d'un dommage, qu'au droit médical qui accorde une place bien particulière aux droits des patients, malades, et usagers du système de santé. Le fait pour la jurisprudence de faire primer les principes de réparation intégrale et de primauté de la personne humaine est donc, sans équivoque, justifié, d'autant plus lorsqu'ils paraissent en cohérence avec le renforcement de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile permis en partie grâce au développement des mécanismes assurantiels.

317. Néanmoins, les solutions aujourd'hui retenues interrogent sur l'équité. Dès lors, si une telle position doit être certes privilégiée, elle doit pouvoir être nuancée.

SECTION II. L'INCOHÉRENCE D'UN SYSTÈME CONSACRANT L'ABSENCE DE SANCTION INDIRECTE

318. En matière d'indemnisation du préjudice, la solution retenue par la Cour de cassation, comme l'affirme D. MAZEAUD, « pèche par défaut de nuance »[772]. De ce point de vue, si la faute de la victime, en matière civile, constitue une cause exonératoire classique, et que la causalité est une exigence essentielle, sinon fondatrice du droit de la responsabilité civile, en matière médicale, la jurisprudence, fondée sur les textes de loi ne fait pas de ces règles une évidence. Par ailleurs, les mécanismes assurantiels, s'ils permettent de préserver un certain équilibre économique entre le créancier et le débiteur, ne peuvent pas expliquer que certains principes fondamentaux qui gouvernent le droit de la responsabilité civile soient mis à l'écart, au risque de conduire au « déclin de la responsabilité civile »[773]. Autrement dit, si la possibilité d'indemniser est largement liée à la présence des assurances, cela ne peut tout légitimer. Ne tenir compte que des

[772] D. MAZEAUD, « La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage », art. cit.
[773] G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013.

mécanismes assurantiels pour justifier l'indemnisation en toutes circonstances, conduirait à « stériliser la responsabilité »[774], et « dénaturer ses concepts »[775].

319. Certes, le développement des assurances joue un rôle déterminant dans l'objectif de faciliter l'accès au droit à réparation de la victime, mais il ne doit pas être le seul paramètre à prendre en compte pour mettre en jeu la responsabilité de l'auteur d'un dommage. Tout bien considéré, l'assurance reste en tout état de cause un débiteur comme un autre, et le nécessaire équilibre entre le créancier et les débiteurs n'exclut pas les assurances. Sur ce point d'ailleurs, un auteur[776] fait état des revendications des compagnies d'assurances qui prétendent ne plus avoir les capacités financières de répondre aux besoins des victimes. Au-delà, laisser les mécanismes assurantiels s'emparer de l'ensemble du droit de la responsabilité civile, conduirait à le réformer entièrement. Le cas échéant, quelle place serait gardée à la faute sur laquelle repose la nécessaire fonction moralisatrice du droit ? Qu'adviendrait-il de l'ensemble des conditions de mise en œuvre de la responsabilité ? Les assurances disposeraient-elles, en tout état de cause, des ressources nécessaires pour tout assumer systématiquement ou seraient-elles mises en péril ? Le droit de la responsabilité civile, bien qu'il soit de plus en plus favorable à la victime, doit pouvoir préserver les principes sur lesquels ils reposent, sans quoi toute la cohérence de la responsabilité serait perdue[777]. De nouveau, les critiques faites à l'encontre des positions retenues par le droit concernent d'une part leur fondement (§1), et d'autre part leurs conséquences (§2).

§1. Sur le fondement

320. Si le droit de refuser que dispose chaque individu doit demeurer un principe supérieur, il ne doit pas impliquer l'absence totale de sanction sur le terrain du droit de la réparation. Le droit de refuser doit alors être rationalisé (I). Par ailleurs, les solutions qui consacrent l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage reposent sur le

[774] V. en ce sens B. MARKESENIS, « La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance », RID comp. 1983, p. 301.
[775] *Ibid*.
[776] C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe. Contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, vol. 9, 2001.
[777] C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, vol. 45, 2005, v° « Première partie, la cohérence disparue », p. 15.

principe de réparation intégrale. Or, mettre à la charge du débiteur du droit à indemnisation la charge des préjudices dont le lien causal est rompu avec sa faute revient à indemniser au-delà de ce qui est dû à la victime. De surcroît, l'argument en vertu duquel l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage permet d'éviter utilement les dérives de la Common Law n'est que partiellement convaincant. En somme, les arguments tirés du système niant toute obligation de ne pas aggraver son propre dommage méritent également d'être rationalisés (II).

I. La nécessaire rationalisation du droit de refuser

321. Les limites de l'analogie entre liberté et absence de sanction. Pour respectueuse que la solution soit des intérêts de la victime, elle paraît néanmoins *excessivement* protectrice de la victime. Que le patient soit libre de refuser de se soumettre à un acte médical ne devrait pas automatiquement impliquer que ce refus soit sans conséquence sur l'étendue du dommage[778]. Le droit de refuser devrait simplement conduire à ne pas soumettre *manu militari* l'individu à un acte médical contre son gré. En d'autres termes, la liberté ne signifie pas absence de contraintes, ou de conséquences défavorables. En effet, si la liberté implique de pouvoir refuser l'acte médical et qu'elle implique des sacrifices, les accepter ne veut pas dire ne plus être libre, dès lors que les contraintes sont mesurées. À ce propos, J.-S. BORGHETTI souligne à juste titre que « si emprunter une voie plutôt qu'une autre permet de bénéficier des avantages de la première, cela implique aussi d'en accepter les inconvénients et de renoncer aux bénéfices de la seconde »[779]. Il est vrai que les textes confèrent au patient un droit absolu de refuser tout acte médical. Néanmoins, cela n'empêche pas que ce droit soit accompagné d'un devoir corrélatif[780].

322. Sur ce point, la voie qu'empruntait la Cour de cassation en distinguant la nature des actes paraissait davantage équilibrée. On ne peut alors qu'être sensible aux propos de

[778] V. en ce sens J.-L. AUBERT, « Quelques remarques sur l'obligation de la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité », in *Études offertes à Geneviève Viney. Liber amicorum*, LGDJ, coll. Mélanges, 2008, p. 55, n° 14.
[779] J.-S. BORGHETTI, « L'incidence du refus de soins sur le droit à indemnisation de la victime d'un dommage corporel », comm. sous Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 : RDC sept. 2015, n° 03, p. 461.
[780] J. GUIGUE, J. PENNEAU, « Conséquence d'un refus de soins sur l'aggravation d'un état pathologique », note sous Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 : GPL 2015, n° 77 à 78.

D. MAZEAUD qui soulignait que « ce ne serait pas, nous semble-t-il, porter une atteinte frontale au principe de l'inviolabilité du corps humain que de considérer que, lorsque l'acte médical prescrit à la victime n'emporte pas le moindre risque pour elle, pas plus qu'il n'est susceptible de provoquer une douleur quelconque, ce qui était d'ailleurs le cas en l'espèce[781], son refus de soins dégénère en faute, susceptible d'influer sur le quantum de son dommage »[782].

323. Une liberté limitée par les conséquences qu'elle emporte sur les tiers. Ainsi, le patient peut tout à fait disposer d'un droit de refuser tout traitement, c'est-à-dire qu'aucun traitement ne puisse lui être imposé, et, parallèlement, assumer les conséquences de ce refus sur le terrain de la réparation. Sans nécessairement soutenir — *bien qu'elle puisse être vraie* — l'idée en vertu de laquelle une liberté est mieux exercée sous la contrainte, une telle solution conduit à prendre le risque d'augmenter inutilement le coût de la réparation due par le responsable. Et si la liberté consiste à faire ce qui ne nuit pas à autrui, le droit de refuser de se soumettre à un acte médical ne doit pas être exercé en défaveur de *l'autre*, ici le défendeur. En effet, le refus de la victime de suivre un traitement alors qu'il est raisonnable[783], emportera des conséquences néfastes sur le débiteur, dès lors que ce refus entraîne la survenance de nouveaux préjudices, que le défendeur devra lui-même prendre en charge. Encore une fois, il ne s'agit pas de faire une apologie générale de la contrainte, au détriment de la liberté, mais, il faut pouvoir limiter cette liberté en faveur du responsable, qui ne doit pas supporter entièrement les conséquences néfastes d'un choix qui ne lui est pas imputable.

324. L'illustration fournie par l'arrêt du 15 janvier 2015. Le cas d'espèce figurant dans l'arrêt très remarqué de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 15 janvier 2015[784] précité, permet de rendre compte de l'insuffisance d'une telle position. En effet, dans ce cas d'espèce, la solution de la Cour de cassation ne s'impose pas en toute logique. Un patient a subi deux opérations d'urologie. À la suite de la seconde, il a développé une hyperthermie à la suite de laquelle le médecin a diagnostiqué une infection

[781] En référence aux arrêts rendus en 2003.
[782] D. MAZEAUD, « La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage », art. cit.
[783] J.-S. BORGHETTI, « L'incidence du refus de soins sur le droit à indemnisation de la victime d'un dommage corporel », art. cit.
[784] Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180.

nosocomiale : une septicémie par streptocoque, avec des atteintes secondaires à l'épaule, au foie et au cœur[785]. Il est hospitalisé d'urgence et le médecin lui préconise des traitements médicaux. Le patient, préférant les médecines naturelles, a refusé le traitement proposé et regagné son domicile contre avis médical. Un mois plus tard, après avoir suivi un traitement homéopathique, son état de santé se dégrade gravement. Le patient assigne en responsabilité civile la clinique où il a contracté la maladie nosocomiale.

325. La Cour d'appel de Bordeaux retient la responsabilité de la clinique et la condamne à réparer les préjudices subis en limitant l'indemnisation aux préjudices qui ont été causés par le non-suivi du traitement préconisé contre cette infection. Elle considère, en distinguant réduction du dommage et aggravation du dommage, que les préjudices n'étaient que la conséquence de son refus de traitement, qui plus est, ne revêtait pas de caractère lourd et pénible[786].

326. La Cour de cassation, censure la décision de la cour d'appel, et retient dans son attendu de principe, au visa des articles 16-3 du Code civil, L. 1142-1 et L. 1111-1 du Code de la santé publique que « le refus d'une personne, victime d'une infection nosocomiale dont un établissement a été reconnu responsable en vertu du deuxième de ces textes, de se soumettre à des traitements médicaux, qui, selon le troisième, ne peuvent être pratiqués sans son consentement, ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices résultant de l'infection ». Selon la Haute juridiction, la cour d'appel a violé les textes visés parce qu'elle avait imputé l'aggravation de l'état de santé du patient à son refus des traitements proposés, alors que « ceux-ci n'avaient été rendus nécessaires que parce qu'il avait contracté une infection nosocomiale engageant la responsabilité de la clinique ».

327. Si on peut largement comprendre cette solution qui fait primer les libertés individuelles et reconnaît la primauté de la personne humaine, le raisonnement de la Cour de cassation ne va pas de soi. On peut en effet regretter l'extrême rigidité d'une telle solution qui assimile la liberté du patient à une contrainte supportée par le débiteur. Que le patient reste libre de refuser tout traitement devrait simplement conduire à interdire toute

[785] J.-S. BORGHETTI, « L'incidence du refus de soins sur le droit à indemnisation de la victime d'un dommage corporel », art. cit.
[786] *Ibid*.

forme de réparation qui consisterait à imposer l'acte médical à la victime sans son consentement, mais ne devrait pas impliquer que les choix du patient ne soient sans aucune conséquence sur l'étendue de sa réparation. Ainsi, bien qu'une telle solution soit éminemment respectable du point de vue du statut du patient fondé sur des principes supérieurs, les conséquences que les textes ont pu en tirer ne sont pas aussi évidentes qu'elles paraissent, dès lors que chaque liberté, si elle ne peut pas être contrainte *manu militari*, doit être limitée lorsque son exercice porte atteinte à autrui.

328. On remarquera d'ailleurs que, malgré la persistance de la Cour de cassation depuis près de 20 ans, les juridictions du fond expriment une certaine résistance, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2016[787], faisant état du caractère quelque peu insatisfaisant d'une telle solution. Dans cet arrêt, la Cour de cassation, après avoir été vivement critiquée quant à sa position antérieure, était encore une fois attendue sur la question de l'obligation de ne pas aggraver le dommage. En l'espèce, une étudiante, victime d'un accident de voiture ayant causé le décès de son époux, a développé un syndrome psychologique post-traumatique avec un état dépressif, qui l'empêchait de poursuivre ses études. Elle assigne l'auteur du délit routier aux fins de réparations des préjudices subis. Les juges du premier degré ne font pas droit à la demande de la victime, décision confirmée par la cour d'appel. Cette dernière retient que la victime avait délibérément interrompu les traitements prescrits, ce qui a entraîné l'aggravation de son état. Elle retient en conséquence que les préjudices causés par le refus de soin de la victime doivent être exclus du calcul du montant de l'indemnité.

329. Les juges du fond montrent leur volonté de nuancer l'absence d'incidence du refus sur le droit à réparation, ce que la Cour de cassation a censuré. Malgré le caractère contestable de la solution de la Cour de cassation, on se serait attendu à ce que les juges du fond, après près de 13 ans de constance de la part de la Haute juridiction, s'alignent sur sa position. Pourtant, dans de nombreuses espèces postérieures, les juges du fond ont exprimé leur refus de ne pas prendre en considération le refus de la victime de se soumettre à l'acte médical pour limiter son droit à indemnisation[788]. La résistance des juges du fond,

[787] Crim., 27 sept. 2016, n° 15-83.309.
[788] Pour des espèces ne concernant pas le refus de soins, v. par ex. CA Paris, 1er mars 2010, cité dans Civ. 2e, 25 oct. 2012, n° 11-25.511 – CA Douai, 24 nov. 2011, citée dans Civ. 2e, 28 mars 2013, n° 12-15.373 : D. 2013, p. 2658.

en aucun cas, ne saurait à elle seule justifier une évolution des solutions adoptées par la Cour de cassation. À tout le moins, la divergence observée entre la Cour de cassation et les juridictions de fond interroge sur la nécessité de nuancer les règles relatives à l'incidence du comportement de la victime au moment de l'évaluation du préjudice corporel. Bien que notre matière suggère des issues particulièrement favorables pour la victime, en raison, notamment, du statut de la victime qui implique une plus large protection, la nécessité de nuancer la position de la Cour de cassation est tout autant exigée, du moins lorsque l'équilibre entre les différents intérêts est manifestement rompu.

330. En outre, la faute de la victime ayant contribué à la réalisation du préjudice est traditionnellement une cause d'exonération admise en responsabilité du fait personnel. Comme l'affirme justement SAVATIER[789], il n'est pas admis que « sous prétexte que les juges sont dans l'impossibilité de contraindre un malade résistant à s'imposer des soins (…) d'en déduire qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de reconnaître une faute à sa charge ». Et d'ajouter que « ne pas le reconnaître c'est méconnaître la technique de notre droit (…). La liberté de l'homme bloque les pouvoirs matériels du juge ! Mais elle ne désarme pas sur les conséquences d'une inaction fautive ».

II. La nécessaire rationalisation des arguments tirés d'un système niant toute obligation de ne pas aggraver son dommage

331. L'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage dans le droit français porte à controverse, dès lors qu'une telle obligation est retenue par le droit international[790] et le droit européen des contrats[791], et semble donc constituer une exception française. S'il est vrai que l'absence de toute obligation, en droit français, de ne pas aggraver son propre dommage conduit à éviter les dérives potentielles de la *Common Law*, et qu'une telle obligation ne s'adapte pas aux spécificités du droit français, il est une conception bien plus souple consacrée par le droit européen, qui nous permet de formuler quelques réserves concernant le premier argument (A). Par ailleurs, le débat relatif à l'introduction en droit

[789] R. SAVATIER, obs. sous Crim., 3 juill. 1969 : JCP 1970, II 16447.
[790] Art. 77 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 : « Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables ».
[791] art. 9.505, al. 1er, Principes européens du droit des contrats : « Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant qu'il aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables ».

français de l'obligation de ne pas aggraver le dommage, tout comme les solutions aujourd'hui acquises en la matière, méconnaît nettement l'exigence liée à la causalité (B), conduisant à relativiser le principe de réparation intégrale sur lequel les solutions en matière d'aggravation du dommage reposent pourtant (C).

A. L'opportunité d'adopter une conception souple de l'idéologie de l'aggravation du dommage

332. S'il est vrai que l'absence d'obligation de ne pas aggraver en droit français conduit à éviter les risques de dérives de la *Common Law* qui se montre particulièrement sévère envers la victime, le droit européen nous offre une conception bien moins stricte. Autrement dit, la forme « dure » adoptée par les pays imprégnés de la *Common Law* et ceux qui s'en s'ont inspirés n'est pas unique. Il en existe des variantes plus souples. En effet, sur le plan européen, on voit apparaître dans la Convention de Vienne[792] une conception bien plus diluée[793] pour la victime de l'obligation de minimiser son dommage. Ainsi, l'article 77 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises impose à la partie qui invoque la contravention au contrat de « prendre les mesures nécessaires eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué résultant de la contravention ». Les principes UNIDROIT reprennent une telle exigence dès lors que « le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables ». Ainsi, cette approche permet d'emblée de mesurer la portée de l'obligation de minimiser son dommage : celle-ci ne peut être opposée à la victime que si elle est déraisonnable, ce qui est d'ailleurs conforme à la définition de la faute civile qui s'apprécie au regard du comportement normalement avisé.

333. Une analogie certaine avec la faute exonératoire de la victime admise en Droit français. Ainsi, en sus d'être souple, cette possibilité n'est pas sans faire écho aux solutions adoptées en droit français notamment en matière exonératoire : la faute de la victime, laquelle renvoie à un comportement imprudent en comparaison avec l'adulte

[792] Art. 77 de la Convention de Vienne : « La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée ».
[793] Les dispositions de la Convention de Vienne ne valent cependant que pour le contrat de vente.

normalement avisé, est une cause exonératoire de responsabilité. L'approche faite par le droit européen de l'obligation de ne pas aggraver son dommage permet alors de nuancer l'argument lié au caractère excessif du système proposé par les pays de Common Law. Il permettrait, en France, de prendre en considération le comportement de la victime postérieur à la réalisation du dommage — et pas uniquement antérieur ou concomitant, comme cela est déjà admis.

334. En ce sens, D. MAZEAU[794] s'exprimait en soulignant qu'il était légitime de faire peser sur la victime la charge des préjudices qui découlerait d'un comportement irraisonnable qui lui serait imputable. Ainsi, il répondait à la question de savoir s'il était « illégitime que la victime, qui n'agit pas pour éviter la réalisation du préjudice ou atténuer son étendue, alors qu'elle aurait pu "prendre des mesures raisonnables et sans inconvénient pour elle"[795] » par ces mots « sur le plan moral, la réponse ne fait pas de doute, lorsque la passivité de la victime est coupable, et qu'elle a, au moins, pour une partie, contribué à la réalisation du dommage, cette faute mérite d'être sanctionnée. En outre, sur le terrain économique, une réponse identique s'impose, car l'intérêt général commande que l'on canalise, autant que faire se peut, le coût de la responsabilité, dont une large part repose in fine sur l'ensemble du corps social ».

335. Il en ressort, en outre, qu'une telle solution n'irait pas à rebours du mouvement de protection des victimes. En effet, les mesures prévues sur le plan européen, par nature, permettent de conserver les intérêts de la victime dès lors que seules les mesures jugées irraisonnables conduiraient à limiter le droit à indemnisation. Ainsi, la victime, selon l'approche européenne, ne se verrait pas opposer sa faute sauf si celle-ci est disproportionnée. Cela ressort de l'article 77 de la Convention de Vienne dont les critères retenus pour apprécier l'obligation de ne pas aggraver son dommage introduisent par essence une portée limitée d'une telle obligation, bien moins stricte que celle instituée par les pays empreints de la *Common Law*.

336. Au surplus, la loyauté, qui existe même en dehors des relations contractuelles, comme l'exprimait S. REIFEGERSTE[796], doit pouvoir justifier l'obligation de ne pas

[794] D. MAZEAU, « La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage », art. cit.
[795] S. REIGEGERSTE, *op. cit.*, p. 19.
[796] *Ibid.*, p. 17.

aggraver le dommage. En matière d'aggravation du dommage, le comportement de la victime va non seulement à l'encontre de « l'intérêt du responsable », comme l'affirme de façon péremptoire la Cour de cassation, mais aussi à l'encontre de son propre intérêt. Une telle attitude pour le moins incohérente ne saurait être légitimée par le juge.

337. Propos transitifs. Nonobstant les possibilités offertes par le droit européen, l'exigence liée à la causalité devrait en principe conduire à tenir compte du comportement de la victime postérieur à la réalisation du dommage. Cependant, cette prise en considération du comportement de la victime ne doit pas être fait au prisme de l'obligation de ne pas aggraver son dommage, en raison de la suffisance de la condition tenant à la causalité.

B. La méconnaissance de l'exigence liée à la causalité

338. Propos liminaires. La solution retenue par les juges n'est pas conforme aux conditions traditionnelles de mise en œuvre de la responsabilité civile et aux mécanismes qui en découlent. En effet, pour mettre en œuvre la responsabilité, il faut un lien causal entre le fait générateur et le préjudice. Or, ne faut-il pas considérer la chaîne causale rompue entre la faute du débiteur et les préjudices qui ne découlent pas de son comportement, mais de celui de la victime ? Au surplus, le simple fait de se poser la question de la transposition en France d'une obligation de ne pas aggraver son dommage revient, de la même manière, à ignorer la condition tenant à la causalité tant cette dernière apporte déjà des réponses. Ainsi, l'incompatibilité du débat relatif à la transposition dans notre droit français de l'obligation de ne pas aggraver le dommage se justifie au regard de la suffisance de l'exigence liée à la causalité, requise tant au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité, qu'au stade de l'exonération, par le prisme de la faute de la victime.

339. Lorsqu'il ne peut être opposé à la victime une obligation de ne pas aggraver son dommage, cela revient finalement à mettre à la charge du débiteur des préjudices qui n'ont pas été causés par sa faute. L'un des premiers arguments avancés par la doctrine pour contester la solution de la jurisprudence tient au lien de causalité[797]. J.-P. CHAZAL considère alors que si par une décision arbitraire, la victime laisse aggraver son propre

[797] P.-Y. THIRIEZ, art. cit.

dommage, elle rompt ainsi le lien de cause à effet, de sorte que le surplus de préjudice ne peut plus être rattaché au fait dommageable[798]. Or tant en matière contractuelle[799] qu'en matière délictuelle[800], le lien de causalité conditionne la mise en jeu de la responsabilité civile.

340. Au regard alors de la condition tenant au lien de causalité, de façon générale, il y a lieu d'adopter un double point de vue. En premier lieu, au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité, la responsabilité du professionnel de santé doit être écartée pour tous les préjudices qui ne découlent pas de sa faute : dans cette hypothèse, le refus de soins qui a aggravé le dommage initial fait naître des préjudices nouveaux pour lesquels la responsabilité du professionnel de santé doit être écartée, faute de lien causal. En second lieu, si l'on se situe au stade de l'exonération, et que le comportement de la victime a contribué à la réalisation du préjudice, en vertu de l'exigence liée à la causalité, il y a lieu de recourir aux mécanismes d'exonération classiques, c'est-à-dire à la faute de la victime. En tout état de cause, si le lien causal est rompu entre les préjudices et la faute du professionnel de santé, sa responsabilité ne peut être retenue pour les préjudices dont le lien causal est rompu avec le fait générateur initial.

341. Il convient de préciser qu'appréhender le refus *aggravant* comme une cause d'exonération implique nécessairement d'adopter une conception large de la causalité : celle de l'équivalence des conditions. En effet, si c'est la causalité adéquate qui est retenue, le comportement de la victime serait « absorbée »[801] par la faute du professionnel de santé. Il s'agirait alors de recourir à la théorie de l'équivalence des conditions. Or, en cas de responsabilité pour faute, prévaut[802] la théorie de l'équivalence des conditions[803]. Ce qui

[798] J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.
[799] Art. 1231-1 du C. civ. : « Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution ».
[800] Art. 1240 et 1241 du C. civ.
[801] Cette théorie joue notamment en matière de responsabilité sans faute. Elle impliquerait alors que soit retenu l'antécédent ayant joué un rôle déterminant, prépondérant dans la réalisation du dommage.
[802] Les juges n'ont pas nettement tranché pour l'une ou l'autre des théories. Seules des tendances s'esquissent en fonction du fondement de la responsabilité recherchée. Ainsi, les juges font leur choix au gré des espèces.
[803] V. en ce sens Civ. 2e , 2 juin 2005 : Bull. civ. II, n° 146 ; JCP G 2006, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; P. CABROL, M. RIBEYROL, *Leçons de Droit des obligations*, « Leçon 24. Le lien de causalité », Ellipses, 2018, pp. 184-189.

explique d'ailleurs que la faute de la victime, selon une analyse classique, est considérée comme une cause d'exonération.

342. Force est alors de constater que l'absence de prise en considération du comportement de la victime tant au stade des conditions de mise en jeu de la responsabilité qu'au stade exonératoire semble inadaptée au regard de l'exigence liée à la causalité. Si, par ailleurs, l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage n'est pas conforme aux exigences de la responsabilité civile, sa transposition n'est pas pour autant souhaitable : de ce point de vue, le débat ne paraît pas non plus se conformer au système juridique français du droit de la responsabilité civile.

343. La transposition de l'obligation de ne pas aggraver son dommage : un débat inadapté au droit français. Le simple fait de se poser la question de savoir s'il faut introduire en droit français une telle obligation, revient, de la même manière, à ignorer que notre droit civil impose à la victime la preuve du lien causal entre les préjudices dont elle demande réparation et le fait générateur. Pourquoi soulever une telle question alors même que la réponse est apportée par l'exigence liée à la causalité ? C'est dire que ce débat ne s'adapte pas à l'environnement institutionnel français qui dispose de ses propres mécanismes pour répondre à la question de savoir s'il faut ou non tenir compte du comportement de la victime, que ce soit au stade des conditions, ou au stade exonératoire. Alors, si l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage n'est pas satisfaisante du point de vue de la causalité, cela ne veut pas pour autant dire que sa transposition est souhaitable, dès lors que nous disposons de nos propres règles et mécanismes qui apportent des réponses on ne peut plus claires. Il est en effet certain que notre Droit dispose « d'ores et déjà de la possibilité de sanctionner, par une réduction de l'indemnité, l'attitude négligente de la victime ou du créancier qui a laissé le dommage se développer sans réagir »[804].

344. Au demeurant, l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage en droit français, en ne tenant pas compte, de façon absolue, de la condition liée au lien de causalité,

[804] G. VINEY, « Chronique : responsabilité civile », JCP G 2004, I 101, n° 2, 4°, p. 20, n° 12 ; v. dans le même sens P. JOURDAIN, « Rapport introductif. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », LPA 20 nov. 2002, n° 232 spéc., p. 3, v. spéc. p. 7, n° 16.

entraîne *a fortiori* une atteinte au principe de réparation intégrale, dès lors que celui-ci en dépend.

C. Le respect relatif du principe de réparation intégrale

À l'opposé de la Common Law qui consacre une conception de l'obligation de minimiser son dommage extrêmement rigide à l'égard du créancier, le droit français, quant à lui, adopte une version bien plus diluée, nettement favorable au créancier, et beaucoup plus sévère en revanche à l'égard du débiteur. Ainsi, la justification des solutions actuelles qui se fondent sur le principe de réparation intégrale n'est à notre sens pas tout à fait convaincante (1). En réalité, la Cour de cassation adopte une conception extensible de ce principe, en faveur de la victime (2).

1. Une approche discutable du principe de réparation intégrale

345. Propos liminaires. Bien que les solutions retenues en 2003 se fondent sur le principe de réparation intégrale, elles remettent en doute l'effectivité de la protection du principe, lequel régit tant les relations de droit public que les relations de droit privé. Si la victime ne peut subir ni perte ni profit, le principe de réparation intégrale implique par symétrie que l'auteur de l'acte ne soit pas tenu de réparer plus que ce qui a été causé par les faits qui lui ont été imputés. Comme le souligne J.-P. CHAZAL, la responsabilité civile a pour objectif de rétablir le plus justement et le plus exactement possible l'équilibre détruit par le dommage « et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était point produit »[805]. Et d'ajouter qu'à cet égard, « la règle prescrivant au juge de se placer au jour où il statue pour évaluer les préjudices facilite la prise en compte de leur évolution postérieurement à la survenance du dommage ». Cette règle permet alors à la victime d'obtenir une réparation complète, respectant ainsi le vénérable principe de réparation intégrale. Mais aussi, elle devrait permettre d'éviter d'aller au-delà du préjudice, en laissant à la charge du débiteur des préjudices qui n'ont pas été causés par son fait conduisant à limiter le risque que certaines profitent de la situation en laissant gonfler inutilement l'étendue du préjudice.

[805] V. en ce sens Civ. 2e, 4 févr. 1982 : JCP 1982, II 19894, note J.-F. BARBIÉRI cité par J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.

346. Or, ne pas tenir compte du comportement de la victime qui aurait aggravé le dommage initial revient à indemniser la victime au-delà de ses préjudices, et à l'enrichir au regard de la situation qui aurait été la sienne si le dommage n'avait pas eu lieu. Dans cette perspective, il est difficile de nier les arguments de G. LACOEUILHE et H. CHÉREAU, soutenant que « comprise dans une conception non juridique, mais factuelle, la réparation intégrale et automatique du préjudice par le responsable du dommage initial reviendrait à nier l'ensemble des imbrications émaillant l'évolution de l'état de santé d'un patient, et au compte desquelles le comportement du patient doit être recensé au même titre que d'autres faits générateurs »[806]. Ainsi, l'impossibilité d'opposer à la victime son comportement pour diminuer son droit à réparation, en mettant à la charge du débiteur les préjudices qui ne sont pas de son fait, conduit nécessairement la victime à s'enrichir sans cause. Pour J.-P. CHAZAL, la position de la Cour de cassation est considérée comme injuste et inéquitable, car « c'est aller au-delà de la réparation intégrale que d'indemniser la victime des conséquences de sa propre faute dans l'extension ou l'aggravation de ses préjudices »[807]. Cela est notamment vrai lorsque l'aggravation du dommage crée des préjudices distincts, découlant de causes distinctes.

347. Sur ce point, STARCK a pu affirmer qu'il y a lieu de distinguer entre le dommage initial et le dommage aggravé qui ont chacun une cause distincte[808]. Si cette affirmation est parfois vraie[809], elle ne se vérifie pas toujours : partant, il est des situations où le dommage initial et son aggravation ne constituent qu'un seul et même dommage[810]. Dans ce dernier cas, on peut plus facilement admettre que le principe de réparation intégrale conduise les juges à ne pas opposer à la victime son refus afin de préserver le principe de réparation intégrale. En effet, en cas de préjudice unique, il serait plus difficile, voire impossible, de déterminer quels préjudices sont nés de l'aggravation et quels sont ceux qui découlent du fait générateur initial. Il reste que la théorie de l'équivalence des conditions,

---

[806] G. LACOEUILHE, H. CHÉREAU, « Responsabilité médicale et faute du patient », site internet droit-médical.com, rubrique actualités, jurisprudences, 18 avr. 2004.
[807] J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.
[808] B. STARCK, « La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle) », JCP G 1970, 2339.
[809] V. en ce sens E. PETITPREZ, « Aggraver n'est pas causer : retour sur la faute de la victime comme cause d'exonération du producteur d'un produit défectueux », comm. sous Civ. 1re, 2 juin 2021, n° 19-19.349 : LPA nov. 2021, n° 06.
[810] Sur la pluralité de causes à l'origine d'un dommage de façon générale, v. E. PETITPREZ, « Les causes étrangères : dualisme ou division de la causalité ? », RRJ 2020-20, p. 851.

qui domine[811] dans le cadre de la responsabilité du fait personnel n'exclut pas de tenir compte, en tout état de cause, du comportement de la victime pour diminuer le droit à réparation, dès lors qu'il a joué un rôle causal dans la réalisation du préjudice : il faudrait alors se situer sur le terrain exonératoire.

348. Et par ailleurs, lorsqu'il est possible de déterminer quels sont les préjudices qui découlent du fait générateur initial et quels sont les préjudices qui ont pour origine le refus de la victime, au stade des conditions de mise en jeu de la responsabilité, ne pas écarter la responsabilité du professionnel de santé pour les préjudices dont le lien causal avec sa faute est rompu, revient nécessairement à aller « au-delà de la réparation intégrale ». Ainsi, si le dommage initial et le dommage aggravé sont différents, et découlent de causes distinctes, on voit encore moins pourquoi les juges ne pourraient pas simplement exclure du *quantum* de réparation les préjudices causés par la victime. Il est évident que dans une telle hypothèse, l'absence de prise en compte du refus de soin ayant créé des préjudices nouveaux porte incontestablement atteinte au principe de réparation intégrale. À ce propos, J.-P. CHAZAL s'exprime à juste titre en des termes explicites : il considère qu'indemniser les préjudices nés de l'aggravation du dommage renvoie à une « ultra-indemnisation », ce qui conduit à une « réparation au-delà des préjudices directs »[812].

349. Bien que les partisans des solutions actuelles puissent invoquer le principe en vertu duquel seuls les dommages prévisibles sont réparables, il n'en demeure pas moins qu'une telle position conduit l'auteur du dommage à réparer des dommages qui ne lui sont pas imputables, augmentant donc le risque de mettre en péril le principe de réparation intégrale. Finalement, il semblerait que la Cour de cassation interprète le principe de réparation intégrale de façon opportune, afin de favoriser le créancier du droit à réparation.

2. Une conception extensive du principe de réparation intégrale en faveur de la victime

350. Compte tenu, entre autres, des difficultés — qui irriguent d'ailleurs l'ensemble de la responsabilité civile — qu'il peut y avoir à déterminer quels sont les préjudices nés

[811] V. en ce sens Civ. 2e., 2 juin 2005 : Bull. civ. II, n° 146 ; JCP G 2006, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; P. CABROL, M. RIBEYROL, *op. cit*, « Leçon 24. Le lien de causalité ».
[812] J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.

de l'aggravation et ceux du fait générateur initial, la mise en perspective de l'obligation de ne pas aggraver son dommage avec le principe de réparation intégrale invite à adopter un double point de vue. Tout bien considéré, l'absence d'une obligation de ne pas aggraver son dommage augmente non seulement le risque que la victime soit indemnisée en deçà, mais également, qu'elle reçoive au-delà du préjudice causé par l'auteur du dommage initial. En fondant l'absence d'incidence du refus sur le droit de la réparation intégrale, la Haute juridiction a donc préféré augmenter le risque que le montant de la réparation soit supérieur à l'étendue du dommage, plutôt que prendre le risque qu'il y soit inférieur.

351. En réalité, il faut distinguer selon qu'on se situe au stade des conditions ou de l'exonération. Lorsqu'on se situe au stade des conditions, qu'il est possible d'identifier le préjudice initial et le préjudice aggravé, puis de déterminer leur cause respective, il est certain que la Cour de cassation ne respecte pas le principe de réparation intégrale : de ce point de vue, elle adopte une conception *immodérée* dudit principe. Néanmoins, lorsqu'on se situe sur le terrain exonératoire parce que le préjudice initial et le préjudice aggravé ne font qu'un, si bien qu'on ne peut identifier leur cause respective, la Cour de cassation apporte une lecture plutôt relative du principe de réparation intégrale. En refusant de ne pas prendre en considération le refus de la victime pour diminuer son droit à réparation, elle ne fait qu'une application de la théorie de la causalité adéquate : elle considère alors que la faute la plus légère, celle de la victime, est absorbée par la faute la plus grave[813]. Cette approche, que la Cour de cassation justifie par la volonté de protéger le principe de réparation intégrale, conduit à penser que les juges ont opportunément apporté une lecture extensive du principe favorable à la victime, alors même que la tendance est que les juges optent, en matière de responsabilité personnelle, pour la théorie de l'équivalence des conditions.

352. Ainsi, si la Haute juridiction a souhaité protéger le principe de réparation intégrale, cela ne veut dire pour autant qu'elle l'a effectivement préservé[814]. Si le principe de réparation intégrale suppose d'adopter deux points de vue, la Cour de cassation a nettement tranché en faveur d'une conception souple, peu convaincante, à l'égard de la

[813] V. par ex. Civ. 2e, 10 janv. 1962 : Bull. civ. II, n° 47 – Civ. 2e, 1er avr. 1963 : D. 1963, p. 403 ; JCP 1963, II 13199 ; GPL 1963, 1, p. 50 – Civ. 2e, 15 avr. 1999 : Resp. civ. et assur. 1999, comm. n° 221 – Civ. 2e, 24 févr. 2000 : Resp. civ. et assur. 2000, comm. n° 144.
[814] Souligné par nous.

victime. Autrement dit, si cette règle implique de réparer la totalité du préjudice subi, encore faudrait-il, aux fins d'évincer l'obligation de ne pas aggraver son dommage, que la réparation intégrale du dommage soit admise de manière indépendante du comportement de la victime, dans la période postérieure à la constitution du dommage initial. La Cour de cassation, à ce sujet, ne s'est jamais formellement justifiée, ni dans les arrêts de 2003 ni dans ses suites. Si, selon l'approche faite du lien de causalité, on peut estimer que l'analyse apportée par la Cour de cassation du principe de réparation intégrale peut s'entendre, il est certain que la cohérence du fondement ne peut être que relative.

353. Propos transitifs. En outre, imputer la charge de préjudices dont le lien causal avec le fait du débiteur est rompu, emporte par ailleurs des conséquences néfastes tant du point de vue de du débiteur que de la nécessaire moralisation du droit de la réparation.

§2. Sur les conséquences

La règle en vertu de laquelle le refus de se soumettre à un acte médical emporte des conséquences, lesquelles sont insatisfaisantes tant à l'égard du débiteur (I) qu'à l'égard de la fonction prophylactique du Droit et de l'objectif de responsabilisation (II).

I. Un déséquilibre significatif au détriment du débiteur

354. Il y a lieu de mettre en lumière la méconnaissance par les juges de la dimension *altruiste* de la responsabilité civile qui tend à la « recherche du juste »[815]. En dépit du soutien apporté par les mécanismes assurantiels au débiteur d'un droit à réparation encourageant l'indemnisation en toutes circonstances, la position admise par la jurisprudence conduit regrettablement à une protection excessive de la victime au détriment de l'équilibre entre le créancier et le débiteur. D'ailleurs, l'assurance est un débiteur comme un autre, puisqu'en tout état de cause, elle supporte des coûts engageant un budget qui n'est pas illimité. Ainsi, les solutions actuelles conduisent à ne pas tenir compte de l'intérêt du débiteur, ce qui n'est pas satisfaisant[816]. Pourtant, l'une des particularités de la prise en considération du comportement de la victime dans l'évaluation

[815] V. en ce sens C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 380, 2002, n° 478 et s. ; D. GENCY-TANDONNET, art. cit.
[816] V. en ce sens D. MAZEAUD, « La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage », art. cit.

du préjudice est qu'elle permet la sanction « d'une sorte de défaut d'altruisme de la victime à l'égard de l'auteur de son dommage »[817].

355. Que l'absence d'incidence du refus sur le droit à réparation soit fondée sur l'inviolabilité du corps humain ou encore sur le principe de réparation intégrale, elle conduit à mettre à la charge du débiteur du droit à indemnisation des dommages dont le lien causal n'est pas établi avec son fait, au risque de nuire à la cohérence du droit de la responsabilité civile. D'ailleurs, l'admission des causes d'exonération est justement justifiée par le fait qu'il serait « inéquitable (en effet) d'accabler le défendeur de la totalité du dommage alors qu'il ne lui est qu'en partie imputable »[818].

356. Si les solutions rendues s'inscrivent dans la logique indemnitaire qui domine la responsabilité civile depuis plusieurs décennies, c'est, de façon immodérée, au prix du sacrifice des intérêts du débiteur. Et de façon générale, c'est la méthode utilisée par la Cour de cassation qui fait l'objet de nombreuses critiques. En effet, de telles solutions occultent la complexité des faits alors que tenir davantage compte de la casuistique conduirait à des solutions plus équilibrées.

357. Faire reposer l'entière indemnisation sur le débiteur y compris la réparation des préjudices dont le lien causal est rompu avec son fait ne paraît pas satisfaisant. Si le droit français impose que la victime puisse refuser tout acte médical, ou encore qu'il ne puisse être opposé à la victime d'un dommage corporel, une obligation de ne pas aggraver son dommage, cela ne doit pas se faire inutilement, au détriment du débiteur. Liberté de la victime, ou nécessité de la protéger ne doivent pas rimer avec absence de conséquences sur le terrain du droit à réparation, à plus forte raison si elle apparaît démesurément sévère à l'égard du défendeur.

358. Soulignons au demeurant que les circonstances dans lesquelles sont rendues les solutions en vertu desquelles il ne peut être opposé à la victime, son refus de soins, militent en faveur d'une plus grande souplesse à l'égard du débiteur du droit à réparation. En effet, dans les différents cas d'espèce, le refus exprimé par la victime a pourtant été proscrit par

[817] Y. LE MAGUERESSE, *op. cit.,* Chapitre II, « La portée pratique des comportements fautifs », pp. 95-134, § 79.
[818] Lamy, *Le droit de la responsabilité,* Lamy expert, 279-1.

le professionnel de santé, qui se retrouve quand même à assumer les conséquences d'un tel refus. Par exemple, dans l'arrêt de 2016, les médecins avaient estimé que le traitement par antidépresseurs, accompagné d'un suivi psychologique, aurait entraîné la disparition, dans un délai de trois à cinq ans, des dommages liés au syndrome post-traumatique. Malgré les prescriptions des médecins, la victime a délibérément cessé le traitement au profit de médicaments qu'elle s'est elle-même prescrits, ce qui a aggravé son état initial. Le contexte dans lequel ont été rendues les solutions actuelles renforce ce sentiment de déséquilibre entre le créancier et le débiteur du droit à réparation, car ce dernier a, en vertu de l'obligation dont il est tenu, délivré au patient l'information sur les risques, y compris ceux liés au refus de se soumettre à un acte médical.

359. Ainsi, l'absence d'obligation de ne pas aggraver le dommage, ou encore le droit de refuser tout acte médical ne doit avoir pour seule conséquence, sur le terrain de la responsabilité civile, qu'aucune réparation consistant à imposer au patient un traitement sans son consentement ne puisse être admise. Autrement dit, en matière médicale, la liberté de refuser tout traitement ou l'inopposabilité de l'obligation de ne pas aggraver le dommage justifient uniquement qu'on ne puisse contraindre, par la force, la victime à se soumettre à un acte médical.

360. Propos transitifs. Cette situation excessivement protectrice de la victime conduit de surcroît à interroger la fonction moralisatrice du droit, et la nécessaire responsabilisation du sujet de droit en général, et du patient en particulier.

II. L'objectif de moralisation et de responsabilisation menacé

Les solutions acquises semblent méconnaître la fonction moralisatrice du droit de la responsabilité civile (A) conduisant d'une part à une sorte de « promotion de l'aggravation du dommage »[819] (B) et mettant à mal l'objectif de responsabilisation du patient victime, visé expressément tant par les politiques de santé, que les instigateurs de la réforme du droit de la responsabilité civile (C).

[819] Civ. 2e, 19 juin 2003, Dibaoui c/ Flamand et a., n° 931 : RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage » – Civ. 2e, 19 juin 2003, Consorts Lallemand c/ Decrept et a., n° 930 : D. 2003, Jur., p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; RTD civ. 2003, p. 716.

A. La méconnaissance de la fonction moralisatrice de la responsabilité civile

361. Sur la fonction moralisatrice du droit de la responsabilité civile. Admettre que la passivité fautive de la victime n'influe pas sur le montant de la réparation qui lui est due, a vocation à l'inciter « à l'insouciance et à la négligence »[820], occultant toute nécessité de moraliser le droit de la responsabilité civile**.** En faveur d'une sanction du refus de soins, on peut invoquer les dérives de ce qui est appelé « l'idéologie de la réparation » [821] qui irait à rebours de la fonction moralisatrice du droit de la responsabilité civile. Cette idéologie de la réparation a conduit, comme l'affirme D. MAZEAUD, « à des manipulations juridiques plus ou moins grossières en vue de réparer toutes sortes de préjudices »[822].

362. Cette fonction moralisatrice du droit de la responsabilité civile est nettement liée à l'exigence de la faute, laquelle apparaît aujourd'hui notamment dans le cadre du régime de la responsabilité du fait personnel. En faisant du droit de refuser un droit absolu, en abolissant la distinction autrefois utilisée entre les actes bénins et les actes lourds au profit d'une solution unitaire, la jurisprudence gomme toutes les nuances morales pourtant nécessaires à la vie sociale. Or, cette fonction, parfois placée au second plan, est attribuée à la responsabilité civile dès ses débuts. VINEY ET J. GHESTIN en font d'ailleurs état[823] en rappelant que les auteurs du Code civil ont maintes fois fait référence à la notion de morale.

363. Ainsi, à la lumière des propos des orateurs qui ont présenté les textes du futur Code civil, VINEY souligne les nombreuses références au « moralisme »[824], en citant l'une des plus remarquables que l'on doit à Tarrible « S'agit-il de dommages causés ? Ce projet puise tous les moyens d'en assurer la réparation ; et dans le nombre de ces moyens, il place une responsabilité morale qui doit redoubler la vigilance des hommes chargés du

[820] P. JOURDAIN, « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage », RTD civ. 2012, p. 324.
[821] V. en ce sens L. CADIET, « Les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit.*
[822] D. MAZEAUD, « Réflexion sur un malentendu », D. 2001, p. 332.
[823] G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4e éd., 2019, p. 31, § 16.
[824] *Ibid*.

dépôt sacré de l'autorité et qui préviendra ainsi plus de désordres qu'elle n'en aura réparé »[825].

364. Les deux auteurs sont clairs sur ce point : « il n'est donc pas douteux que l'intention des législateurs de 1804 a été de donner à la responsabilité civile des racines morales »[826]. Et, si le mouvement d'objectivation de la faute — conduisant à un recul de celle-ci[827], remet en cause la viabilité du rôle moralisateur du droit de la responsabilité civile, le fait est que dans le cadre du régime du fait personnel, — dans lequel s'inscrit l'étude —, la faute est exigée. En dépit du recul de la notion de faute qui conforte le rôle moralisateur du droit de la responsabilité civile, cette fonction n'a alors pas disparu. L'exigence de la faute, maintenue par les textes de droit contribue à maintenir la fonction moralisatrice du droit de la responsabilité civile. Si l'exigence d'une faute conforte la fonction moralisatrice du droit, cette fonction est également défendue par la doctrine.

365. Ainsi, la loyauté, exigée même en dehors de toute relation contractuelle, devrait conduire à ne pas mettre à la charge du débiteur les préjudices qui ne découlent pas de son fait, et la victime de son côté doit assumer son choix. M. REIFEGERSTE, à propos de l'obligation de ne pas aggraver le dommage, justifie sa transposition dans le droit français par la loyauté et l'utilité qu'elle présente[828].

366. Que le refus ait contribué à la réalisation du dommage, ou qu'il l'ait aggravé, le comportement déloyal de la victime va à l'encontre de l'intérêt du responsable, mais aussi à l'encontre de son propre intérêt. Les juges ne devraient alors pas légitimer un tel comportement. Au surplus, afin de prévenir les comportements « déviants »[829] liés au rôle des assurances, il importe que la victime, lorsqu'elle nuit à autrui, n'abuse pas de son droit. C'est en ce sens que ATIAS affirme que « aucun droit n'inclut la faculté de nuire inutilement, délibérément, sans raison »[830].

[825] Cité par G. VINEY, *ibid.*
[826] *Ibid*.
[827] Pour de plus amples développements sur le recul de la faute en responsabilité civile, v. C. GRARE, *op. cit.*, p. 15 et s., n°21 et s.
[828] S. REIFEGERSTE, *op. cit.*
[829] D. GENCY-TANDONNET, art. cit.
[830] C. ATIAS, « Le droit de nuire », D. 1997, Chron., p. 385.

367. Plus récemment, la question de savoir s'il faut moraliser le droit français de la réparation du dommage a été soulevée dans un colloque dont les termes ont été repris par un rapport de synthèse[831]. Selon P. JOURDAIN, cette question renverrait, entre autres, aux actions en réparation[832]. Il y a lieu de souligner que moraliser ne revient pas nécessairement à passer par des mécanismes strictement répressifs de la responsabilité civile tels que les dommages et intérêts punitifs.

368. Cette moralisation, sur le terrain de la réparation du dommage, reviendrait à limiter l'action de la victime en fonction de son comportement. Car comme l'affirme VINEY dans son traité de responsabilité civile « (Mais), comme la responsabilité pénale, la responsabilité civile est la conséquence, et, d'une certaine manière, la sanction d'un acte illicite et moralement répréhensible »[833]. Ainsi, cela revient plus volontairement à soulever la question de l'obligation de ne pas aggraver son dommage et celle de la faute de la victime exonératoire. D'ailleurs, l'admission des causes d'exonération, dont la faute de la victime fait partie, est parfois expliquée par l'idée de sanctionner[834]. Il s'agit alors, non pas de sanctionner le créancier par l'engagement de sa responsabilité, mais par une déchéance totale ou partielle du bénéfice de la créance d'indemnisation, conduisant alors à préserver l'objectif de responsabilisation, et de moralisation du droit de la réparation du dommage, nécessaire pour sauvegarder les intérêts économiques du débiteur, mais aussi de la collectivité.

369. L'occultation de la nécessaire fonction moralisatrice du droit de la réparation du dommage participe par ailleurs à la promotion de l'aggravation du dommage.

B. La promotion de l'aggravation du dommage

370. La promotion de l'aggravation du dommage[835]. L'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage présente quelques contradictions qui méritent d'être d'emblée

[831] G. VINEY, « Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », art. cit.
[832] *Ibid*.
[833] G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 31, § 16.
[834] V. P. JACQUES, note sous Civ. 2e, 28 févr. 1996, GPL 1997, p. 86.
[835] Civ. 2e, 19 juin 2003, Dibaoui c/ Flamand et a., n° 931 : RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage » – Civ. 2e,

soulignées. Pour arguer de l'absence d'une telle obligation, il est reconnu que l'intérêt pécuniaire du débiteur tenu à indemnisation, pour des raisons éthiques[836] et par souci de protection de la victime, ne doit pas être pris en compte par le créancier. Mais en matière médicale, il y a un véritable intérêt personnel pour le patient à ce qu'il n'aggrave pas son dommage. Le patient, même créancier d'une faute technique, reste acteur de sa santé. Cela implique d'une part qu'il assume les conséquences de ses choix, et d'autre part qu'il soit davantage incité à adopter des comportements raisonnables, dès lors que les choix dont il est question concernent sa santé.

371. Pourtant, les modalités d'évaluation du dommage en droit français offrent un terrain favorable à la prise en compte de la faute de la victime dans l'appréciation du montant des dommages-intérêts[837]. En effet, le fait qu'en droit français, le juge se place au jour où il statue pour évaluer l'étendue du dommage, le conduit à tenir compte salutairement de la faute de la victime qui aurait contribué à la réalisation ou à l'aggravation du dommage « dans un souci de responsabilisation de celle-ci »[838] et non pas de légitimation de l'idéologie de l'aggravation du dommage. Une telle idéologie ne paraît pas satisfaisante dès lors qu'elle n'incite pas la victime à agir non seulement dans son intérêt, mais également dans celui du débiteur. La position actuelle des juges conduit inopportunément à légitimer l'aggravation par la victime de son dommage, ce qui pourrait être perçu comme une légitimation de l'aggravation du dommage : la victime n'est ni incitée à prendre les mesures pour éviter que son état de santé ne se dégrade, ni à agir dans l'intérêt du débiteur.

372. Si cette formulation peut paraître exagérée dès lors que la victime *a priori* ne souhaite pas que son état de santé se dégrade, il est tout du moins évident qu'une telle position, à défaut d'encourager la victime à agir contre son intérêt, ne la pousse pas à prendre les mesures nécessaires afin d'éviter que l'étendue du dommage augmente,

---

19 juin 2003, Consorts Lallemand c/ Decrept et a., n° 930 : D. 2003, Jur., p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; RTD civ. 2003, p. 716.

[836] V. en ce sens P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », art. cit.

[837] *Ibid*.

[838] Civ. 2e, 19 juin 2003, Dibaoui c/ Flamand et a., n° 931 : RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage » – Civ. 2e, 19 juin 2003, Consorts Lallemand c/ Decrept et a., n° 930 : D. 2003, Jur., p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; RTD civ. 2003, p. 716.

entraînant par la même l'élargissement de l'assiette de réparation au détriment du débiteur. La formulation de VINEY paraît alors plus appropriée : elle affirme que l'absence absolue d'obligation de ne pas aggraver son dommage inciterait la victime à l'insouciance ainsi qu'à la négligence, et déresponsabiliserait la victime[839].

373. Admettre, dans des cas particuliers, que le refus de se soumettre à un acte médical préconisé puisse limiter ou exclure le droit à indemnisation présente ainsi quelques vertus qu'on ne peut nier : il s'agirait d'une forme de dissuasion à l'envers, qui ne s'appliquerait pas seulement aux auteurs d'un comportement illicite, mais également aux victimes qui seraient tentées de ne pas prendre des mesures raisonnables afin de ne pas accentuer leur préjudice.

C. L'objectif de responsabilisation mis en échec

374. Sur la nécessaire responsabilisation du patient devenu acteur de sa santé. Du côté du créancier, il y a lieu d'envisager le refus non seulement comme un mécanisme classique de responsabilité civile, mais également, comme un outil de responsabilisation de la victime[840]. Dans cette logique prophylactique, un autre argument récurrent est la nécessité de responsabiliser la victime[841]. L'une des fonctions du droit est de dissuader des comportements non vertueux, qui iraient à l'encontre de la responsabilisation du sujet de droit. Certes, le droit de la réparation, en première intention, n'a pas comme fonction première la répression, mais cela ne veut pas dire pour autant que l'objectif d'indemnisation ne peut pas s'accompagner d'une fonction moralisatrice, au sens dissuasif des comportements non vertueux, dès lors que les intérêts d'autrui sont en péril. En matière médicale, une telle exigence revêt un intérêt plus grand dès lors qu'elle est nettement affirmée par les politiques de santé. Il est difficile d'atteindre un tel objectif si même lorsqu'il apparaît déraisonnable, le refus de soins ne peut constituer une faute civile.

---

[839] G. VINEY, « Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », art. cit.

[840] V. en ce sens N. ALLIX, « La faute de la victime n'ayant pas causé le dommage », D. 2022, p. 29 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 250, 1995, n° 9 et 10 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), 4e éd., 2017, n° 7.

[841] V. par ex. en ce sens A. LAUDE, « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », art. cit. ; J.-L. AUBERT, « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité », *op. cit*.

Ainsi, les solutions actuelles ne sont pas compatibles avec l'objectif de responsabilisation du patient devenu acteur de sa santé et donc responsable.

375. En outre, imposer à la victime de limiter l'étendue de son préjudice devrait conduire, en matière délictuelle, à une meilleure maîtrise du coût pour l'ensemble de la société, qui repose sur la solidarité, dès lors que le refus de se soumettre à un acte médical préconisé est susceptible d'entraîner des complications dont la prise en charge devient plus importante. En effet, bien que dans l'immédiat, le coût soit nul pour celui qui refuse de se soigner, le refus de suivre les recommandations du médecin pourrait entraîner l'aggravation de l'état de santé, générant ainsi des coûts plus élevés que ceux qui auraient été engendrés par l'acceptation du soin initial, lequel a fait l'objet de refus.

376. L'objectif de responsabilisation proposé par les initiateurs du projet de réforme en péril. Outre les dispositions de l'article 1254 du projet qui dispose que seule la faute lourde est de nature à exonérer le responsable, l'article 1263[842] du projet de réforme consacre la possibilité pour le juge de réduire les dommages et intérêts de la victime qui n'aurait pas pris les mesures nécessaires permettant d'éviter l'aggravation de son préjudice, mais seulement en ce qui concerne les préjudices extracorporels et se limite à la sphère contractuelle. On peut alors regretter que cette solution relève exclusivement de la responsabilité contractuelle. L'objectif de responsabilisation de la victime qui avait été avancé par les initiateurs des propositions de réforme[843] doit être poursuivi nonobstant les circonstances dans lesquelles le dommage est survenu. En effet, la responsabilité civile, du moins lorsqu'elle est personnelle, se construit à partir d'un standard vertueux et raisonnable de l'homme[844] et ce comportement, qui relève de la nature humaine, doit être pris en compte en dehors même du champ contractuel.

[842] L'article 1263 de la réforme de responsabilité civile énonce que « sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ».
[843] V. G. VINEY, « Motifs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », avant-projet de réforme du droit des obligations, Rapport, 2005, p. 149.
[844] La faute, en responsabilité civile, est définie comme étant la violation d'une norme morale de prudence et de diligence. Cette définition est d'ailleurs consacrée par le projet de réforme même, en son article 1242.

377. Dans un rapport[845], P. STOFFEL-MUNCK met en avant l'incompatibilité d'une telle règle qui se limite à la sphère contractuelle et la solidarité qui est une des valeurs fondamentales gouvernant notre société, en soulignant que l'obligation de ne pas aggraver son dommage est un outil de promotion du sens civique et de la solidarité. Ainsi, dans le cadre de notre étude, où le refus d'un individu de se soumettre à un acte médical peut concerner d'autres acteurs, une telle règle pourrait s'imposer logiquement.

378. Prendre des mesures afin d'éviter l'aggravation d'un préjudice apparaît intuitivement comme un comportement prudent. Le juge doit alors pouvoir soulever la question de savoir si le comportement, eu égard aux circonstances de fait, est fondé, c'est-à-dire conforme à celui d'une personne avisée. Ainsi le comportement jugé imprudent doit pouvoir avoir un impact sur le droit à réparation dès lors qu'il a contribué à l'aggravation du dommage et qu'il emporte des conséquences démesurément lourdes à l'égard du débiteur.

379. Quoiqu'il en soit, force est de constater que la question porte à controverse. Une conception de la responsabilité un peu plus soucieuse de l'équilibre entre les intérêts en jeu, et conforme à notre droit de la responsabilité civile, trouverait salutairement sa place.

[845] P. STOFFEL-MUNCK, obs. sous Civ. 2e, 24 nov. 2011, JCP G 2012, 143, n° 3 ; arg. J.-L. AUBERT, « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité », *op. cit.*

Conclusion du chapitre I

380. Les solutions aujourd'hui acquises ne s'imposent pas toujours en toute logique, notamment parce qu'elles semblent en partie ignorer les exigences, conditions, et principes fondateurs du droit de la responsabilité civile. Elles sont marquées par un défaut de cohérence et semblent, à certains égards, inadaptées à notre environnement institutionnel.

381. Si la solution de la jurisprudence est satisfaisante du point de vue de la protection de la primauté de la personne humaine, et de la volonté de protéger le principe de réparation intégrale, son manque de souplesse nous paraît regrettable. Lorsque les juges se doivent de raisonner en termes de casuistique, tenant compte des différents intérêts en jeu, ils ont, en vertu des solutions actuelles, tendance à s'abriter derrière des règles générales conduisant à des solutions parfois iniques. Il est pourtant utile que les solutions dépendent des circonstances précises, afin qu'elles puissent être mesurées et donc cohérentes. La Cour de cassation, finalement, adopte une approche unilatérale de la responsabilité, faisant passer les demandes des défendeurs au second plan, au seul bénéfice des intérêts du demandeur, neutralisant parfois les principes et concepts qui gouvernent le droit de la responsabilité civile.

382. Tout d'abord, les solutions acquises aujourd'hui méconnaissent l'exigence liée à la causalité, tant au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité que de l'exonération. Au stade des conditions, le refus *aggravant* est susceptible de créer des préjudices nouveaux, dont le lien causal peut être établi avec le comportement de la victime. Sur ce point, la victime, en laissant aggraver son dommage, rompt ainsi le lien de cause à effet, de sorte que l'excédent de préjudice ne peut plus être rattaché à la faute du débiteur[846]. Au stade de l'exonération, si la victime, par sa faute, a contribué à la réalisation du préjudice, l'exigence du lien de causalité impose de procéder à un partage de responsabilité. Sur ce dernier point, il n'est pas cohérent de déduire de l'impossibilité d'imposer un acte médical à un patient l'impossibilité de reconnaître une faute à sa charge consistant à refuser un acte médical, car cela revient à « méconnaître la technique de notre Droit »[847].

[846] J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.
[847] R. SAVATIER, obs. sous Crim., 3 juill. 1969 : JCP 1970, II 16447.

383. Cette interprétation extensive du lien de causalité en faveur de la victime conduit par ailleurs à porter atteinte au principe de réparation intégrale. En cas d'aggravation du dommage, lorsqu'on se situe au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, et qu'il est possible, de distinguer le préjudice initial du préjudice nouveau causé par l'aggravation, ne pas tenir compte du comportement de la victime revient à l'indemniser au-delà de ce qui lui est dû : la Cour de cassation adopte alors une conception immodérée du principe de la réparation intégrale par seule faveur pour la victime. Au stade de l'exonération, le constat est analogue : ne pas tenir compte du refus de la victime dans le calcul du montant de réparation, revient à mettre à la charge du débiteur la totalité du préjudice, ce qui implique d'indemniser plus ce qui ne lui est dû. Dans ce contexte, l'approche que fait la Cour de cassation du principe de réparation intégrale est relative et peu convaincante dès lors qu'elle ne fait qu'une application de la théorie de la causalité adéquate alors que traditionnellement, la faute de la victime ayant contribué à la réalisation du dommage conduit à un partage de responsabilité. En faisant une interprétation *excessive* du principe de réparation intégrale en faveur de la victime, la Cour de cassation indemnise « au-delà de la réparation intégrale » dès lors que la victime est indemnisée des « conséquences de sa propre faute dans l'extension ou l'aggravation de ses préjudices »[848].

384. Par ailleurs, si le patient doit toujours pouvoir refuser un traitement, sur le terrain de la responsabilité, cela devrait uniquement impliquer qu'aucune réparation en nature consistant à lui imposer un traitement sans son consentement ne puisse être admise. Qu'il s'agisse du principe particulier en vertu duquel le refus de soins ne peut jamais être fautif de sorte à constituer une cause d'exonération, ou du principe général niant toute obligation pour la victime de minimiser son dommage, les intérêts des débiteurs du droit à réparation sont par trop sacrifiés en faveur de ceux des victimes et des créanciers. Ainsi, il paraît inéquitable « d'accabler le défendeur » de préjudices qui ne lui sont pas imputables[849], alors même que tenir compte du comportement de la victime a pour objectif, entre autres, de sanctionner un « défaut d'altruisme à l'égard de l'auteur de son dommage »[850]. Nous ne pouvons alors qu'approuver les propos de CHABAS qui affirmait que le droit est avant

[848] J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.
[849] Lamy, *Le droit de la responsabilité*, Lamy expert, 279-1.
[850] Y. LE MAGUERESSE, *op. cit.*, Chapitre II, « La portée pratique des comportements fautifs », pp. 95-134, § 79.

tout la recherche du juste ou plutôt une lutte contre l'injuste et contre les abus[851]. Empreints d'une sagesse et d'une mesure certaines, ces mots ne rendent que plus amères les solutions aujourd'hui retenues.

385. Au demeurant, c'est la fonction moralisatrice[852] du droit ainsi que l'objectif de responsabilisation des victimes et des patients devenus acteurs de leur santé qui sont questionnés. Si le droit positif admet que le refus ne puisse jamais conduire à limiter le droit à réparation, alors il réfute *a priori* toute idée selon laquelle le droit de la réparation du dommage soit *a minima* moralisateur. Les solutions actuelles, qui ne tiennent jamais compte du comportement de la victime ont vocation à l'inciter à la négligence[853], effaçant toute trace de la fonction moralisatrice du droit de la réparation du dommage. Elles conduisent par ailleurs à paralyser l'objectif de responsabilisation du patient, qui implique de lui faire prendre conscience de ses actes.

386. Tout ceci tend à démontrer qu'il n'est pas satisfaisant de ne jamais sanctionner le refus de se soumettre à un acte médical, fût-ce à titre d'exception. C'est pourquoi il y a lieu de puiser dans les mécanismes classiques de responsabilité civile, afin de défendre l'opportunité d'adopter des solutions davantage mesurées permettant de réguler le droit de refuser.

[851] C. CHABAS, *op. cit.*, n° 478 et s.
[852] LPA 20 nov. 2002, n° 232 spéc., « Faut-il moraliser le droit de la réparation du dommage ? Colloque CEDAG de l'Université Paris V » ; www.droit-in-situ.net
[853] P. JOURDAIN, « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage », art. cit.

CHAPITRE II
UNE SANCTION INDIRECTE SOUHAITABLE

387. On peut aisément accepter, au regard notamment du principe d'inviolabilité du corps humain, que la victime choisisse de ne pas se soumettre à un traitement, peu importe les raisons qui la poussent à emprunter une telle voie. Néanmoins, le refus de se soumettre à un acte médical préconisé exprimé par la victime dans le cadre de son droit à réparation recouvre de nombreux intérêts qui ne peuvent tous être préservés si la position de la jurisprudence demeurait aussi rigide qu'elle l'est en l'état actuel du droit positif. On peut alors regretter l'absence de réserves et de conditions à l'absence d'incidence du refus exprimé par la victime de se soumettre à l'acte médical préconisé par le professionnel de santé, lequel devra assumer seul la charge de la réparation alors même que l'élément participant à la réalisation du dommage ou aggravant son étendue fût contre-indiqué par celui dont on retient pourtant la responsabilité.

388. Ainsi, à une problématique qui mêle de nombreux intérêts parfois contradictoires, une réponse de compromis est nécessaire. Pour ce faire, il y a lieu d'envisager des solutions intermédiaires, lesquelles trouvent leur fondement dans les principes de la responsabilité civile. En effet, il existe en droit français des moyens non négligeables, qui permettent de tenir compte du comportement de la victime pour limiter l'assiette de réparation, soit au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité par le prisme de la causalité, soit au stade de l'exonération, en sanctionnant, fût-ce indirectement, l'attitude négligente du créancier qui aurait contribué à la réalisation de son dommage, ou encore laissé le dommage se développer sans réagir.

389. Les propositions avancées ont à notre sens l'avantage de constituer, par essence, des outils de rationalisation du droit de refuser permettant d'assurer un juste équilibre entre les intérêts d'une part du créancier, et d'autre part, du débiteur du droit à indemnisation. Elles sont empreintes d'un raisonnement mesuré condamnant tout excès. Il convient alors de discuter de l'opportunité d'envisager le refus de soins dans ses rapports avec plusieurs mécanismes internes ou voisins du droit de la responsabilité civile — puissant instrument de régulation des comportements dommageables. Le refus de se soumettre à un acte médical est tout d'abord envisagé dans ses rapports avec les mécanismes internes de la

responsabilité civile (Section I). Ensuite, le refus de se soumettre à un acte médical est analysé dans ses rapports avec les mécanismes voisins de la responsabilité civile (Section II).

SECTION I. LE REFUS DANS SES RAPPORTS AVEC DES MÉCANISMES INTERNES DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

390. Nous entendons par *mécanismes internes*, ceux qui renvoient directement aux conditions classiques de mise en œuvre de la responsabilité civile, c'est-à-dire la faute, le préjudice, et le lien de causalité. Dans le cadre de la relation qui lie le débiteur au créancier du droit à réparation, l'objectif est de trouver une solution qui conduirait, sous certaines conditions, à admettre que le refus puisse limiter le droit à réparation, sans pour autant dénaturer le droit de consentir à un acte médical. En outre, si l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage s'est avérée incompatible avec le droit français de la responsabilité civile, sa transposition n'est pas pour autant souhaitable dès lors que notre droit fournit des instruments conformes aux principes et conditions qui gouvernent le droit de la responsabilité civile français. Et c'est pourquoi, pour ce faire, nous proposons de puiser dans nos propres mécanismes.

391. Il convient de souligner à ce stade que deux régimes coexistent en matière d'indemnisation de préjudices nés de l'activité médicale : ainsi, la responsabilité du médecin est recherchée soit sur le terrain soit délictuel soit contractuel. Le régime de la responsabilité médicale résultait pour l'essentiel de l'arrêt célèbre Dr. Nicolas c/Mercier de 1936 [854] jusqu'au revirement intervenu en 2010[855]. Depuis cet arrêt, pour tous les faits survenus après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002[856], la responsabilité professionnelle médicale est recherchée sur le fondement délictuel ou légal[857], alors que pour tous les faits survenus avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, la responsabilité est recherchée sur le terrain contractuel. En tout état de cause, depuis la loi

[854] Civ., 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ Mercier: GAJC, t. II, 13e éd., 2015, n° 162.
[855] Civ. 1re, 28 janv. 2010, n° 09-10.992, n° 20 ; GADS 2010, n° 1-2 ; D. 2010, p. 1522, note P. SARGOS ; RDSS 2010, p. 375, obs. F. ARHAB-GIRARDIN ; JCP 2010, n° 41, chron. 1015, n° 6, obs. P. STOFFEL-MUNCK.
[856] L. n° 2002-303, 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO, 5 mars 2002, p. 4118.
[857] P. LE TOURNEAU, « Obligation de moyens du médecin », in *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Action, 12e éd., 2020, n° 6411.12.

du 4 mars 2002, la qualification contractuelle du contrat liant le patient au médecin n'avait plus d'intérêt[858]. Sans faire l'économie de l'aspect contractuel, notre regard sera porté plus attentivement sur la responsabilité délictuelle. Un tel choix est justifié par deux principales considérations. D'une part, concernant les dommages corporels, la tendance de la jurisprudence et des textes de loi dans le cadre du projet de réforme est de rapprocher les régimes de responsabilité délictuelle et contractuelle, en faveur des mécanismes de responsabilité délictuelle, mouvement déjà entamé par la jurisprudence. D'ailleurs, les jurisprudences étudiées, bien que rendues avant 2002, ne visent jamais la responsabilité contractuelle. D'autre part, le fait que les règles propres à la responsabilité contractuelle ne permettent pas de transcender l'ensemble des aspects de la responsabilité civile n'est pas tellement satisfaisant notamment au regard de l'exigence d'équité entre les victimes.

392. Il reste qu'en tout état de cause, la condition tenant à la causalité au stade de la mise en œuvre de la responsabilité, ainsi que l'admission de la faute — même d'imprudence — de la victime exonératoire[859] sont communes aux deux régimes : elles sont alors indifférentes à la nature du régime en question. Ainsi, que ce soit en matière contractuelle ou délictuelle, le comportement de la victime n'est pas indifférent quant à l'établissement du lien de causalité. Il faut garder à l'esprit que depuis l'adoption du Code civil, la responsabilité délictuelle s'est partiellement construite sur le modèle de l'inexécution des contrats, sans jamais, cependant, que les deux régimes juridiques ne fusionnent[860]. S'agissant plus particulièrement des exigences de l'article 1231-4 du Code civil[861] qui dispose que les dommages-intérêts ne couvrent que « la suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention », la doctrine à longtemps débattu pour savoir si elles étaient exclusivement réservées aux obligations conventionnelles[862], ou si elles

[858] V. en ce sens F. LEDUC, « Pas de requiem prématuré pour l'arrêt Mercier », RDC 2011, n° 1, p. 345 ; G. MÉMETEAU, « Le devoir d'information, ou les moulins à vent », LPA 2013, n° 5, p. 4 ; G. MÉMETEAU, « Construction et déconstruction du contrat médical par la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Jean Beauchard. Obligations, procès et droit savant*, Presses universitaires juridiques de Poitiers/LGDJ, 2013, p. 253.

[859] Pour un exemple en matière contractuelle, v. Ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307 : Bull. civ. ch. mixte, n° 3 ; D. 2008, p. 3079, obs. I. GALLMEISTER ; D. 2009, p. 461, note G. VINEY ; D. 2009, p. 972, obs. H. KENFACK ; RTD civ. 2009, p. 129, obs. P. JOURDAIN ; RTD com. 2009, p. 434, obs. B. BOULOC ; JCP G 2009, II 10011, note P. GROSSER et P. STOFFEL-MUNCK ; JCP G 2009, I 123, n° 12 ; Resp. civ. et assur. 2009, comm. 4, note S. HOCQUET-BERG.

[860] J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.

[861] Art. 1151 anc. du C. civ.

[862] En ce sens : C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4e éd., 1871, p. 750, § 445 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 1re éd., 1900, n° 935 ; L. JOSSERAND, *Cours de*

traduisaient un principe général et s'appliquaient alors aux délits et quasi-délits[863]. Aujourd'hui, l'exigence d'un lien de causalité directe entre le fait dommageable et le préjudice est acquise[864]. Cette exigence de causalité couvre deux pans de la responsabilité civile[865]. Si la causalité est avant tout une condition essentielle de mise en jeu de la responsabilité civile, selon une présentation classique, la causalité joue également un rôle au stade de l'exonération. Sur ce dernier point, l'attitude de la victime s'avère éminemment causale si elle a contribué à la réalisation du dommage.

393. D'une part, il ne fait aucun doute que la jurisprudence admet aujourd'hui l'effet partiellement exonératoire de la faute de la victime ou du fait du créancier, que cette faute ait contribué ou même aggravé le dommage initial[866]. Ainsi, traditionnellement, la faute de la victime peut lui être opposée pour limiter ou exclure son droit à indemnisation, conformément à la condition tenant à la causalité. Le refus de soins doit ainsi être envisagé dans ses rapports avec la faute civile au stade exonératoire (§1). D'autre part, la règle en vertu de laquelle ne pèse pas sur la victime une obligation de ne pas aggraver son dommage implique en pratique que le débiteur prenne en charge les préjudices qui ne découlent pourtant pas de son fait. Dans ce contexte, le lien de causalité entre les préjudices nés de l'aggravation, et le fait du professionnel de santé est rompu. Raisonner en termes de causalité peut être un moyen de contourner la solution actuellement adoptée par la jurisprudence, conformément aux conditions traditionnelles prévues par le droit de la responsabilité civile. Le refus de soin est alors utilement envisagé dans ses rapports avec

---

droit civil positif français, t. II, 1re éd., 1930, n° 440, cité par J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.

[863] C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, 1882, t. XXXI, n° 687 et s. ; Jurisprudence générale Dalloz, 1858, t. 39, v° Responsabilité, n° 30 et 232 ; A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, 2e éd., 1872, t. I, n° 105 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité de droit civil*, 3e éd., 1908, t. III, n° 2880 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 3e éd., 1939, t. II, n° 1670 ; M. PLANIOL, J. BOULANGER, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd., 1949, t. II, n° 1151 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., 1954, t. VII, n° 861 ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, 1939, t. II, n° 472 ; H. LALOU, *La responsabilité civile*, 2e éd., 1932, n° 78, cité par J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.

[864] V. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, coll. Thémis, 22e éd., 2000, n° 213 ; J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.

[865]Pour chaque proposition, il est essentiel de distinguer entre le refus qui a aggravé le dommage et celui qui a contribué à la réalisation du dommage, dès lors qu'en fonction des deux situations, les règles applicables liées à l'exigence de causalité ne sont pas les mêmes.

[866] V. en ce sens, G. VINEY, « Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », art. cit.

la théorie de la causalité, au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile (§2).

§1. Le refus dans ses rapports avec la faute de la victime au stade de l'exonération

394. L'analyse du refus de se soumettre à un acte médical dans ses rapports avec la faute exonératoire ne peut s'adapter à l'ensemble des hypothèses où la victime, en refusant de se soumettre à un acte médical, influe sur l'étendue de son préjudice. Ce pour quoi, avant de mettre en perspective le refus de se soumettre à un acte médical avec la faute exonératoire (II), il est indispensable d'opérer quelques distinctions (I).

I. Des distinctions nécessaires

395. Tout d'abord, il faut distinguer entre *causer* et *aggraver* dès lors que pour être exonératoire, la faute de la victime doit avoir contribué au dommage (A). Toutefois, cette distinction ne prend pas en considération les différentes réalités que revêt l'hypothèse d'un dommage aggravé. Il y a donc lieu de distinguer par ailleurs entre le refus qui, en aggravant le dommage initial, créé des préjudices distincts qui découlent de causes distinctes, et celui qui, en aggravant le dommage initial, fusionne avec ce dernier pour ne créer qu'un seul préjudice unique. Dans cette dernière situation, *l'aggravation* peut être assimilée à la *contribution*. Cela conduit à formuler une seconde distinction entre préjudices distincts et préjudice unique (B).

A. Causer n'est pas aggraver[867]

396. Propos liminaires. Il y a lieu de commencer par distinguer entre le refus qui a aggravé le dommage, et celui qui a contribué à la réalisation du dommage. Selon une lecture classique, pour être exonératoire, la cause étrangère doit avoir contribué à la réalisation du dommage. Ainsi, sur le terrain exonératoire, la faute de la victime n'est prise

[867] Titre de l'article de E. PETITPREZ, « Aggraver n'est pas causer : retour sur la faute de la victime comme cause d'exonération du producteur d'un produit défectueux », comm. sous Civ. 1re, 2 juin 2021, n° 19-19.349, FS–P : Actu-Juridique.fr 5 nov. 2021, n° AJU002a8, site internet : https://www.actu-juridique.fr/civil/responsabilite-civile/aggraver-nest-pas-causer-retour-sur-la-faute-de-la-victime-comme-cause-dexoneration-du-producteur-dun-produit-defectueux/

en compte que si elle a joué un rôle causal dans la manifestation du dommage. La faute de la victime est ici antérieure, ou tout du moins, concomitante au fait dommageable initial imputable au débiteur du droit à réparation. Cause partielle du dommage, elle conduit classiquement à un partage de responsabilité.

397. Dans son arrêt du 30 octobre 1974[868] déjà cité, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a d'ailleurs pris le soin de souligner qu'« une faute de la victime doit être retenue pour la réparation du préjudice subi lorsque (elle) a concouru à la réalisation du dommage ». Concourir à la réalisation du dommage revient à le causer, au moins partiellement. En substance, afin d'entraîner la réduction des dommages-intérêts par le prisme de la faute exonératoire, le comportement de la victime doit avoir eu une incidence causale sur l'étendue du préjudice final.

398. Une distinction récemment rappelée par la jurisprudence. Un arrêt récent rendu le 2 juin 2021[869] rappelle une telle exigence. La première chambre civile précise les contours de la faute de la victime comme cause d'exonération du producteur d'un produit défectueux. En l'espèce, un couple avait vu sa maison détruite par un incendie. L'expertise judiciaire a établi que l'incendie a été causé par une surtension sur le réseau électrique, mais que l'installation par le couple d'un réenclencheur sur son réseau électrique avait entraîné l'aggravation des dommages. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait reconnu la responsabilité du fournisseur d'électricité qui avait été assigné par le couple sur le fondement du régime de responsabilité du fait des produits défectueux. Néanmoins, elle a limité l'assiette de réparation des victimes à 60 % de leurs dommages, car l'installation par le couple d'un dispositif jugé non conforme aux normes était constitutive d'une faute ayant entraîné l'aggravation du dommage.

399. Cette décision fait l'objet d'un pourvoi en cassation. Le pourvoi soutient notamment que la cour d'appel a violé l'article 1386-13 du Code civil[870] en réduisant leur

---

[868] Crim., 30 oct. 1974 : D. 1975, p. 178, note R. SAVATIER ; JCP 1975, II 18038, obs. L. MOURGEON ; RTD civ. 1975, p. 713, obs. G. DURRY – sur renvoi, v. CA Lyon, 6 juin 1975 : D. 1975, p. 415, note R. SAVATIER ; JCP 1976, II 18322, obs. L. MOURGEON – Req., 3 janv. 1935 : S. 1938, 1, p. 137 – Civ., 27 févr. 1953 : GPL 1953, 2, p. 11 – Chambéry, 22 déc. 1947 : D. 1948, p. 172 – CA Angers, 19 janv. 1955 : JCP 1958, II 8531 – TGI Laval, 13 févr. 1967 : D. 1968, p. 39, note M. LE ROY – CA Paris, 11 mai 1968 : GPL 1968, 2, p. 118.

[869] Civ. 1re, 2 juin 2021, n° 19-19.349.

[870] Art. 1386-13 du C. civ. devenu art. 1245-12 du C. civ.

indemnisation parce qu'ils avaient commis une faute qui, pourtant, n'a pas contribué à la réalisation du dommage, mais à son aggravation. La Cour de cassation devait répondre à la question de savoir si la faute de la victime qui a aggravé le dommage sans pour autant le causer pouvait conduire à exonérer partiellement le responsable. Au visa de l'article 1386-13 ancien du Code civil, la Cour de cassation répond par la négative et casse l'arrêt de la cour d'appel dès lors que la « faute (…) n'avait pas causé le dommage et l'avait seulement aggravé ».

400. La Haute juridiction retient alors que la faute de la victime ne permet l'exonération que si elle a véritablement *causé* le dommage. Les juges en déduisent alors que la faute ayant, non pas causé, mais seulement aggravé le dommage, ne saurait permettre une exonération, même partielle, du producteur du produit défectueux.

401. Si cette jurisprudence a été jugée comme opportune, se limitant au régime spécifique des produits défectueux,[871] elle peut néanmoins se justifier en dehors même de ce régime spécifique. Par définition, il est possible d'exonérer, précisément parce qu'une cause étrangère, est entrée en concurrence avec le fait générateur initial, de sorte qu'elle a contribué à la réalisation du préjudice, justifiant logiquement que l'auteur du dommage initial n'assume que la part de préjudice qu'il aurait causé. C'est pourquoi d'ailleurs, l'appréciation d'une potentielle cause d'exonération s'effectue *a posteriori*, dans un second temps, après examen des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile. L'exonération partielle du moins, revient à un partage de responsabilité qui découle par nature du fait que dans la survenance d'un même préjudice, il y a eu une concurrence entre le fait du débiteur et une autre cause pour la réalisation.

402. L'appréciation de l'exonération n'est alors justifiée que parce que les conditions de la responsabilité sont réunies à l'égard de l'auteur du fait générateur initial. En d'autres termes, l'existence même d'une cause exonératoire est subordonnée à l'existence d'un fait générateur initial, qui n'est pas imputable à la cause étrangère, quelle qu'elle soit.

[871] V. en ce sens E. PETITPREZ, « Aggraver n'est pas causer : retour sur la faute de la victime comme cause d'exonération du producteur d'un produit défectueux », art. cit.

403. On en déduit qu'en principe, la faute de la victime exonératoire doit s'apprécier, avant ou plus tard, au moment de la production du dommage. Or, en matière d'obligation de ne pas aggraver son dommage, la faute de la victime se produit après la réalisation du dommage initial : elle n'entre pas en concurrence avec le fait du débiteur. Ainsi, ce fondement semble étranger à la question de l'aggravation du dommage dès lors qu'elle renverrait à une faute de la victime postérieure au fait générateur initial. C'est la raison pour laquelle certains auteurs[872] ont refusé de fonder l'obligation de ne pas aggraver son dommage sur la faute : en se basant sur le fait que les causes exonératoires interviennent antérieurement à la production du dommage, ils affirment que le comportement aggravant le dommage initial ne pouvait s'assimiler à une cause exonératoire.

404. Propos transitifs. Il semblerait que le comportement *aggravant* ne puisse pas constituer une cause d'exonération, dès lors que *stricto sensu*, cette question ne se pose qu'après la survenance du fait dommageable initial et la réalisation du dommage initial. Néanmoins, une telle affirmation ne tient pas compte de la diversité des situations : d'où l'intérêt de procéder à une seconde distinction.

B. Préjudices distincts et préjudice unique

405. Aggravation du dommage : la dualité des situations. En dépit de la distinction entre aggraver et causer, rappelons que la jurisprudence a déjà pu considérer que le refus postérieur au fait et dommage initiaux, pouvait être fautif lorsqu'il n'était ni dangereux ni douloureux[873]. Or, à notre sens, cette possibilité ne peut être admise que si le fait de la victime, en aggravant le dommage, ne crée pas de préjudice distinct du premier, si bien qu'il peut être considéré qu'il y n'y a qu'un seul préjudice final, auquel la victime a contribué. Les auteurs[874] qui étaient opposés à fonder l'obligation de ne pas aggraver son dommage sur la faute de la victime, dans ce contexte, ne convainquent que partiellement. Comme STARCK a pu l'affirmer, il y a lieu de distinguer entre le dommage initial et le

[872] V. ce sens P. JOURDAIN, « Rapport introductif. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », art. cit., v. spéc. p. 6, n° 13 et 14 ; S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, p. 153, n° 257.
[873] Req. 3 janv. 1935 : S. 1938, 1, p. 137 – Civ., 27 févr. 1953 : GPL 1953, 2, p. 11 – Chambéry, 22 déc. 1947 : D. 1948, p. 172 – CA Angers, 19 janv. 1955 : JCP 1958, II 8531 – TGI Laval, 13 févr. 1967 : D. 1968, p. 39, note M. LE ROY – CA Paris, 11 mai 1968 : GPL 1968, 2, p. 118.
[874] P.-Y. GAUTIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD civ. 1995, p. 798, v. spéc. p. 822, n° 44 ; v. également – mais plus nuancée – G. VINEY, « Chronique : responsabilité civile », art. cit.

dommage aggravé qui ont chacun une cause distincte[875]. Par cette affirmation, STARCK considère que lorsqu'il est une aggravation, cela conduit à la création de nouveaux préjudices, distincts du premier, découlant par ailleurs de causes distinctes. Néanmoins, si cette affirmation est parfois vraie[876], elle ne se vérifie pas toujours : partant, il est des situations où le dommage initial et son aggravation ne constituent qu'un seul et même dommage[877]. Ainsi, il se peut que le comportement de la victime, en aggravant le dommage initial, ne crée pas de nouveaux préjudices, mais fusionne avec le préjudice initial causé par la faute du débiteur.

406. La mise en perspective avec la faute exonératoire uniquement en cas de préjudice unique. La mise en perspective du refus ayant aggravé le dommage avec la faute exonératoire n'est à notre sens cohérente que si le dommage initial et le dommage aggravé constituent un seul et même dommage. Ainsi, s'il est impossible d'identifier des préjudices distincts et d'en déterminer les causes respectives, il y a lieu de parler de *contribution* au dommage final. En d'autres termes, l'affirmation en vertu de laquelle seule la faute qui a contribué à la réalisation du préjudice peut être perçue comme une cause exonératoire, excluant toutes les fautes qui auraient aggravé le dommage initial doit être nuancée. Lorsque le refus, en aggravant le dommage initial, cause un seul et unique dommage, il contribue alors à la réalisation du préjudice final qui est *unique*. Ainsi, fonder en toutes circonstances l'obligation de ne pas aggraver son dommage sur la faute de la victime, ne convainc pas : il faut tenir compte de la dualité des situations. Pour sanctionner le comportement aggravant par le prisme de la faute de la victime, il suffirait ainsi de « reconnaître la spécificité de la faute de la victime postérieure au fait dommageable initial et contributive au seul dommage final »[878]. À l'inverse, un tel raisonnement ne peut trouver à s'appliquer lorsque le dommage initial et le dommage aggravé sont distincts et découlent de causes distinctes qui peuvent être déterminées[879]. Dans ce dernier cas, il y aura lieu de raisonner en termes de causalité, et non d'exonération.

[875] B. STARCK, art. cit, n° 12.
[876] V. en ce sens E. PETITPREZ, « Aggraver n'est pas causer : retour sur la faute de la victime comme cause d'exonération du producteur d'un produit défectueux », art. cit.
[877] Sur la pluralité de causes à l'origine d'un dommage de façon générale, v. E. PETITPREZ, « Les causes étrangères : dualisme ou division de la causalité ? », art. cit.
[878] S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, p. 154, n° 258.
[879] Sur la pluralité de causes à l'origine d'un dommage de façon générale, v. E. PETITPREZ, « Les causes étrangères : dualisme ou division de la causalité ? », art. cit.

407. L'exclusion justifiée de la distinction en jurisprudence. La Cour de cassation, du moins en matière de consentement médical, ne fait nullement la différence : dès lors qu'il n'existe pas pour la victime d'obligation de ne pas aggraver le dommage, celle-ci ne peut lui être opposée pour diminuer son droit à réparation, peu importe que le dommage initial et le dommage aggravé soient distincts et découlent de causes distinctes[880]. Ce raisonnement, s'il présente, d'un point de vue technique, quelques incohérences, s'explique néanmoins. En effet, au regard de la jurisprudence actuelle, le refus de se soumettre à un acte médical, n'a, en tout état de cause, aucune influence sur le droit à réparation. Dans cette logique, la distinction devient superfétatoire en pratique car en définitive, cela ne changerait rien à la solution des juges qui refusent en toutes circonstances de sanctionner le refus de se soumettre à un acte médical. La distinction n'est alors nécessaire que dans l'hypothèse où il est admis que le refus de se soumettre à un acte médical peut limiter le droit à réparation. Partant, l'affirmation selon laquelle la transposition dans notre droit français d'une obligation de minimiser son dommage n'a pas d'utilité, « compte tenu de la suffisance de la faute de la victime ou du fait du créancier »[881], n'est à notre sens vrai que si le refus de la victime a aggravé le dommage initial, sans nécessairement créer de préjudice distinct.

408. Le droit français offre des mécanismes d'exonération traditionnellement admis, en dehors de toute règle particulière concernant l'aggravation du dommage, qu'il est utile d'exploiter afin d'offrir une solution qui permettrait de transcender les deux situations, selon les distinctions proposées.

II. Mise en œuvre de la faute exonératoire

409. Lorsque la victime a contribué à la réalisation de son dommage, il est en principe admis que son indemnisation soit limitée à hauteur du rôle causal de son comportement. Avant d'apprécier souverainement les conséquences de la faute de la victime, les juges du fond doivent établir le lien de causalité entre cette faute et le dommage[882]. Ainsi, pour que

[880] C'est le cas dans les arrêts rendus en la matière : v. par ex. Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 ; Crim., 27 sept. 2016, n° 15-83.309 ; Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203.
[881] Y. LE MAGUERESSE, *op. cit.*, Chapitre II, « La portée pratique des comportements fautifs », pp. 95-134, § 96.
[882] Lamy, Le droit de la responsabilité, Lamy expert, 279-23.

le fait de la victime puisse exonérer le débiteur de sa responsabilité, il faut qu'il ait joué un rôle causal dans la réalisation du préjudice (A), et qu'il ait été fautif (B).

A. Le rôle causal du refus de se soumettre à un acte médical

410. Il n'est juste de considérer la chaîne de causalité rompue que si la victime, en adoptant un comportement irraisonnable, a contribué à la réalisation du préjudice. S'il est utile de rappeler l'exigence du lien causal entre la faute de la victime et le préjudice (1), il faut être certain qu'il ne soit pas reproché à la victime ses prédispositions, qui sont susceptibles de jouer un rôle dans la réalisation du préjudice (2).

1. L'appréciation du lien causal

411. Propos liminaires. Lorsque le refus de soins a contribué à la réalisation du préjudice, cela conduit à rompre, au moins partiellement, le lien de causalité entre la faute du défendeur, et le préjudice. Or, lorsque la victime, par sa faute, a contribué à la réalisation du préjudice, il est admis, du moins dans le cadre du régime du fait personnel, que le débiteur à réparation soit partiellement exonéré[883]. La causalité juridique est une appréciation qu'ont le plus souvent à connaître les tribunaux. Cela veut dire que la Cour de cassation exerce un contrôle sur une telle appréciation[884]. Lorsqu'il y a lieu de rechercher si la faute imputée à une personne est bien intervenue dans le processus dommageable, le pouvoir d'appréciation est traditionnellement reconnu aux juges[885], qui n'entendent pas s'enfermer dans un système moniste, raison pour laquelle les décisions rendues en la matière sont assez hétéroclites.

412. La dualité[886] des théories proposées par la doctrine. Ainsi, la principale difficulté vient du fait que la notion de causalité ne fait pas l'objet d'une approche unitaire, et la jurisprudence française est partagée entre deux théories : la théorie de la causalité

[883] V. P. BRUN, Rép. civ. Dalloz, v° Responsabilité du fait personnel – fait personnel générateur du dommage, n° 127.
[884] V. not. Civ. 2e, 5 avr. 1965 : D. 1965, p. 737, note P. AZARD – Crim., 31 mars 1987 : D. 1987, IR, p. 113 – Civ. 2e, 19 juin 2003 : Bull. civ. II, n° 204.
[885] V. par ex. Civ. 2e, 16 déc. 1970 : Bull. civ. II, n° 348 – Civ. 2e, 9 juill. 1997, n° 95-20.799 : RCA 1997, n° 327.
[886] Il en existe d'autres, telles que celle de l'empreinte continue du mal, bien moins souvent évoquée. Nous ne tiendrons compte que des deux principales, qui ont partagé la jurisprudence.

adéquate et la théorie de l'équivalence des conditions. La théorie la plus permissive est la théorie de l'équivalence des conditions, développée par un juriste allemand Von Buri. Selon cette théorie, sont considérés comme étant des causes juridiques, tous les évènements perçus comme une condition *sine qua non* de la réalisation du dommage. Ainsi, tous les faits sans lesquels le dommage ne se serait pas réalisé sont considérés comme ayant un lien de causalité avec le dommage. La théorie de la causalité adéquate[887], plus restrictive, conduit à ne prendre en considération que les faits qui devaient « selon le cours normal des choses », produire le dommage.

413. Une application dualiste par les juges. Alors que la doctrine a avancé plusieurs systèmes, la jurisprudence n'en a jamais adopté un clairement. On peut néanmoins en esquisser des tendances. Ainsi, en matière de responsabilité pour faute, la préférence semble plus marquée pour l'équivalence des conditions alors qu'en matière de responsabilité objective, c'est la théorie de la causalité adéquate qui domine. Si cette présentation dualiste est celle qui reflète le plus la réalité, elle ne rend que partiellement compte des solutions positives. En effet, le large pouvoir conféré aux juges en matière d'appréciation du lien causal, les conduits à rendre des solutions d'opportunité en fonction du résultat recherché.

414. Ainsi, notre droit de la responsabilité a adopté la théorie la plus libérale[888] pour définir le lien de causalité[889]. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, par son arrêt en date du 27 mars 2003[890], a mis en évidence l'existence du lien causal « par application du principe de l'équivalence des causes dans la production du même dommage en matière de responsabilité délictuelle ». Or la théorie de l'équivalence des conditions permettrait efficacement d'établir que le comportement de la victime a rompu le lien causal entre le préjudice et le fait générateur initial, si bien qu'un partage de responsabilité doit pouvoir s'opérer. Ainsi, même lorsque le refus de la victime aggrave le dommage, la

[887] La théorie de la causalité adéquate est également l'œuvre de la doctrine allemande, et notamment de Von Kries et Rümelin.
[888] En ce sens que les juges peuvent opter pour l'une ou l'autre, en fonction du régime de responsabilité, mais de l'opportunité.
[889] V. en ce sens, S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, Chapitre II « Les fondements généraux de l'obligation de minimiser les dommages », § 96 ; Civ. 2e, 2 juin 2005 : Bull civ. II, n° 146 ; JCP G 2006, I 111, n° 6, obs. P. STOFFEL-MUNCK.
[890] Civ. 2e, 27 mars 2003 : Bull. civ. II, n° 76 ; JCP G 2003, IV 1935 ; G. VINEY, « Chronique : responsabilité civile », art. cit., n° 13.

théorie de l'équivalence des conditions permettrait de ne pas considérer que la faute la plus grave, celle du professionnel de santé, absorbe la faute la plus légère, celle consistant à refuser l'acte médical. En pratique, la faute de la victime pourrait permettre de laisser à sa charge la partie du préjudice qu'elle a causé[891].

415. Alors, on ne voit pas ce qui, en théorie, empêcherait de prendre en considération le comportement de la victime dans l'établissement du lien de causalité. Certes, il s'agit ici d'une conception extensive de la causalité, notamment lorsque le dommage final est le résultat d'un dommage initial aggravé[892]. Néanmoins, elle conduit à des solutions moins iniques, et par ailleurs conformes à la tendance des juges en matière de responsabilité subjective.

416. Ainsi, lorsque le comportement de la victime a contribué à la réalisation du préjudice, rien n'empêche, en théorie, qu'il en soit tenu compte dans l'établissement de la chaîne de causalité. De façon générale, l'établissement du lien causal ne pose pas de difficulté particulière, en ce que, si des difficultés peuvent être soulevées, elles ne sont pas propres au droit médical, mais irriguent l'ensemble du droit de la responsabilité. Néanmoins, il est des facteurs qui ont vocation à influer sur l'étendue du dommage, qui ne peuvent être imputés ni à la victime, ni même au défendeur. C'est notamment le cas, dans notre matière, des prédispositions de la victime.

2. Prédispositions de la victime

417. Propos liminaires. En certaines hypothèses, l'identification des évènements ayant contribué ou aggravé le dommage peut soulever quelques difficultés. En effet, de nombreux facteurs interviennent et participent à l'amélioration ou l'aggravation de l'état de santé de la personne. Il s'agit notamment de l'état de santé général du patient ou de ses prédispositions, ce qui, en pratique, influe également sur l'établissement du lien de causalité. En ce sens, les prédispositions renvoient à « toute particularité génétique,

[891] V. en ce sens, S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, Chapitre II « Les fondements généraux de l'obligation de minimiser les dommages », § 249.
[892] Selon une approche plus opportune, en faveur de la victime, la théorie de la causalité adéquate aurait conduit à considérer que la faute du débiteur a été la cause principale de réalisation du préjudice : sans sa faute, le dommage n'aurait pas pu être aggravé, et n'aurait alors jamais existé.

physiologique, psychologique ou comportementale de nature à influer sur le risque de dommage »[893].

418. Les prédispositions de la victime ne sont pas des causes d'exonération. La question de l'incidence des prédispositions de la victime sur son droit à réparation, dans l'absolue, a trouvé aisément une réponse dès lors que seul le fait fautif de la victime est susceptible d'être une cause d'exonération. Cela veut dire qu'il n'est pas possible de reprocher à la victime ses prédispositions, et de les lui opposer pour réduire son droit à indemnisation. Ainsi, les prédispositions de la victime n'étant pas constitutives d'une faute, elles ne peuvent naturellement pas exonérer le défendeur. Une telle solution fait l'objet d'une jurisprudence constante[894]. La Haute juridiction, censurant une décision de la cour d'appel, a ainsi pu retenir que « le droit de la victime à obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable »[895]. Pour considérer le refus de soins comme exonératoire, il faut alors être certain, *in fine*, de ne pas reprocher à la victime sa fragilité, ses prédispositions dont l'existence ne lui est nullement imputable et qui ne peut en toute logique constituer une faute civile.

419. L'incidence de prédispositions sur le quantum de réparation : cas particuliers. Pour autant, il est des situations particulières où les prédispositions ont une incidence sur le *quantum* de la réparation. Tel est le cas lorsque les prédispositions se sont déjà traduites par des manifestations extérieures mesurables, antérieurement à la réalisation du dommage[896], sauf si le fait dommageable « transforme radicalement la nature de l'invalidité préexistante »[897]. Ainsi, lorsque les prédispositions se manifestent

---

[893] S. HOCQUET-BERG, « Les prédispositions de la victime », in *Études offertes à Hubert Groutel. Responsabilité civile et assurances*, Litec, coll. Mélanges, 2006, p. 169.

[894] V. Civ. 2e, 19 juil. 1966 : D. 1966, Jur., p. 598, note M. LEROY ; JCP G 1966, II 14902, note R. MEURISSE – Civ. 1re, 28 oct. 1997, n° 95-17.274 : Bull. civ. I, n° 298 ; JCP G 1998, I 144, obs. G. VINEY ; RTD civ. 1998, p. 123, obs. P. JOURDAIN – Civ. 2e, 10 nov. 2009, n° 08-16.920 : Resp. civ. et assur. 2010, étude 3, note N. MARTIAL-BRAZ.

[895] Civ. 2e, 10 nov. 2009, n° 08-16.920 : Resp. civ. et assur. 2010, étude 3, note N. MARTIAL-BRAZ.

[896] V. Civ. 2e, 13 janv. 1982, n° 80-15.897 : Bull. civ. II, n° 9, JCP G 1983, II, n° 20025, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE – Civ. 2e, 13 juill. 2006, n° 04-19.380 : Resp. civ. et assur. 2006, comm. 361, note S. HOCQUET-BERG ; RTD civ. 2007, p. 128, obs. P. JOURDAIN.

[897] Civ. 2e, 19 juill. 1966, JCP G 1966, II 14902, note R. MERUISSE ; D. 1966, Jur., p. 598, note M. LEROY ; RTD civ. 1967, p. 154, obs. G. DURRY.

avant la réalisation du dommage, sans le transformer de façon évidente, il est très difficile, voire impossible, de distinguer les préjudices causés par les prédispositions de ceux provoqués par le comportement de la victime.

420. Une difficulté pratique. Si, sur le plan théorique, la question de savoir si les prédispositions sont des causes exonératoires a nettement été tranchée et ne pose pas de difficulté particulière, sur le plan pratique, cela est plus complexe, dès lors qu'il est parfois difficile de déterminer les causes. Ainsi, l'influence des prédispositions de la victime - s'il en est - sur l'étendue du dommage, a vocation à remettre en cause le caractère certain du lien de causalité entre la passivité de la victime et le dommage. C'est donc sur le terrain de l'incertitude du lien causal qu'il faut raisonner : existe-t-il des moyens permettant de contourner les difficultés liées à l'absence de certitude du lien de causalité ? Sans être chose aisée, il reste possible d'établir des liens de causalité, quoiqu'incertains. La Cour de cassation a déjà eu recours à certains critères en cas d'incertitude. Notamment « elle refuse de retenir l'existence d'un lien de causalité quand il lui paraît trop lâche ou trop incertain »[898]. Il a par exemple déjà été retenu que lorsque le fait est insusceptible d'entraîner rationnellement l'enchaînement causal, la causalité est écartée[899]. Cela traduit l'exigence traditionnellement admise par le droit positif d'un lien de causalité relativement certain. Si les juges ne sont pas enclins pour l'heure à adopter des raisonnements défavorables aux patients victimes, une telle possibilité reste envisageable dès lors qu'elle dépend du résultat recherché par les juges[900]. Il faudrait alors espérer un assouplissement des règles trop sévères envers le débiteur. Ainsi, s'il est parfois difficile d'établir le lien causal entre le refus et l'apparition des nouveaux préjudices constituant une aggravation du préjudice initial, l'appréciation faite par les juges, doit permettre d'établir le lien de causalité, surtout lorsque, dans notre hypothèse de travail, le lien de causalité repose sur des considérations scientifiques.

[898] P. JOURDAIN, « Causalité : les limites raisonnables de l'équivalence des conditions », note sous Civ. 2e, 8 nov. 2007, n° 06-19.655 : RTD civ. 2008, p. 307.
[899] Civ. 1re, 30 sept. 1997, n° 95-16.500 : Bull. civ. I, n° 259.
[900] V. par ex. Civ. 2e, 16 déc. 1970 : Bull. civ. II, n° 348 – Civ. 2e, 9 juill. 1997, n° 95-20.799 ; RCA 1997, n° 327.

421. Propos transitifs. En outre, le comportement de la victime, en l'occurrence le refus de se soumettre à un acte médical préconisé, doit, pour exonérer le défendeur, avoir été fautif.

B. Le caractère fautif du refus de se soumettre à un acte médical

422. On peut à ce stade se demander comment le juge appréciera le caractère fautif du refus de soins lequel consiste en l'exercice d'un droit pour éviter la réalisation ou encore son aggravation dès lors que, sur ce dernier point, les préjudices nés de l'aggravation ne se distinguent pas du préjudice initial. Pour ce faire, il convient de mettre en perspective le refus avec la faute simple de droit commun (1). Toutefois, compte tenu de la particularité du statut de patient victime, et de sa vulnérabilité, il est utile d'envisager la faute consistant en un refus au regard d'un régime spécial. Dans ce contexte, il y a lieu d'analyser le refus dans ses rapports avec la faute caractérisée (2).

1. Le refus dans ses rapports avec la faute simple

423. Critères traditionnels de qualification de la faute civile. Si traditionnellement, la faute de la victime dans le cadre de la responsabilité du fait personnel est exonératoire, la Cour de cassation ne cesse de rappeler, depuis 1997, que, le refus de se soumettre à un acte médical étant un droit, il ne peut être considéré comme fautif. De ce fait, il ne peut jamais exonérer le professionnel de santé. Sauf à ce que le refus consiste en la violation d'une norme légale déterminée, tel que c'est le cas pour les vaccins : dans ce cas de figure, théoriquement, la faute civile peut être retenue sans trop de difficulté.

424. Néanmoins**,** cela est bien plus délicat lorsque le refus de soin ne consiste pas en la violation d'une norme légale déterminée. Ou plus encore, lorsque le comportement de la victime consiste en l'exercice d'un droit tel que c'est le cas pour le refus de se soumettre à un acte médical. La seule voie que le droit nous permet d'emprunter est celle de la faute consistant en la violation de la norme générale de prudence et de diligence. Dans ce cas, il faut déterminer si le comportement, en l'occurrence le refus, est conforme à celui qu'aurait

adopté un adulte normalement avisé[901]. Ainsi, de façon générale, la faute sanctionne une erreur de conduite qui s'apprécie *in abstracto*, au regard d'un comportement de référence. En matière délictuelle, la faute constitue un manquement aux devoirs de prudence et de diligence consacrés par les articles 1240-1241 du Code civil, tel que l'exprimaient MM. MAZEAUD et CHABAS[902]. Par ailleurs, la faute peut consister soit en une commission[903], soit en une omission[904]. Le refus, par nature, constitue un acte d'omission.

425. Or, comment considérer qu'un refus de se soumettre à un acte médical est imprudent alors même qu'il consiste en l'exercice d'un droit que la loi protège ? La difficulté tient alors à déterminer le modèle de conduite dans notre hypothèse précise de travail. En effet, il n'est pas chose aisée de concevoir que le refus de soins puisse être fautif, alors qu'il est autorisé par la loi elle-même. Sauf à ce qu'il puisse exister une limite à une telle position, conduisant à admettre que le refus ne puisse être fautif qu'à titre d'exception, dans des situations bien particulières.

426. Il y a lieu de rappeler dans ce contexte que le but de la thèse n'est pas de remettre en cause le principe de liberté, salutaire au regard de la primauté de la personne humaine, mais de le réguler, de sorte à trouver une solution intermédiaire, qui prenne en considération les différents intérêts en jeu. Il faudrait donc percevoir la qualification de la faute comme un outil de rationalisation du droit de consentir. Il convient donc de trouver un critère de qualification de la faute qui permettrait à la fois d'apprécier le caractère légitime du refus, qui ne remette pas en cause le principe en vertu duquel tout individu est fondé à refuser de se soumettre à un acte médical, et de ne pas sacrifier excessivement les intérêts du débiteur.

427. Critères de qualification appliqués au refus de soin. Le caractère raisonnable du refus de soins doit être apprécié au regard de caractéristiques objectives, conformément

[901] Pour rappel, la faute civile est soit la violation d'une norme légale déterminée, soit la violation de la norme générale de prudence et de diligence. Ainsi, il y a faute civile soit lorsqu'une loi ou un règlement a été violé, soit lorsque le comportement était contraire à celui qu'aurait adopté un adulte normalement avisé. V. P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 6e éd., 2023, p. 205.
[902] F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, t. II., vol. 1, Montchrestien, coll. Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud, 9e éd., 1998, n° 465.
[903] Ou acte positif.
[904] Ou acte d'abstention.

aux critères d'appréciation de la faute retenus par le droit positif[905]. La faute relève d'un comportement imprudent, dès lors qu'elle fait l'objet d'une appréciation in abstracto, en référence au comportement d'un adulte normalement avisé[906].

428. Or qu'est-ce que la prudence, si elle ne relève pas de la mesure ? Le refus d'un acte médical qui aurait été sans risque et douleur pour la victime et qui aurait nettement amélioré son état de santé, ne relève-t-il pas de la prudence ? Les solutions jadis adoptées par la jurisprudence paraissaient empreintes de mesure, ce qui manque aujourd'hui aux solutions retenues : d'où l'intérêt de plaider pour leur réintroduction. Certes, comme le soulignait VINEY[907], ne pas distinguer entre les différents actes permettait d'éviter toute discussion sur le caractère bénin ou risqué de l'intervention dès lors que certains actes courants avaient entraîné des risques graves[908]. Néanmoins, il faut au moins laisser aux juges, le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'envisager une telle hypothèse, au risque de conduire quasi systématiquement à des solutions iniques à l'égard du débiteur.

429. Cette possibilité permet de préserver le principe d'inviolabilité du corps humain et celui du principe de réparation intégrale, dès lors que les critères d'appréciation du modèle de conduite à adopter limitent *de facto* les cas où le refus serait fautif. Ainsi, en effet, on ne saurait reprocher à la victime d'éviter des soins s'ils sont lourds, pénibles, ou qui ne présentent pas un bilan bénéfices-risques suffisamment avantageux. C'est d'ailleurs ce que DEMOGUE appelle les « actes volontaires raisonnables de la victime » dont les conséquences ne peuvent être imputées à l'auteur du fait générateur initial[909].

430. H. et L. MAZEAU rejoignent cette idée en précisant qu'« il semble qu'il y ait là une question de mesure et qu'il faille se fonder sur le caractère dangereux ou douloureux du traitement et de l'opération ». Et d'ajouter que « la victime est en droit de se refuser à toute intervention qui lui fait courir un risque et il faut admettre que ce risque existe dans

[905] Ass. plén., 9 mai 1984 : Bull. civ., n° 2 et 3 ; R., p. 104 ; GAJC, 11e éd., n° 186 ; D. 1984, p. 525, concl. X. CABANNES, note F. CHABAS ; JCP 1984, II 20256, note P. JOURDAIN ; RTD civ. 1984, p. 508, obs. J. HUET.
[906] Malgré un silence des articles 1240 et 1241 du Code civil, la faute consiste soit en la violation d'une norme légale déterminée, soit en la violation de la norme générale de prudence et de diligence, laquelle est appréciée *in abstracto*.
[907] G. VINEY, note sous Civ. 2e, 19 mars 1997.
[908] Référence à l'affaire du sang contaminé.
[909] R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 464.

toute opération comportant une anesthésie. Elle peut également s'opposer à toute opération ou traitement que son caractère douloureux ferait appréhender à un individu normal. En dehors de ces situations, son refus consiste en une faute ». Si, par exemple, le médecin préconise à son patient de porter un atèle et que ce dernier ne s'y emploie pas, contribuant à la réalisation du dommage ou entraînant son aggravation, l'abstention du patient relève de l'imprudence et il ne semble pas disproportionné que l'étendue de son indemnisation soit réduite.

431. À propos de l'aggravation du dommage, DEMOGUE avait souligné à juste titre qu'il existe « un devoir d'arrêter le dommage si on le peut (…). Ainsi, à un droit rigide se substitue un droit solidariste, obligeant la victime à travailler modérément dans l'intérêt général, c'est-à-dire pour empêcher le dommage de continuer »[910]. Dans la même lignée, TUNC retenait aussi que « la victime ne peut assister passive au déclenchement de plusieurs conséquences de la faute, mais doit réagir de toute sa vigueur d'homme contre ses conséquences dans la mesure où elles aggraveraient le dommage »[911].

432. Bien que ces propositions doctrinales soient antérieures à l'introduction dans le Code civil de l'article 16-3, elles n'en demeurent pas moins justes, dès lors qu'il est admis que le droit de consentir à un acte médical, ne doit pas systématiquement conduire, sur le terrain de la responsabilité civile, à mettre à la charge du débiteur les préjudices qui n'ont pas été provoqués par sa faute.

433. Que le refus de la victime contribue à la réalisation du dommage, ou à son aggravation, porte atteinte aux intérêts d'autrui. Un tel comportement, à la lumière de la définition de la faute civile, pourrait bien constituer une faute de sa part dès lors que cette attitude de la victime traduit tout du moins, un comportement déloyal envers le débiteur qui se retrouve à supporter le poids de l'imprudence de la victime. Cette approche est d'ailleurs renforcée par le fait que le médecin est tenu d'informer le patient des risques d'un refus de se soumettre à l'acte médical qu'il préconise, et même de le convaincre de

[910] *Ibid.*, n° 463 bis.
[911] A. TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on droit réparation », art. cit.

s'y soumettre[912]. Sous réserve d'apporter la preuve d'une information dument délivrée, l'imprudence ne serait, dans ce contexte, que plus évidente.

434. Si certains auteurs, tels que M. FASQUELLE[913], affirment que la victime ne fait que subir un manquement du débiteur de l'obligation de réparer, et que la priorité est de sanctionner la faute du responsable, à notre sens, cela n'exclut nullement que la faute puisse être opposée à la victime, dès lors que son comportement, ayant joué un rôle causal dans la réalisation du préjudice, est contraire à celui qu'aurait eu une personne normalement avisée.

435. Il est alors certain que, si les solutions rendues en 1997 et 2003, qui abandonnent la distinction entre la nature des actes - dont se déduisait le caractère fautif du refus - sont éminemment respectueuses des intérêts de la victime, elles sont, dans une certaine mesure, excessives. Et bien que ces solutions s'expliquent notamment par l'introduction de l'article 16-3 du Code civil, et l'adoption de la loi du 4 mars 2002 qui consacre explicitement le droit de consentir, le refus de soins ne doit pas pouvoir échapper aux mécanismes classiques de la responsabilité, s'il relève d'un comportement imprudent ou irraisonnable, à plus forte raison lorsque cette imprudence emporte, de façon démesurée, des conséquences néfastes sur le débiteur. Ainsi, alors que la jurisprudence était majoritairement approuvée par la doctrine[914], la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a, de façon regrettable, opéré, en 1997, un revirement de jurisprudence. Pourtant, comme le soulignait R. SAVATIER, il n'est pas concevable que « sous prétexte que les juges sont dans l'impossibilité de contraindre un malade résistant à s'imposer des soins (…) d'en déduire qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de reconnaître une faute à sa charge ». Et d'ajouter que « ne pas le reconnaître c'est méconnaître la technique de notre droit (…). La liberté de l'homme bloque les pouvoirs matériels du juge ! Mais elle ne désarme pas sur les conséquences d'une inaction fautive ».

[912] Art. L. 1111-4 du CSP.
[913] D. FASQUELLE, R. MESA, « Les fautes lucratives et les assurances de dommage », RGDA 2005, p. 351.
[914] V. en ce sens B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1346 et s ; Crim., 30 oct. 1974 : D. 1975, Jur., p. 375 cité par J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs » qui renvoient également à la doctrine opposée à la jurisprudence d'avant 1997 : en ce sens, P.J. DOLL, « Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures », JCP 1990, I 2351.

436. La réintroduction des critères autrefois utilisés par la Cour de cassation, et donc à un retour à la jurisprudence antérieure est souhaitable. Non seulement la position antérieure de la jurisprudence a le mérite de faire naître un certain équilibre, mais au surplus, elle est conforme à la définition de la faute civile. En effet, il apparaît que la distinction entre la nature des actes et leurs conséquences nous permet d'apprécier légitimement le caractère prudent ou diligent du refus. Par ailleurs, l'exigence liée à la prudence, ou à la raison est par nature subordonnée à la mesure, ce qui milite de toute évidence en faveur d'une régulation le droit de consentir et non de sa *stérilisation*. Il faut alors concentrer l'attention, comme le faisait la Cour de cassation avant sa jurisprudence de 1997, sur la faute de la victime.

437. Partant, comme la Haute juridiction retenait jadis, s'« il ne peut être reproché à la victime d'avoir refusé une intervention lourde ou douloureuse, et de nature à engendrer « certains risques et est d'issue aléatoire »[915], il doit être à l'inverse possible d'imputer à la victime une faute lorsque le refus portait sur une intervention bénigne, ne causant aucune gêne appréciable, et qui aurait amélioré son état de santé, car comme l'affirmait R. SAVATIER, « il serait choquant que ce refus créât, pour les ayants cause de son auteur, un droit à indemnité intégrale »[916].

438. Les faits d'espèce des arrêts rendus en 2003 sont assez évocateurs : suivre les recommandations de son médecin consistant à procéder à une rééducation orthophonique et à faire un suivi psychologique, qui ne sont ni lourds, ni invasifs, ni douloureux, constituent des mesures raisonnables de sorte qu'il ne paraît pas disproportionné de réduire l'indemnisation de la victime en fonction de la part du préjudice qui aurait disparu si la victime avait été *observante*. Il appert alors tout à fait cohérent de considérer qu'un tel refus est constitutif d'une faute de nature à exonérer le débiteur dès lors que la chaîne de la causalité est partiellement rompue entre sa faute et le préjudice.

439. Par ailleurs, à la lumière de ce que prévoyait le projet Catala pour la matière contractuelle, il y aurait lieu, afin de réguler le droit de refuser manifestement préjudiciable aux intérêts d'autrui, d'introduire une exigence de proportionnalité : selon ledit projet les

[915] P. JOURDAIN, « Quelle est l'incidence du refus, par la victime, d'une intervention chirurgicale sur l'indemnisation de son dommage ? », RTD civ. 1997, p. 675.
[916] R. SAVATIER, note sous CA Lyon, 6 juin 1975 : D. S. 1976, Jur., p. 415, v. spéc. p. 416, a.

mesures pour modérer son préjudice devaient être « raisonnables et proportionnées »[917]. Une telle définition n'est pas sans faire écho à la faute civile, appréciée in abstracto, traduisant un comportement contraire à celui qu'aurait adopté une personne normalement avisée, soit une attitude déraisonnable. Ce parallèle avait déjà implicitement été fait par DEMOGUE qui, à la question de savoir si la victime était en faute si elle ne prenait pas les mesures nécessaires pour diminuer son dommage, répondait sans équivoque que « l'affirmative ne fait pour nous aucun doute »[918]. Néanmoins, une telle approche n'est malheureusement pas dans l'air du temps. Outre les solutions actuelles, dans le sillage des débats doctrinaux et jurisprudentiels sur l'exonération, le projet de réforme apporte une précision importante : il prévoit qu'en cas de préjudices corporels, seule la faute lourde est exonératoire[919]. Cette règle se situe dans la même lignée que les jurisprudences actuelles, dès lors qu'elle conduit à un renforcement accru de la protection des victimes de dommages corporels et va encore plus loin, ce qui ne satisfait point.

440. Appréciation *in concreto* ? On peut se demander en outre, si une appréciation *in concreto* ne serait pas plus adaptée à notre hypothèse de travail. En effet, en pratique, pour apprécier le plus exactement le caractère légitime du refus de se soumettre à un acte médical, il doit nécessairement être tenu compte de l'état général du patient, qu'il soit psychique ou physique, ce qui renvoie à une certaine subjectivité dans l'appréciation de la faute. L'investissement, par exemple, d'un patient dans une thérapie, peut être ressenti comme n'étant pas pénible alors que pour un autre patient, au regard de critères physiques tels que l'âge ou encore psychologiques, peut être ressentie comme un traitement lourd, et donc invasif. La question se pose alors de savoir si l'évaluation devrait tenir compte des aspects peu perceptibles chez le patient, ce qui pourrait soulever des difficultés probatoires. De façon générale, tenir compte d'éléments subjectifs revient à se livrer à une appréciation plus précise, ce qui de prime abord, paraît séduisant. Néanmoins, outre le fait que la faute est approchée de façon objective par le Droit au bénéfice de la victime, une appréciation subjective serait de nature à remettre en cause le principe d'égalité entre les victimes.

[917] Avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, p. 149.
[918] R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 463 *bis*.
[919] Art. 1254 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile : « Le manquement de la victime à ses obligations contractuelles, sa faute ou celle d'une personne dont elle doit répondre sont partiellement exonératoire lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du dommage. En cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle ».

441. Une appréciation susceptible de conduire à rompre l'égalité entre les victimes. Le choix d'apprécier la faute objectivement a le mérite de sauvegarder l'égalité entre les victimes, exigence consacrée par le Conseil constitutionnel[920]. À l'inverse, une appréciation *in concreto* a l'inconvénient de rompre d'égalité entre les victimes, ce qui n'est pas satisfaisant, d'autant plus que le critère lié au bilan bénéfices-risques que suggère l'appréciation *in abstracto* tient déjà compte des critères propres à la personne dès lors qu'il varie nécessairement en fonction des caractéristiques de la personne. Il en est de même lorsqu'il est question d'apprécier la pénibilité de l'acte.

442. La prise en considération d'éléments purement personnels, dans l'absolue, n'est pas souhaitable. Pour être qualifié de fautif, il est préférable de ne tenir compte que des critères médicaux, ce qui permettrait, semble-t-il, de trouver un équilibre entre la liberté du sujet de droit, et les intérêts du débiteur, sans risquer de rompre l'égalité entre les victimes. Cette approche est finalement celle qui est admise traditionnellement. C'est pourquoi le raisonnement vis-à-vis de la nature des actes paraît méritoire : il est en cohérence avec la définition de la faute civile, dès lors qu'il conduit à une appréciation objective.

443. Propos transitifs. En outre, on peut par ailleurs réfléchir à l'opportunité de recourir à un régime spécial imposant une faute non pas simple, mais caractérisée, dès lors que le patient est considéré comme une personne vulnérable, ce qui pourrait impliquer qu'il ne soit pas traité comme une victime ordinaire.

2. Le refus dans ses rapports avec la faute caractérisée

444. Propos liminaires. Compte tenu du caractère vulnérable du patient, la question peut se poser légitimement de savoir si un régime particulier ne pourrait pas lui être appliqué conduisant à exiger, que, pour être opposable à la victime, la faute doive être caractérisée. Selon cette approche, une faute simple ne suffirait pas à exonérer le défendeur

[920] Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC : dans cette décision, le Conseil constitutionnel rappelle que si le législateur peut apporter des limitations au principe général de responsabilité pour faute dont la valeur constitutionnelle a été consacrée par le Conseil constitutionnel en 2005 (Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC : D. 2006, p. 826, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO), il ne doit pas méconnaître le principe d'égalité entre les victimes. D'autres limites ont par ailleurs été prévues par la décision.

de sa responsabilité. Il pourrait en effet sembler utile que les juges préfèrent une faute caractérisée, permettant ainsi de limiter davantage les hypothèses où le refus serait opposable au patient, préservant le caractère supérieur du refus.

445. Cela supposerait alors de prendre en considération, certains éléments, dont l'élément moral, alors que la qualification de la faute civile, traditionnellement n'en dépend pas[921], sauf dans certaines hypothèses identifiées. Il faut alors se demander quels pourraient être les critères d'appréciation de la faute subjective opposable au patient pour limiter son droit à réparation. Certains régimes spéciaux en responsabilité civile, dont la mise en œuvre est subordonnée à la qualification de faute caractérisée, peuvent apporter quelques éléments de réponse.

446. Faute sportive. Que l'on songe à la faute sportive, qui, pour être retenue, doit revêtir une certaine gravité : cette exigence a été rappelée dans le rapport annuel de la Cour de cassation en 2003, qui retient qu'on doit admettre dans le cadre du sport « qu'une faute d'un certain niveau de gravité mesuré à l'aune du type de sport pratiqué »[922]. Ainsi, il ressort de la jurisprudence que la faute consiste soit en la violation délibérée des règles du jeu,[923] soit en la réalisation d'actes intentionnels de violence[924]. Ces jurisprudences attestent qu'*in fine*, la faute sportive, au sens du droit civil, est subordonnée à l'intentionnalité.

447. Faute du salarié. On peut également se référer à la faute de l'employé : pour que ce dernier puisse voir sa responsabilité engagée à l'égard de son employeur, il doit avoir commis une faute lourde. Cette dernière implique, pour être retenue, que l'employé ait eu l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise, comme le rappelle

[921] Sur l'intention de nuire, v. Civ. 2e, 23 nov. 1972 : GPL 1973, 1, p. 417, note P.-J. DOLL – Civ. 2e, 2 avr. 1997, n° 95-14.687 P : D. 1997, p. 411, note B. EDELMAN ; D. 1998, Chron., p. 183, J.-P. GRIDEL ; JCP 1998, II 10010, note J. BIGOT – sur la faculté de discernement v. Ass. plén., 9 mai 1984 : Bull. civ. ass. plén., n° 2 et 3 ; R., p. 104 ; GAJC, 11e éd., n° 186 ; D. 1984, p. 525, concl. X. CABANNES, note F. CHABAS ; JCP 1984, II 20256, note P. JOURDAIN ; RTD civ. 1984, p. 508, obs. J. HUET.

[922] Pour une application récente de cette exigence v. Civ. 2e, 14 juin 2018, n° 17-20.046 qui retient que seul un fait ayant pour objet de porter sciemment atteinte à l'aléa inhérent au pari sportif est de nature à engager la responsabilité d'un joueur, et, le cas échéant, de son club, à l'égard d'un parieur.

[923] V. par ex. Civ. 2e, 5 oct. 2006, n° 05-18.494.

[924] V. par ex. Civ. 2e, 20 nov. 2014, n° 13-23.759.

systématiquement la Haute juridiction[925]. Ce qui est intéressant dans cette position c'est de voir que le salarié, ici en position de vulnérabilité vis-à-vis de son employeur, est particulièrement protégé, ce qui n'est pas sans faire écho au patient, considéré comme une personne vulnérable, du moins dans le cadre de la relation qui le lie à son médecin.

448. Néanmoins, les critères liés à l'intentionnalité ou à la brutalité ne peuvent être appliqués à notre hypothèse de travail. Notamment, ces fautes caractérisées constituent des faits générateurs de responsabilité : l'intentionnalité ou la brutalité sont supposées être portées à l'égard d'une tierce personne victime. Le refus de soins exprimé par la victime ne peut *a priori* jamais constituer un comportement brutal ou revêtir une intention de nuire à une autre personne, fût-ce le défendeur. On voit mal comment ces critères pourraient trouver à s'appliquer aux patients qui refusent de se soumettre à un acte médical dont les effets sont avant tout néfastes pour lui. Ces exemples restent en revanche intéressants, dès lors qu'ils montrent d'une part qu'il existe des régimes dont la mise en œuvre est subordonnée à l'existence d'une faute caractérisée, et, d'autre part, que la vulnérabilité justifie cette dérogation à l'exigence d'une faute simple.

449. Faute de la victime dans les accidents de la circulation. En revanche, la faute de la victime exonératoire dans le cadre du régime de responsabilité des accidents de la circulation pourrait mieux s'adapter au refus de soins du patient. Cette illustration mérite une attention particulière, car elle permet un parallèle plus évident avec notre hypothèse de travail.

450. En effet, la prise en considération de l'élément moral concerne l'incidence de la faute commise par la victime sur son indemnisation. Notamment, l'alinéa 1er de l'article 3[926] de la loi du 5 juillet 1985[927] encadrant le régime du fait des accidents de la circulation, dispose que seule la faute inexcusable de la victime non conductrice d'un accident peut la priver de son indemnisation. Les alinéas 2 et 3 du même article retiennent

[925] V. par ex, Soc., 22 oct. 2015, n° 14-11.291.
[926] Art. 3, al. 1er de la L. n° 85-677, 5 juill. 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation : « Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident ».
[927] L. n° 85-677, 5 juill. 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

que pour les victimes les plus faibles, c'est-à-dire de moins de 16 ans ou de plus de 70 ans et, quel que soit leur âge, les personnes affligées d'un taux d'incapacité au moins égal à 80 %, seule une faute intentionnelle est de nature à faire échec à leur indemnisation[928].

451. Ce régime, nous le voyons, est extrêmement protecteur de la victime dès lors que cette dernière est considérée comme vulnérable. Il est évident qu'une telle protection est de surcroît encouragée par le jeu des assurances obligatoires. En droit médical, les assurances dont bénéficient les professionnels de santé ne semblent pas s'opposer à un tel mécanisme, même s'ils ne doivent pas tout justifier[929]. Ainsi, le parallèle avec ce régime semble de prime abord séduisant dès lors qu'il consiste à protéger la victime dans une situation de vulnérabilité.

452. Partant, le patient ne serait pas considéré comme une victime de droit commun dont la faute simple exonérerait le responsable, mais comme une victime vulnérable qui nécessiterait une protection particulière et donc des conditions d'exonération plus strictes. Cette proposition a le mérite d'apporter des réserves très limitées à l'absence d'incidence du refus, ce qui a pour effet de préserver *a maxima* le droit de refuser. En d'autres termes, une telle proposition conduit à limiter les hypothèses d'exonération, ce qui en même temps sauvegarderait le caractère supérieur de l'inviolabilité du corps humain, et ne ferait pas systématiquement peser sur le débiteur les conséquences des choix qui ne lui appartiennent pas. Reste à savoir si les critères d'appréciation de la faute inexcusable peuvent s'adapter à notre hypothèse.

453. Refus et faute inexcusable. Dans deux arrêts récents rendus le 28 mars 2019[930], la Cour de cassation rappelle ce qu'est une faute inexcusable. Dans le premier arrêt, la

[928] Art. 3, al. 2 de la L. n° 85-677, 5 juill. 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation : « Les victimes désignées à l'alinéa précédent, lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 p. 100, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis » ; art. 3, al. 3 de la L. n° 85-677, 5 juill. 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation : « Toutefois, dans les cas visés aux deux alinéas précédents, la victime n'est pas indemnisée par l'auteur de l'accident des dommages résultant des atteintes à sa personne lorsqu'elle a volontairement recherché le dommage qu'elle a subi ».

[929] V. supra, n°319 et 354.

[930] Civ. 2e, 28 mars 2019, n° 18-14.125 et n° 18-15.855 ; 28 mars 2019, n° 18-15.168.

Cour de cassation retient, dans un attendu de principe, que « seule est inexcusable au sens de ce texte (L. n° 85-677, 5 juill. 1985, art. 3) la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience ». L'arrêt confirme alors une définition de la faute inexcusable adoptée depuis plusieurs décennies par la jurisprudence.

454. Pour caractériser la faute inexcusable, il faut donc démontrer l'existence d'une faute délibérée, d'une exceptionnelle gravité, supposant ainsi une conscience de l'acte commis ainsi qu'une imprudence, une violation des règles du Code de la route présentant un degré de gravité hors du commun et peu fréquente[931]. Par ailleurs, il faut que la victime se soit exposée sans justification à un danger, menaçant son intégrité corporelle, dont elle aurait dû avoir conscience. Dans le second arrêt, la Cour de cassation rappelle en outre que la caractérisation d'une faute excusable n'est pas suffisante pour exonérer le responsable, encore faut-il qu'elle soit la cause exclusive du dommage.

455. Sur les critères de qualification de la faute inexcusable, on voit mal comment cela peut s'adapter à notre hypothèse de travail. S'il peut être démontré que celui qui refuse l'acte médical a conscience de l'acte commis, sous réserve de la preuve que le médecin a rempli son devoir d'information, et que son refus menace son intégrité corporelle, les autres critères semblent difficiles à vérifier. Le caractère exceptionnel de la gravité de la faute ne peut dépendre que de la nature des actes en question : il faudrait alors que le bilan bénéfices-risques et la nature des actes penchent nettement en faveur du patient qui les refuse. S'il semble difficile d'appréhender la gravité des actes, le doute se dissipe pour les autres critères. Notamment, pour les victimes des accidents de la circulation, il est exigé qu'elles aient violé le Code de la route.

456. Or, dans notre cas, quel texte serait violé ? En l'occurrence, aucun, dès lors que le refus consiste en l'exercice d'un droit octroyé par la loi. Par ailleurs, il ne doit exister aucune raison valable à refuser l'acte médical. Or il y a toujours des raisons à refuser un acte médical, quel qu'il soit. Peut-être que la légitimité du refus pourrait, encore une fois, s'évaluer en fonction de la nature des actes. Toujours est-il que le refus, à la lumière des

[931] V. en ce sens M.-C. LAMBERT-PIÉRI, P. OUDOT, Rép. civ., v° Responsabilité : régime des accidents de la circulation, n° 125.

jurisprudences rendues en matière d'accident de la circulation, doit être la cause exclusive du dommage.

457. Il semblerait que le parallèle avec la faute inexcusable, s'il est séduisant, car protecteur de la personne vulnérable, ne s'adapte pas bien au refus de se soumettre à un acte médical. En effet, on ne voit pas trop quel *critérium* parmi ceux que nous offre le droit, pourrait s'adapter à notre objet de travail. Par ailleurs, cette alternative ne nous paraît pas indispensable dès lors que les critères d'appréciation du caractère fautif du refus liés à la nature de l'acte refusé permettent déjà de limiter les hypothèses où le refus serait qualifié de fautif.

Conclusion du §1

458. Malgré une position quelque peu contestable à certains égards, l'invocation de la faute de la victime, — à la supposer qualifiée —, comme cause exonératoire, dès lors qu'elle ne fait qu'utiliser un droit qui lui est garanti par la loi et la Constitution, suggère une solution mesurée, et doit, pour assurer un équilibre entre les intérêts du défendeur et ceux du demandeur, et préserver la cohérence du droit de la responsabilité civile français, conduire à une analyse poussée des circonstances d'espèce. Il est alors difficile de nier les propos de M. AZARD qui évoque un devoir, à la charge de la victime d'un délit ou quasi-délit, de « lutter contre l'adversité et de coopérer à l'œuvre indemnitaire en évitant tout préjudice évitable »[932]. Ainsi, le refus de se soumettre à un acte médical ne doit pas être sans incidence sur le droit à réparation, s'il a contribué à la réalisation du préjudice. S'il existe un droit de refuser tout acte médical, la liberté ne rime pas avec absence de contrainte : sur le terrain de la responsabilité civile, le droit de refuser ne doit conduire qu'à interdire une sorte de réparation en nature qui viendrait obliger *manu militari* le patient à accepter l'acte médical préconisé.

459. Dès lors que le principe qui prévaut est celui en vertu duquel seule la faute de la victime peut conduire à l'exonération[933], le refus doit alors revêtir un caractère fautif pour limiter le droit à réparation. Celui-ci est caractérisé dès lors qu'il consiste en la violation

[932] Note sous CA Montpellier, 9 déc. 1965 : D. 1967, p. 477 cité par D. GENCY-TANDONNET, art. cit.
[933] Civ. 1re, 17 janv. 2008, n° 06-20.107 : D. 2008, p. 1256, note A. DUMÉRY : « Seule la faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité ».

d'une norme légale déterminée, tel que c'est le cas lorsque l'acte médical est imposé par la loi. En matière de consentement aux soins, cela concerne uniquement les vaccins imposés par la loi. Aussi, s'il n'existe pas de devoir légal d'accepter un acte médical, il suffit de se rappeler que la faute ne consiste pas seulement en la violation d'une norme légale déterminée, mais s'apprécie également, en l'absence de loi ou de règlement, *en* référence à un comportement avisé. Raison pour laquelle, il est proposé que le refus soit mis en perspective avec les causes traditionnelles d'exonération.

460. Il reste qu'il ne peut à l'évidence systématiquement être qualifié comme tel, au risque de conduire au déclin du principe de liberté de se soumettre à un acte médical. Il est donc nécessaire que les propositions ne conduisent non pas à dénaturer le droit de consentir, mais à le réguler. C'est pourquoi l'appréciation du caractère raisonnable du refus, lequel serait fonction de la nature des actes et du bilan bénéfices-risques paraît tout à fait adapté. Les critères liés à la nature des actes et au bénéfice-risque autrefois utilisés par la Cour de cassation ont été abandonnés par les arrêts de 1997[934], ne laissant présager aucune évolution dans un futur proche. Néanmoins, leur réintroduction dans le droit positif français est souhaitable. En effet, elle permettrait que les intérêts du débiteur ne soient pas mis en péril démesurément, participant par ailleurs à la responsabilisation du patient devenu acteur de sa santé, et répondant à la fonction moralisatrice du droit de la réparation du dommage. Il reste que, l'incidence du refus sur le dommage revêtant plusieurs réalités qui ne peuvent être soumises aux mêmes règles, la présente étude propose plusieurs distinctions.

461. En ce qui concerne le refus qui a contribué à la réalisation du dommage, il n'y a pas de difficultés théoriques particulières : il peut être mis en perspective avec la faute exonératoire, dès lors qu'il a *participé* à la réalisation du dommage. Néanmoins, la question était moins évidente en ce qui concerne le refus qui aurait aggravé le dommage, dès lors que les mécanismes d'exonération ne s'appliquent qu'aux comportements ayant contribué à la réalisation du dommage[935]. Or le refus qui a aggravé le dommage initial n'a pas contribué à la réalisation du dommage[936]. Mais cela ne se vérifie pas

[934] Civ. 2e, 19 mars 1997, n° 93-10.914 : RTD civ. 1997, p. 675, note P. JOURDAIN.
[935] Civ. 1re, 2 juin 2021, n° 19-19.349.
[936] B. STARCK, art. cit.

systématiquement[937]. Partant, il est des situations où le dommage initial et son aggravation ne constituent qu'un seul et même dommage[938]. Il devient alors possible, dans cette hypothèse, de sanctionner l'obligation de ne pas aggraver son dommage sur le terrain de la faute de la victime, dès lors qu'elle est *contributive* au dommage final[939]. Fonder en toutes circonstances l'obligation de na pas aggraver son dommage sur la faute de la victime, comme l'ont proposé de nombreux auteurs ne convainc pas. L'obligation de ne pas aggraver son dommage est caractérisée par un dualisme dont il faut tenir compte pour ne pas conduire à des solutions incohérentes. Ainsi, tant le refus qui a contribué à la réalisation du dommage, que celui qui l'a aggravé en ne créant pas de préjudice distinct du préjudice initial, peuvent être mis en perspective avec la faute de la victime exonératoire, appréciée au regard de la nature de l'acte et du bilan bénéfices-risques.

462. Il reste que subsistait un doute, rapidement dissipé, quant à la suffisance de ces critères objectifs. Il aurait pu être utile, pour apprécier justement le caractère prudent du refus, de tenir compte de l'état général du patient, y compris de son état psychique. Cette difficulté aurait pu être palliée par la consécration d'un régime d'indemnisation spécial pour le patient, tel que cela a été fait par la loi Badinter concernant les victimes d'accident de la circulation, qui, pour voir leur indemnité diminuer, doivent avoir commis une faute inexcusable. Dès lors que ce régime spécial s'explique par le caractère vulnérable des victimes concernées, et par le jeu des assurances propres à la matière, il était opportun d'admettre que de tels impératifs puissent s'adapter à notre hypothèse d'étude. Néanmoins, si la proposition paraît séduisante au regard du statut du patient, on ne saurait déterminer quel serait, parmi les critères admis par le droit, celui qui pourrait s'adapter à notre hypothèse de travail. Les critères objectifs, liés à la nature des actes en question restent alors les plus convaincants. Ainsi, on ne peut qu'approuver la suggestion des frères MAZEAUD qui affirmaient que le refus était constitutif d'une faute dès lors qu'il ne concernait pas un acte « qui lui fait courir un risque » ou qui était *normalement*[940] douloureux[941].

---

[937] V. en ce sens E. PETITPREZ, « Aggraver n'est pas causer : retour sur la faute de la victime comme cause d'exonération du producteur d'un produit défectueux », art. cit.
[938] Sur la pluralité de causes à l'origine d'un dommage de façon générale, v. E. PETITPREZ, « Les causes étrangères : dualisme ou division de la causalité ? », art. cit.
[939] V. en ce sens S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, p. 154, n° 258.
[940] Selon la formule de H. et L. MAZEAUD : « Elle peut également s'opposer à toute opération ou traitement que son caractère douloureux ferait appréhender à un individu *normal* ».
[941] H. et L. MAZEAUD, et A. TUNC, *op. cit.*, p. 470, n° 1474-2.

463. Si la possibilité de qualifier le refus de fautif reste envisageable, du moins théoriquement, il y a également lieu de raisonner en termes de causalité, au stade, cette fois-ci, des conditions de mise en œuvre de la responsabilité.

§2. Le refus dans ses rapports avec la théorie de la causalité au stade de l'examen des conditions

464. La théorie de la causalité, analysée au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, permet de résoudre la problématique liée à l'incidence du refus de soins sur le droit à réparation, lorsque l'omission de la victime n'a non pas contribué à la réalisation du dommage, mais aggravé le dommage initial. Dans cette hypothèse, le lien de causalité entre le fait dommageable initial et le préjudice peut être rompu par le comportement de la victime postérieur au premier et qui influe alors sur l'étendue du second.

465. S'il n'est plus à démontrer que l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage méconnaît l'exigence liée au lien de causalité, sa transposition dans notre droit interne serait toutefois incompatible avec les règles et mécanismes propres au droit français. Formulé autrement, si les effets de l'introduction de l'obligation de ne pas aggraver son dommage sont souhaitables - notamment parce qu'une telle transposition conduirait à préserver davantage le principe de réparation intégrale et que cette obligation se montre plus soucieuse de l'équilibre entre le débiteur et le créancier - sa transposition, quant à elle, n'est pas requise parce qu'elle irait en tout état de cause à rebours de l'exigence liée à la causalité.

466. Il s'agit alors d'atteindre un résultat qui soit à la fois similaire à la transposition de l'obligation de ne pas aggraver le dommage, et par ailleurs conforme aux principes qui gouvernent le droit de la responsabilité civile français. Ainsi, la proposition avancée est celle que de nombreux auteurs préconisent déjà, supposant un raisonnement en termes de causalité[942], dès lors que le refus a aggravé le dommage. Afin de contourner les arguments

[942] V. en ce sens Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 : RDC 2015, n° 03, p. 461, obs. J.-S. BORGHETTI ; Lexbase Hebdo droit privé, 19 mars 2015, n° 605, obs. C. RADÉ ; Resp. civ. et assur. 2015, comm., n° 134, n° 3, obs. S. HOCQUET-BERG ; GPL 19 mars 2015, n° 78, p. 10, J. GUIGUE ; JCP G 2015, 436, note J. HOUSSIER ; plus généralement, v. en ce sens S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, Chapitre II « Les fondements généraux de l'obligation de minimiser les dommages », § 310 et s.

en défaveur de l'introduction dans notre droit français d'une obligation de ne pas aggraver le préjudice, dont l'application, en tout état de cause, semble ignorer les exigences traditionnelles du droit de la responsabilité civile, il peut utilement être proposé de fonder le refus de se soumettre à un acte médical sur l'exigence liée à la causalité au stade de l'examen des conditions de mise en jeu de la responsabilité civile.

467. Il ne s'agit alors pas de considérer le refus comme une cause d'exonération, mais comme un évènement qui vient rompre, au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité, le lien causal entre au moins une partie des préjudices, et la faute du professionnel de santé. Peu importe alors que le refus soit fautif ou non : l'enjeu est d'écarter la responsabilité du médecin pour les préjudices qui ne découlent pas de son fait, mais du comportement de la victime postérieur au fait générateur initial.

Néanmoins, ce raisonnement ne s'adapte pas à l'ensemble des refus ayant aggravé le dommage initial. Ce pour quoi, à nouveau, avant de mettre en perspective le refus avec le lien de causalité (II), une distinction doit être opérée (I).

I. Préjudices distincts et préjudice unique

468. Propos liminaires. Tout d'abord, il convient de souligner que la mise en perspective du refus avec le lien de causalité n'a d'utilité que si ce dernier est envisagé dans ses rapports avec le refus ayant entraîné une aggravation du dommage. *A contrario*, lorsqu'il est contributif à la réalisation du préjudice final[943], il ne peut pas être analysé au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, tel que le rappelle l'arrêt du 2 juin 2021[944] déjà cité[945]. Partant, le raisonnement en termes de causalité paraît davantage cohérent avec la conception du droit français : un comportement qui a aggravé le dommage, *in fine*, n'a pas contribué à la réalisation du dommage de sorte qu'il ne peut être appréhendé au stade de l'exonération, mais en amont, au moment des conditions de mise en jeu de la responsabilité.

[943] Tel est le cas, pour rappel, lorsque le refus a été antérieur ou concomitant au fait générateur initial, ou encore lorsqu'il y a été postérieur, mais qu'il n'a pas créé de préjudices nouveaux, et sans que ne puissent être identifiées les différentes causes.
[944] Civ. 1re, 2 juin 2021, n° 19-19.349.
[945] V. supra, n°398.

469. Fonder le refus de se soumettre à un acte médical sur la causalité conduit à mettre en lumière l'inadaptabilité de la question de l'obligation de ne pas aggraver son dommage. Le refus de la victime de se soumettre à un acte médical, postérieur à la réalisation du préjudice initial, a vocation à rompre le lien de causalité entre le préjudice aggravé et le fait générateur initial.

470. Mais encore faut-il, pour que le refus ayant aggravé le dommage puisse être mis en perspective avec le lien de causalité, qu'il ait conduit à la réalisation de préjudices distincts, découlant de causes différentes qui peuvent être identifiées. Ainsi, il faut à nouveau distinguer entre le refus aggravant qui crée un préjudice distinct du préjudice initial dont les causes sont différentes et ont pu être déterminées, et celui qui ne crée pas de préjudices distincts du premier. On s'en remet alors à la distinction de STARCK qui a pu affirmer qu'il y a lieu de distinguer entre le dommage initial et le dommage aggravé qui ont chacun une cause distincte[946], ce qui ne se vérifie néanmoins pas toujours[947], dès lors qu'il est des situations où le dommage initial et son aggravation ne sont qu'un seul et même dommage[948]. Dans ce contexte, si le refus a aggravé le dommage sans créer de dommages distincts du dommage initial, il ne peut être mis en perspective avec le lien de causalité. D'où l'intérêt de l'avoir analysé dans ses rapports avec la faute[949].

471. En revanche, il y a lieu de mettre en perspective, avec le lien de causalité, le refus qui, en aggravant le dommage initial, cause des préjudices distincts nés de causes distinctes qui ont été identifiées. Ce n'est que dans cette hypothèse que pourront être identifiés deux évènements successifs et qu'il sera possible d'écarter la responsabilité du médecin, au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité, pour les préjudices dont la cause est manifestement le comportement de la victime. Outre la jurisprudence, qui de façon cohérente avec sa solution n'opère pas une telle distinction[950], la doctrine[951] qui

---

946 B. STARCK, art. cit.
947 V. en ce sens E. PETITPREZ, « Aggraver n'est pas causer : retour sur la faute de la victime comme cause d'exonération du producteur d'un produit défectueux », art. cit.
948 Sur la pluralité de causes à l'origine d'un dommage de façon générale, v. E. PETITPREZ, « Les causes étrangères : dualisme ou division de la causalité ? », art. cit.
949 V. supra, n°405.
950 V. supra, n° 406.
951 V. notamment S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, Chapitre II « Les fondements généraux de l'obligation de minimiser les dommages », § 310 et s. ; Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 : RDC 2015, n° 03, p. 461, obs. J.-S. BORGHETTI ; Lexbase Hebdo droit privé, 19 mars 2015, n° 605, obs. C. RADÉ ; Resp. civ.

propose de raisonner en termes de causalité fournit une analyse unitaire de l'obligation de ne pas aggraver son dommage, sans distinction entre préjudice unique et préjudice distinct, ce qui ne convainc pas.

472. Ainsi, en matière d'aggravation du dommage, ce n'est que si le dommage initial et le dommage aggravé par l'abstention de la victime sont distincts et découlent de causes distinctes, que le refus peut être envisagé au stade des conditions de mise en jeu de la responsabilité, au regard du lien de causalité.

II. Appréciation du lien de causalité

473. Propos liminaires. Le droit français est hostile à considérer que le refus de se soumettre à un acte médical ayant aggravé le dommage puisse être considéré comme une faute conduisant à limiter le droit à indemnisation de la victime, ce qui a conduit plusieurs auteurs à proposer d'envisager le refus de soin dans ses rapports avec la causalité[952]. Le lien de causalité entre le fait dommageable initial et le préjudice final peut sans doute être rompu par un comportement de la victime qui intervient postérieurement au premier, influant alors sur l'étendue du second.

474. Or, que ce soit en matière contractuelle ou délictuelle, le comportement de la victime postérieurement à l'apparition du dommage n'est pas indifférent quant à l'établissement du rapport de causalité entre le fait dommageable et les préjudices qui en découlent. Si, par une décision arbitraire qui lui appartient, la victime laisse aggraver son dommage, elle rompt le lien de cause à effet, de sorte que le surplus de préjudice ne peut plus être rattaché au fait dommageable initial du médecin[953]. Or les articles 1240 et 1241 posent clairement l'exigence d'un lien de causalité entre le préjudice et la faute du débiteur du droit à indemnisation. Quant à la responsabilité contractuelle, cette exigence ressort assez clairement de l'article 1231-4 du Code civil, qui, même en cas d'inexécution

et assur. 2015, comm., n° 134, n° 3, obs. S. HOCQUET-BERG ; GPL 19 mars 2015, n° 78, p. 10, J. GUIGUE ; JCP G 2015, 436, note J. HOUSSIER.

[952] V. en ce sens Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 : RDC 2015, n° 03, p. 461, obs. J.-S. BORGHETTI ; Lexbase Hebdo droit privé, 19 mars 2015, n° 605, obs. C. RADÉ ; Resp. civ. et assur. 2015, comm., n° 134, n° 3, obs. S. HOCQUET-BERG ; GPL 19 mars 2015, n° 78, p. 10, J. GUIGUE ; JCP G 2015, 436, note J. HOUSSIER.

[953] V. en ce sens J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.

dolosive ou de faute lourde du débiteur, limite la réparation due au créancier aux préjudices qui sont une « suite immédiate ou directe » de l'inexécution. Afin de proposer une solution commune au régime contractuel et au régime délictuel, d'emblée, il convient d'exclure la notion de dommage prévisible (A) afin de privilégier celle de dommage direct (B).

A. Éviction de la notion de dommage prévisible

475. Exclusion du raisonnement au regard du préjudice prévisible. En matière contractuelle, le dommage n'est réparable que s'il est prévisible, et à l'inverse, le dommage imprévisible ne peut faire l'objet d'une indemnisation, tel que le prévoit l'article 1231-3 du Code civil[954]. Et l'appréciation du caractère prévisible se fait *in abstracto*, en référence à la personne raisonnable, placée dans les mêmes conditions. Ainsi, a souvent été considéré[955] que la partie du dommage qui aurait pu être évitée par l'adoption de mesures raisonnables était imprévisible, et donc exclue de la réparation.

476. Néanmoins, outre le fait que la Cour de cassation ne soit que très peu sensible à l'exigence de prévisibilité en matière de responsabilité, comme le témoigne sa jurisprudence relative à la responsabilité des contractants à l'égard des tiers[956], il semblerait que l'analogie entre l'obligation de ne pas aggraver son dommage et la notion de prévisibilité n'est pas satisfaisante en ce qu'elle ne concerne que la matière contractuelle. Partant, si les parties ne sont pas liées par un contrat, il est impossible de recourir à une telle distinction[957].

477. Cela ne concernerait donc que les dommages qui ont été réalisés avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, tel que le prévoit la jurisprudence de 2010[958] qui

---

954 Art. 1231-3 du C. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, (…) ».

955 V. par ex. art. 1760 du C. civ. : « en cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages-intérêts qui ont pu résulter de l'abus ».

956 Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 : Bull. civ. ass. plén., n° 9 ; D. 2006, p. 2825, note G. VINEY ; JCP G 2006, II 10181, avis A. GARIAZZO et note M. BILLIAU ; Resp. et assur. 2006, étude 17, L. BLOCH ; RTD civ 2007, p. 123, obs. P. JOURDAIN ; GAJC, t. I, Dalloz, 12e éd., 2007, n° 177.

957 V. en ce sens S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, Chapitre II « Les fondements généraux de l'obligation de minimiser les dommages », § 299.

958 Civ. 1re, 28 janv. 2010, n° 09-10.992, n° 20 ; GADS 2010, n° 1-2 ; D. 2010, p. 1522, note P. SARGOS ; RDSS 2010, p. 375, obs. F. ARHAB-GIRARDIN ; JCP 2010, n° 41, Chron., 1015, n° 6, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

abandonne la jurisprudence Mercier[959]. Ainsi, tous les dommages réalisés avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 seraient réparés sur le terrain contractuel tandis que tous les dommages postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 seraient réparés sur le terrain délictuel. Dans la mesure où il est souhaitable que l'égalité entre les victimes soit préservée, et que la jurisprudence tend à rapprocher les régimes contractuel et délictuel pour les victimes de dommages corporels, il y a lieu de trouver des critères qui transcenderaient, comme l'avait proposé J.-S. BORGHETTI[960], les responsabilités délictuelle et contractuelle.

B. Notion de dommage direct privilégiée

478. Mise en perspective avec l'exigence d'un dommage direct privilégiée. Il convient alors de s'orienter vers une règle qui s'applique tant dans les rapports contractuels qu'extracontractuels. Ainsi, la mise en perspective du lien de causalité avec l'exigence d'un dommage direct paraît plus judicieuse. L'obligation de ne pas aggraver son dommage peut alors trouver son fondement dans la distinction causale entre le préjudice direct et le préjudice indirect[961]. Nonobstant la nature du régime applicable, délictuel ou contractuel, le dommage n'est réparable que s'il est direct[962]. Le dommage est considéré comme indirect lorsqu'entre sa réalisation et le fait dommageable initial, n'existe pas de lien de causalité suffisant[963] ou, en matière contractuelle, lorsqu'il ne découle pas d'un manquement contractuel[964]. La nécessité de réparer le dommage direct signifie alors que les juges doivent retenir la responsabilité de l'auteur dont la faute a directement entraîné le dommage. L'hypothèse concerne, à la lumière de la distinction faite entre le préjudice initial et le préjudice final distinct, le concours des fautes successives de nature différentes,

---

[959] Civ. 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ Mercier : GAJC, t. II, 13e éd., 2015, n° 162.
[960] Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 : RDC 2015, n° 03, p. 461, obs. J.-S. BORGHETTI ; Lexbase Hebdo droit privé, 19 mars 2015, n° 605, obs. C. RADÉ.
[961] P. AZARD, note sous C. Montpellier, 9 déc. 1965 : D. 1967, p. 477 ; A. MICHAUD, art. cit., p. 313 ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises*, GLN Joly, 1992, n° 437, note 497.
[962] V. en ce sens S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, Chapitre II « Les fondements généraux de l'obligation de minimiser les dommages », § 301 ; F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, t. II., vol. 1, Montchrestien, coll. Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud, 8e éd., 1991, n° 683, p. 823.
[963] F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 13e éd., 2022, pp. 1053-1055, n° 927.
[964] D. PHILIPPE, « À propos du dommage direct et imprévisible et des clauses s'y rapportant », RDAI 1995, p. 175 ; et article 1151 du Code civil qui consacre explicitement une telle règle : « dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

qui conduisent à la réalisation de préjudices distincts[965]. Ainsi, si la victime, par son inertie, laisse aggraver son préjudice initial, l'analyse du refus ayant aggravé le dommage initial créant de nouveaux préjudices conduit à identifier deux évènements successifs.

479. Il convient alors d'observer les préjudices à deux niveaux différents. Dans un premier temps, il y a lieu d'apprécier le lien de causalité entre la faute et le professionnel de santé, et dans un second, d'établir le lien de causalité entre le préjudice né de l'aggravation qui doit être la suite directe du refus de la victime. Au stade de la mise en jeu de la responsabilité civile, ce dernier préjudice doit alors être exclu du calcul du montant de la réparation dû à la victime.

480. Et parce que dans cette hypothèse, le lien causal est rompu entre le fait générateur initial et le dommage final, causé par l'inertie de la victime, celle-ci doit supporter les conséquences sans que cela porte atteinte à la réparation intégrale. À défaut, il y aurait un enrichissement sans cause de la victime, ce que le droit positif condamne, au nom du principe de la réparation intégrale.

481. Des difficultés pratiques non décisives. Si le raisonnement en termes de causalité demeure un recours possible, il n'est pas sans soulever de difficultés pratiques. Notamment, il n'est pas toujours aisé de distinguer les préjudices initiaux et ceux nés de l'aggravation. Néanmoins, cette proposition a le mérite de la souplesse dès lors qu'elle permet, au moins dans les cas où cela est possible, de ne pas faire peser sur le débiteur du droit à réparation la charge des préjudices qui ne découlent pas directement de sa faute. M. GAUTIER[966] souligne à ce propos qu'il peut être extrêmement délicat de rechercher la part contributive précise au dommage, découlant du comportement de la victime. Néanmoins, une telle difficulté n'est pas propre à notre matière, elle irrigue l'ensemble du droit de la responsabilité civile. En effet, les juges ont eu à connaître de problèmes plus complexes lorsqu'une pluralité d'évènements a précédé le dommage, ou lorsqu'ils doivent démêler les conséquences causales des accidents en chaîne[967]. Ainsi, cette difficulté n'est

[965] V. en ce sens J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* ; D. GENCY-TANDONNET, art. cit.
[966] P.-Y. GAUTIER, art. cit., p. 822.
[967] V. en ce sens S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, Chapitre II « Les fondements généraux de l'obligation de minimiser les dommages », § 325.

pas concluante. En ce qui concerne les difficultés traditionnellement évoquées, et propres à la notion de causalité, qui tiennent notamment à la question du choix de la théorie à adopter, elles ne se présentent pas ici. En effet, dès lors que l'on se situe au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, et que chaque préjudice a été rattaché à différentes causes, l'enjeu n'est plus de savoir quelle est la théorie à adopter puisque le lien causal est rompu entre les préjudices nouveaux nés de l'aggravation et le fait générateur initial. Autrement dit, il n'y a pas lieu de raisonner au regard des différentes théories de la causalité – équivalence des conditions ou causalité adéquate – dès lors que dans cette hypothèse, chaque évènement – fait générateur initial et passivité de la victime – créé des préjudices bien distincts les uns des autres. *A contrario*, la réflexion aurait été utile si le comportement de la victime et la faute du médecin avaient conjointement contribué à la réalisation des mêmes dommages.

Conclusion du §2

482. Si l'analyse du refus ayant aggravé le dommage dans ses rapports avec le lien de causalité est utile, c'est parce qu'elle renvoie à l'une des conditions essentielles de mise en œuvre de la responsabilité civile. Ne se heurtant à aucun obstacle théorique, le recours à notion de causalité démontre que l'obligation de ne pas aggraver son dommage, au regard des conditions classiques de responsabilité civile, n'a pas sa place dans le droit positif français. L'appréciation de ce lien de causalité devrait permettre au juge d'exclure de la réparation la partie du préjudice que la victime aurait pu éviter sans inconvénient disproportionné pour elle[968].

483. Le raisonnement en termes de causalité ne peut en tout état de cause s'adapter à tous les refus qui aggravent le dommage initial. Cette solution, qui mettrait à l'écart toute question relative à l'obligation de ne pas aggraver son dommage en ce que celle-ci n'est pas adaptée aux conditions prévues par le droit commun de la responsabilité, n'est convaincante que lorsque le refus, qui a aggravé le dommage initial, crée de nouveaux préjudices nés de causes distinctes.

[968] R.-O. DALCQ, *L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle*, RGAR, n° 21, p. 371.

484. Ainsi, il y a lieu, d'identifier, lorsque cela est possible, d'une part, les préjudices nés du fait générateur initial, et d'autre part, les préjudices causés par le refus de la victime de se soumettre à l'acte médical préconisé. Dès lors, l'obligation de ne pas aggraver son dommage, sous réserve de pouvoir identifier des préjudices et des causes distinctes, peut trouver son fondement dans la distinction entre le préjudice direct et le préjudice indirect[969]. Cela conduit à considérer que seuls les préjudices qui découlent du choix personnel de la victime ne seraient pas réparables, à condition que ceux-ci ne se confondent pas avec le dommage initial, pour n'en constituer qu'un seul et unique.

Conclusion de la section I

485. Aussi respectueuses qu'elles soient des intérêts des victimes, les solutions retenues aujourd'hui nous paraissent, d'une part, excessivement protectrices de la victime au détriment du défendeur, et d'autre part, révèlent une certaine méconnaissance des règles et principes traditionnels du droit français de la responsabilité civile. Autant de raisons pour regretter que le refus, qu'il ait contribué à la réalisation du dommage ou qu'il l'ait aggravé ne puisse pas limiter le droit à réparation, fût-ce à titre d'exception, et du moins, en matière délictuelle.

486. Dans une quête de l'équilibre et de la raison, il y a eu lieu de puiser dans le droit commun de la responsabilité, afin de parvenir à des solutions conciliant davantage les différents intérêts en jeu. Pour ce faire ont été mobilisés deux mécanismes, tous deux liés à l'exigence de causalité, condition fondamentale de la responsabilité civile.

487. Le refus a d'abord été analysé dans ses rapports avec la faute de la victime au stade de l'exonération. Il a été démontré que cette possibilité - en vertu des distinctions retenues - n'était envisageable que lorsque le refus était en concurrence avec le fait générateur initial, ou quand le refus a aggravé le dommage initial sans créer de nouveaux préjudices[970]. Le refus a ensuite été mis en perspective avec le lien de causalité, au stade des conditions de mise en jeu de la responsabilité. Ce raisonnement, selon les distinctions

[969] P. AZARD, note sous CA Montpellier, 9 déc. 1965 : D. 1967, p. 477 ; A. MICHAUD, art. cit., p. 313 ; V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 437, note 497.
[970] Dans ce cas de figure, les préjudices nés de l'aggravation fusionnent avec le préjudice initial pour n'en constituer qu'un unique.

proposées, n'est applicable que lorsque le refus a aggravé le dommage initial en créant des préjudices distincts qui découlent de causes différentes.

488. Concernant la faute exonératoire tout d'abord. Certes, on peut comprendre que les juges ne veuillent pas considérer que le refus puisse constituer une faute dès lors qu'il est un droit octroyé par la loi, mais ce droit devrait uniquement impliquer, sur le terrain de la responsabilité civile, qu'aucune réparation consistant à forcer *manu militari* le demandeur à se soumettre à un acte médical ne soit prononcée par le juge. Les suggestions qu'avaient faites Henri et Léon MAZEAU, qui proposaient, pour apprécier le caractère fautif du refus, de se fonder sur le caractère dangereux ou douloureux de l'acte médical en question, nous paraissaient plus soucieuses de l'équilibre entre les intérêts du débiteur et du créancier. C'est d'ailleurs le chemin que la jurisprudence a emprunté avant[971] de revenir, avec regret, sur une solution bien moins mesurée[972].

489. Concernant le raisonnement en termes de causalité, il doit pouvoir conduire, conformément aux articles 1240 et 1241, à écarter du *quantum* de réparation, tous les préjudices nés de l'aggravation du dommage initial causée par le refus de la victime nonobstant son caractère fautif, dès lors que ces préjudices sont distincts et découlent de causes distinctes. Dans cette hypothèse, il suffit de considérer la chaîne causale rompue entre les préjudices nés de l'aggravation et la faute du professionnel de santé.

490. Ces solutions, conformes tant à l'objectif de responsabilisation qu'aux conditions classiques de mise en œuvre de la responsabilité civile, sont empreintes d'une vertu essentielle, sinon fondatrice de tout système juridique : la mesure. Elles conduisent, en outre, non pas à dénaturer le droit de refuser tout acte médical, mais à le réguler, au regard des intérêts du débiteur, qui doivent pouvoir être pris en considération dans le calcul de l'assiette de réparation.

---

[971] V. par ex. Crim., 30 oct. 1974, n° 73-93.381 : JCP 1975, II 18038, note L. MOURGEON – Req. 3 janv. 1935 : S. 1938, 1, p. 137 – Civ., 27 févr. 1953 : GPL 1953, 2, p. 11 – Chambéry, 22 déc. 1947 : D. 1948, p. 172 – CA Angers, 19 janv. 1955 : JCP 1958, II 8531 – TGI Laval, 13 févr. 1967 : D. 1968, p. 39, note M. LE ROY – CA Paris, 11 mai 1968 : GPL 1968, 2, p. 118.

[972] Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203 ; Rapp. C. cass. 2003, p. 460 ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 2004, I 101, n° 9, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; D. 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RGDA 2003, p. 506, obs. J. LANDEL ; Resp. civ. et assur. 2004, chron. n° 2, M.-A. AGARD.

SECTION II. LE REFUS DANS SES RAPPORTS AVEC DES MÉCANISMES VOISINS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

491. Nous entendons par mécanismes voisins, ceux qui ne renvoient pas directement aux conditions classiques de mise en jeu de la responsabilité civile, à savoir, le fait générateur, le préjudice et le lien de causalité.

492. La légitimité de faire intervenir certains mécanismes voisins de la responsabilité civile tient au fait qu'ils sont de nature à rationaliser l'exercice des droits subjectifs, dès lors qu'ils mettent en péril les intérêts d'autrui. Ces instruments de régulation ne sont autres que, d'une part, la théorie de l'abus de droit et d'autre part, les faits justificatifs admis en responsabilité civile, à savoir la théorie de l'acceptation des risques et le consentement de la victime. Au regard de la nature de notre sujet, les deux mécanismes proposés sont ceux qui semblent de prime abord s'adapter à notre hypothèse de travail. Il est ainsi opportun d'envisager le refus de soin dans ses rapports avec la théorie de l'abus de droit (§1), puis dans ses rapports avec les faits justificatifs de responsabilité civile, à savoir le consentement et l'acceptation des risques (§2).

§1. Le refus dans ses rapports avec la théorie de l'abus de droit

493. Dans la mesure où l'abus de droit apparaît comme un moyen de résoudre des conflits entre différents usages d'un même droit, on ne pouvait arguer en faveur d'une plus grande souplesse de la part de la jurisprudence sans solliciter une telle théorie. Le principal avantage de l'abus de droit reste qu'il permet de s'appliquer équitablement aux victimes, tant en matière contractuelle que délictuelle. Ce mécanisme conduit ainsi à offrir une solution unitaire[973], transcendant les deux différents domaines de la responsabilité civile.

494. Sont exclus de cette approche, les refus qui, en aggravant le préjudice initial, ont conduit à la création de préjudices nouveaux découlant de causes distinctes dès lors que cette problématique se résout au stade des contions de mise en œuvre de la responsabilité,

[973] Alors que la théorie de l'abus de droit s'est en tout premier lieu développée en responsabilité délictuelle, pour limiter l'exercice du droit de propriété notamment, elle s'est petit à petit étendue au domaine contractuel. En matière contractuelle, l'abus d'un droit est généralement sanctionné sur le fondement de l'ancien article 1134, alinéa 3 (nouvel article 1104) sur la bonne foi.

par l'éviction, du calcul de l'assiette de réparation, des préjudices dont le lien causal est rompu avec la faute du débiteur. Il convient alors de préciser les contours de la théorie de l'abus de droit (I), avant de la mettre en perspective avec le refus de se soumettre à un acte médical (II).

I. Les contours de la théorie de l'abus de droit

495. Abus de droit et limitation du droit à réparation : doctrine. Le recours à l'abus de droit comme fondement de limitation du droit à réparation a été largement développé dans la doctrine belge[974], notamment parce que contrairement au droit positif français, le droit belge reconnaît l'obligation de minimiser son dommage fondé sur la notion de faute. C'est ainsi que DE BERSAQUES considère que la victime qui ne prend pas les mesures conduisant à limiter son dommage pouvait faire un usage abusif de son droit.

496. À ce titre, il affirme que « le titulaire d'un droit n'est pas fondé à épuiser âprement toutes les prérogatives qu'il lui confère, sans le moindre souci des intérêts de celui à qui il peut l'opposer »[975]. Et M. DELAHAYE d'ajouter que « la victime est tenue de prendre toutes les mesures utiles pour limiter le dommage parce qu'il n'est pas admissible que, par égoïsme ou insouciance des intérêts du débiteur, elle aggrave l'obligation de ce dernier »[976]. La jurisprudence belge se rallie à cette pensée, puisque, en matière d'aggravation du préjudice, elle fait parfois appel à l'abus de droit[977].

497. Du côté de la doctrine française, ATIAS a pu s'exprimer en ce sens : « aucun droit n'inclut la faculté de nuire inutilement, délibérément, sans raison »[978]. Or la victime, en refusant de se soumettre à un acte médical bénin, indolore, qui n'emporte pas de risque pour elle, semble adopter un comportement déviant, lié notamment au phénomène de

[974] V. en ce sens S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, n° 285.
[975] A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », RCJB 1953, p. 281.
[976] T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruylant, 1984, p. 271.
[977] V. en ce sens J. de P. Namur, 14 oct. 1977 : Rev. Rég. Dr. 1978. 495, note M. COIPEL – J. de P. Namur, 28 oct. 1977 : Rev. Rég. Dr. 1978. 415, note M. COIPEL – Liège, 13 févr. 1980 : J. L. 1981. 109, note P. HENRI – Civ. Namur, 18 févr. 1983 : Rev. Rég. Dr. 1983. 329 – Mons, 28 mai 1984 : Pas. 1984. II. 133 – Liège, 8 févr. 1985 : RGAR 1987, n° 11284 cités dans S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, n° 285.
[978] C. ATIAS, art. cit.

l'assurance[979], et nuire ainsi « inutilement » au débiteur du droit à indemnisation. Mais dans le système juridique français, il n'en existe pas d'équivalent notamment parce que la jurisprudence montre son ferme attachement à faire du droit de refuser un droit absolu, or l'abus de droit est une faute.

498. Querelles doctrinales sur le critérium de l'abus de droit. Si l'histoire a donné raison à JOSSERAND, qui a défendu pendant de longues années sa théorie de l'abus de droit[980] face à PLANIOL et RIPERT[981], certains droits échapperaient à tout contrôle. Autrement dit, leur exercice ne saurait jamais être considéré comme abusif. Ces droits sont ceux qu'on appelle droits absolus ou discrétionnaires[982]. La jurisprudence déjà évoquée, sans le dire explicitement, semble faire du droit de refuser un droit absolu, dès lors que son exercice n'est jamais considéré comme fautif. Néanmoins, au regard tant de sa fonction que de ses conséquences, un tel droit ne peut être ni discrétionnaire ni absolu, dès lors que ses effets dépassent la sphère individuelle.

499. En effet, la mise en œuvre de l'abus de droit répond aux exigences classiques de la responsabilité civile délictuelle. Ainsi, il s'inscrit, conformément aux articles 1240 et 1241 du Code civil dans le système de responsabilité pour faute. Dès lors qu'une personne dépasse les limites de l'exercice de son droit, sa responsabilité est mise en jeu parce que l'abus implique une faute. Ainsi, excepté en matière immobilière où l'intention de nuire est exigée pour qualifier l'abus de droit[983] — dès lors qu'une personne raisonnable placée dans la même situation n'aurait pas détourné de sa finalité le droit en question dont elle est titulaire —, la faute est caractérisée.

500. L'abus de droit apparaît comme un moyen d'arbitrage entre différents intérêts contradictoires dès lors qu'il est désigné comme « un instrument de police des droits

[979] D. GENCY-TENDONNET, art. cit.
[980] Théorie initiée en 1905 dans L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, A. ROUSSEAU, 1905 et développée dans L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, 1927.
[981] V. S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*, PUF, coll. Doctrine juridique, 2001, p. 159 et s. ; plus précisément, sur la théorie de PLANIOL, v. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 970 et s.
[982] V. en ce sens A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », RTD civ. 1944, p. 1 et s. ; D. ROEST, « Les droits discrétionnaire, une catégorie juridique en voie de disparition ? », D. 1997, p. 92.
[983] « L'abus de droit », fiche d'orientation, juill. 2022.

subjectifs par rapport à la finalité que leur assigne le droit objectif »[984]. Si le refus de se soumettre à un acte médical ne peut être considéré comme fautif dès lors qu'il consiste en l'exercice d'un droit, on peut émettre l'hypothèse qu'il puisse, dans des cas exceptionnels donc, être exercé abusivement. L'exercice d'un droit peut être un frein à la mise en jeu de la responsabilité dès lors que, comme l'affirmait RIPERT, l'exercice d'un droit subjectif est la « consécration de l'inégalité, celui qui courbe le débiteur devant le créancier, le non-propriétaire devant le propriétaire, l'ouvrier devant le patron… »[985]. Néanmoins, force est de constater qu'il peut conduire à des situations inéquitables au regard des intérêts d'autrui, mettant en exergue le souci d'y remédier.

501. Il en ressort que l'intérêt du recours à la théorie de l'abus de droit est qu'il pourrait salutairement nous conduire à préserver le principe en vertu duquel le refus de se soumettre à un acte médical ne peut être fautif, et à le limiter très exceptionnellement, en cas *d'abus*. Autrement dit, admettre que le refus puisse constituer un abus de droit revient à préserver la primauté humaine qui doit rester supérieure, tout en acceptant que, dans les cas très spécifiques où l'exercice du refus est abusif, le créancier voie son indemnisation diminuée, voire exclue.

502. La doctrine classique admettait qu'il ne peut y avoir de faute si le fait commis consiste en l'exercice d'un droit. Ainsi, il était largement reconnu que *Neminem laedit qui suo jure utitur*[986]. Mais en contradiction avec cette première formulation doctrinale, une autre exigence, qui prévaut désormais, a été formulée : « le droit cesse ou l'abus commence »[987]. Ainsi, il est communément retenu qu'un droit, même conféré par la loi, peut être exercé de façon abusive.

503. Critères de l'abus de droit. La question qui se pose dès lors est celle de savoir à quelles conditions le titulaire d'un droit abuse des prérogatives individuelles conférées par la loi — ici le droit de consentir, ou encore le droit à réparation. Classiquement, deux écoles s'opposent. L'une renvoie à une conception individualiste, alors que l'autre, renvoie à une conception finaliste.

---

[984] P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *op. cit.*, p. 894, n°2213.12.
[985] G. RIPERT, « L'exercice des droits et la responsabilité civile », Rev. crit. législ. et jurispr. 1906, 352.
[986] D'après Gaïus, « Ne lèse personne qui use de son droit ».
[987] L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, 1905.

504. Selon le premier critère, RIPERT et PLANIOL notamment considéraient que l'abus ne peut être qualifié que si le droit a été exercé avec le seul dessin de nuire à autrui, ou que le droit a été exercé à la fois inutilement pour son titulaire et de façon préjudiciable pour le défendeur, ce qui révèle une intention de nuire[988]. D'ailleurs, l'intention de nuire a fondé les premières décisions en matière d'abus de droit : il s'agissait du droit de propriété[989]. Mais un tel critère est apparu trop réducteur, car il ne permettait pas de sanctionner tous les droits, dès lors pourtant que leur exercice n'était pas satisfaisant.

505. Sur le second critérium, JOSSERAND notamment, s'opposant à PLANIOL et RIPERT soutient que l'abus de droit est « l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité »[990]. Un tel critère implique une double exigence : elle conduit tout d'abord à déterminer quel était le but poursuivi par la prérogative attribuée à son titulaire, et d'identifier ensuite les mobiles qui ont conduit le titulaire à exercer son droit d'une certaine manière. Cela revient en réalité à recourir au critère lié au motif légitime de l'abus de droit. S'il est identifié un motif légitime l'abus ne saurait être caractérisé. À l'inverse, si aucun motif légitime n'a pu être identifié, l'exercice du droit en question sera qualifié d'abusif. Une telle approche large de l'abus de droit permettrait d'expliquer les décisions qui sanctionneraient l'abus de droit.

506. Plus simplement, le premier critérium est celui qui rassemble l'intention de nuire et l'inutilité : ainsi, l'abus de droit est caractérisé dès lors que le droit est exercé sans intérêt licite et sérieux, dans le seul but de nuire à autrui. Le second critérium est celui du détournement du but économique ou social : ainsi, est abusif le droit qui est exercé dans un but autre que celui qui a été assigné par la loi[991].

507. La jurisprudence ne se rallie à aucun de ces deux critériums en particulier. La jurisprudence est restée étrangère à cette querelle doctrinale. Le critère de l'abus varie

[988] G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le Traité de M. PLANIOL*, t. 2, 1957, n° 978.
[989] On peut citer l'affaire DOER, Colmar, 2 mai 1855, dans laquelle un propriétaire construit sur son toit une fausse cheminée afin de masquer la vue de ses voisins ; ou encore l'affaire des ballons dirigeables ou Clément BAYARD, req. 3 août 1915, cités par C. MINGAM, A. DUVAL, « L'abus de droit, état du droit positif », Revue juridique de l'Ouest 1998, p. 351.
[990] L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Dalloz, 2e éd., 1939, n° 237, 305 et s.
[991] V. M. DESSERTEAUX, *Abus de droit ou conflits de droit*, Hachette livre, 1906.

selon les droits en cause[992]. Comme le relevait à juste titre CAPITANT, reprenant ce que JOSSERAND remarquait déjà[993], « Pour les uns, ce sera l'intention de nuire pure et simple (…), pour d'autres, ce sera la faute plus ou moins grave ; pour d'autres enfin, l'absence de motif légitime »[994]. Autrement dit, il peut être caractérisé dès que la personne qui en est titulaire dépasse l'exercice assigné par la loi, dans le seul but de nuire à autrui [995] ; lorsque l'exercice d'un droit est contraire à un comportement de référence ; ou encore quand le titulaire du droit l'exerce sans motif légitime, ou bien inutilement. En tout état de cause, la notion d'abus de droit, par nature, est plurielle, ce dont témoignent les solutions jurisprudentielles[996].

II. Mise en œuvre de l'abus de droit

508. L'opportunité d'exclure le critérium lié à l'intention de nuire en faveur du critère lié au détournement du but social ou économique, et celui lié à l'inutilité ou au défaut de motif légitime. Si c'est l'intention de nuire qui est retenue, envisager l'abus de droit comme fondement de la sanction du refus de se soumettre à un acte médical demeure incertain, voire impossible. En effet, le patient, lorsqu'il refuse un acte médical préconisé, ne le fait certainement pas dans l'intention de nuire à autrui. D'ailleurs, les conséquences néfastes d'un refus de soins préconisé par le médecin ont avant tout des répercussions sur l'état de santé de celui qui refuse l'acte médical de nature à améliorer son état de santé. Or la volonté première du malade n'est-elle pas d'atténuer sa souffrance ? Si, en revanche, c'est le critère du détournement de la fonction sociale ou économique, ou encore l'inutilité qui est retenue, cela permettrait de s'affranchir de l'exigence liée à l'intentionnalité, difficilement qualifiable en la matière.

509. Le critère lié au détournement de la fonction sociale ou économique privilégiée. C'est ainsi uniquement au regard des critères dégagés par L. JOSSERAND que va être apprécié le caractère abusif du droit de refuser l'acte médical, c'est-à-dire le détournement de la fonction sociale ou économique ainsi que le défaut d'un motif légitime.

[992] L. CADIET, P. LE TOURNEAU, Rép. civ. Dalloz, v° Abus de droit, 2015, n° 28.
[993] L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, 2e éd., *op. cit.*, n° 266.
[994] Cité par L. CADIET, P. LE TOURNEAU, Rép. civ. Dalloz, v° Abus de droit, 2015, n° 28.
[995] Civ. 2e, 26 nov. 1953.
[996] C. MINGAM, A. DUVAL, art. cit., p. 355.

Il reste qu'une telle hypothèse soulève deux questions principales. D'une part, quels sont les droits dont il serait fait un usage abusif ? À notre sens, deux droits doivent être essentiellement mobilisés : d'un côté, celui de consentir, et par analogie, celui de refuser ; et de l'autre, celui du droit à réparation[997]. D'autre part, le recours à l'abus de droit est-il apte à fonder la reconnaissance du refus de se soumettre à un acte médical comme limitation du droit à réparation ? Le cas échéant, apparaît-il utile au regard des autres fondements sollicités ?

510. Il y a lieu d'envisager la question de l'abus de droit, à travers l'application des critères liés au détournement du but social ou économique de la loi ainsi qu'à l'inutilité, au regard du droit de refuser l'acte médical (A), du droit à réparation (B) et, bien que relayé au second plan, du droit d'ester en justice (C). Ensuite, il y aura lieu de se prononcer sur la sanction de l'abus de droit, afin de vérifier si celle-ci peut prendre la forme d'une déchéance du droit à réparation (D).

A. L'exercice abusif du droit de refuser de se soumettre à un acte médical

511. Propos liminaires. À ce stade, il y a lieu de préciser que l'abus dans l'exercice du droit de refuser ne peut concerner que les actes qui ne font l'objet d'aucune obligation. En effet, le droit de refuser, par nature, ne peut pas s'appliquer aux actes médicaux qui font l'objet d'une obligation vaccinale : dans la mesure où il y existe une obligation de se soumettre à un acte médical, il n'existe pas de droit de refuser. Ainsi, le refus de se soumettre aux vaccins imposés par la loi ne peut pas souffrir d'un abus puisqu'il n'y a pas de droit.

512. Par ailleurs, bien que le droit positif soit clair à ce propos, il y a lieu de rappeler que l'abus ne suppose pas un acte positif : une abstention peut être abusive[998]. Ainsi, bien que le droit de refuser n'implique pas d'action positive, cela n'écarte pas la possibilité que son exercice puisse être considéré comme abusif. Au soutien d'un tel constat, on peut

[997] Dans la mesure où le droit de refuser est analysé comme une cause de limitation du droit à réparation, il devient éminemment lié au droit à réparation.
[998] Civ. 3e, 17 janv. 1978, n° 76-12.896 : Bull. civ. III, n° 41 ; D. 1978, IR, p. 322, obs. C. LARROUMET ; RTD civ. 1978, p. 655, obs. G. DURRY, catégorique.

relever qu'en tout état de cause, par analogie, le droit de refuser n'est que le corollaire d'un acte positif : le droit de consentir.

513. Quoiqu'il en soit, il apparaît que, dans le cadre de la relation qui lie le débiteur au créancier du droit à réparation, apparaissent des conflits d'intérêts qui méritent d'être mis en perspective avec l'abus de droit dont la fonction est de résoudre de tels conflits. Reste à démontrer que l'exercice du droit de refuser l'acte médical préconisé remplit les critères de l'abus de droit. L'intention de nuire ayant été écartée, il y a lieu de raisonner au regard du critère du détournement social (1) et de l'inutilité ou du défaut de motif légitime (2).

1. Le détournement du but social

514. Il convient de mettre en perspective le droit de refuser avec la fonction sociale du droit de consentir. L'objectif poursuivi par une telle prérogative qu'est le droit de refuser tout acte médical est de préserver les libertés individuelles de l'individu, dont découle notamment l'inviolabilité du corps du sujet de droit. *A priori* donc, le droit de refuser tout acte médical ne défie pas l'objectif qui est celui de protéger le corps du sujet lui-même. Pourtant, dans certain cas, le refus exprimé par la victime d'un préjudice corporel de se soumettre à des actes médicaux améliorant son état de santé a déjà été présenté par la doctrine comme un abus du droit à l'inviolabilité du corps humain dont découle le droit de refuser tout acte médical[999]. Il a dans ce contexte été considéré que ce droit permettait certes à la victime de s'opposer à l'acte médical préconisé par le professionnel de santé, sans qu'il ne puisse lui être imposé *manu militari*. Mais que le fait

[999] V. LESOUDIER, « Obligation légale pour l'ouvrier victime d'un accident du travail de se soumettre au traitement prescrit », RTD civ. 1904, p. 285 ; E. J. PERREAU, « Soins médico-chirurgicaux s'imposant aux victimes d'un accident du travail et aux assurés-accident », Rev. crit. lég. jur. 1936, p. 305 et s. ; R. MARTENS, « Obligation, pour la victime d'un accident, de se soumettre à certaines interventions chirurgicales, à une réadaptation ou à une rééducation », Bull. ass. 1954, p. 18 ; R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson & Cie, 1966, p. 93 et s. ; J. MALHERBE, *Médecine et droit moderne*, Masson & Cie, 1969, p. 177 et s. ; P.-J. DOLL, « Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures », JCP 1970, II 2351 ; G. DURRY, obs. sous Crim., 30 oct. 1974 : RTD civ. 1975, p. 713 ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime*, thèse, université Bordeaux 1, 1975, p. 504 et s.

de le brandir était constitutif d'un abus[1000] qui pouvait lui être opposé pour qu'elle supporte la part de préjudice qui découle de cet abus.

515. Néanmoins, cette analyse ne convainc pas. Tout le monde en convient : en aucun cas, le refus ne peut conduire à entraver un tel objectif dès lors que le refus exprimé par un patient est toujours favorable à la primauté de la personne humaine. Et par ailleurs, si même le refus venait à porter atteinte à l'inviolabilité du corps humain, l'abus de droit ne peut être retenu puisqu'il serait exercé à l'encontre du titulaire même du droit ; or la responsabilité envers soi-même n'existe pas. Autrement dit, la règle de droit dont il est question ne peut être celle qui consiste à préserver la primauté de la personne humaine, dès lors que le droit de refuser est conforme à ce principe.

516. Ainsi, il y a lieu de raisonner au regard du second critérium retenu : celui lié à l'inutilité ou au défaut de motif légitime.

2. L'inutilité ou le défaut de motif légitime

517. C'est JOSSERAND qui a donné les critères d'appréciation du défaut de motif légitime. D'après lui, le défaut de motif légitime est le « précipité visible de l'abus et la pierre de touche de toute la théorie de la relativité »[1001]. C'est donc l'absence de motif légitime qui permet de qualifier l'abus de droit.

518. Dès lors, il y a lieu à ce stade de savoir quand le refus peut apparaître légitime et *a contrario* quand il est considéré comme dépourvu de motif légitime. Pour répondre à cette question, il faut nécessairement prendre en considération les conséquences du refus. En effet, le caractère illégitime de l'exercice d'un droit est éminemment lié aux conséquences néfastes qu'il est susceptible d'emporter à l'égard d'autrui. Mais encore une fois, il ne faut pas que cela conduise à priver le droit de refuser de sa substance. Ainsi, c'est seulement dans certaines hypothèses que le refus, en emportant des conséquences néfastes, doit pouvoir être considéré comme légitime.

[1000] V. en ce sens S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, Chapitre II « Les fondements généraux de l'obligation de minimiser les dommages », § 286.

[1001] L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, 2e éd., *op. cit.*, n° 296, cité par L. CADIET, P. LE TOURNEAU, Rép. civ. Dalloz, v° Abus de droit, 2015, n° 28.

519. Cette question de la légitimité ou de l'utilité, dans notre hypothèse de travail, n'est pas sans faire écho à la nécessaire conciliation entre d'un côté le droit de refuser, et de l'autre, les conséquences que cela peut avoir tant sur le débiteur du droit à indemnisation que sur l'objectif de maîtrise des dépenses. Rappelons, dans cette lignée, cette formule générale aujourd'hui célèbre : « Les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose »[1002]. Il semblerait alors, qu'appliquer le critérium lié à la nature des actes refusés, donnerait des réponses satisfaisantes, du moins en théorie. Au demeurant, le caractère légitime renvoie à « ce qui n'est pas fondé, à quoi l'on ne trouve aucune justification raisonnable »[1003]. Cette définition, *in fine*, rentre en résonnance avec les critères de la faute civile d'imprudence, qui est appréciée au regard d'une personne normalement avisée.

520. Il apparaît alors que la distinction entre la nature des actes peut être un outil de qualification pertinent du critère l'inutilité ou du défaut de régime. Tous les refus exprimés à l'égard d'actes bénins, non dangereux et non douloureux alors qu'ils améliorent nettement l'état de santé du titulaire du droit sans lui faire courir un risque[1004] pourraient être considérés comme dépourvus de motifs légitimes. À l'inverse, le refus préjudiciable au débiteur, lorsqu'il concerne des actes médicaux lourds, dangereux, intrusifs, dont les issues sont incertaines, serait quant à lui justifié par l'existence d'un motif légitime. Dès lors, le motif légitime serait subordonné à la nature de l'acte médical en question et donc à cette nécessaire proportionnalité qui lie le refus et ses conséquences. Néanmoins, une telle approche revient à recourir aux mêmes critères que ceux qui ont été mobilisés afin d'apprécier le caractère fautif du refus de soin exonératoire.

521. C'est alors que, l'opportunité de recourir à l'abus de droit afin de sanctionner le refus de se soumettre à un acte médical est limitée au regard de la suffisance de la faute de la victime exonératoire. Il demeure tout de même opportun d'envisager l'abus de droit dans notre hypothèse de travail d'autant plus que la possibilité de recourir à cette théorie

[1002] Art. L.1111-1 du CSP.
[1003] Larousse en ligne, https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ill%C3%A9gitime/41540
[1004] En dépit de l'aléa thérapeutique inhérent à la matière médicale.

pour sanctionner le comportement de la victime en matière d'aggravation du dommage a été avancée, notamment dans la doctrine belge[1005].

522. Conclusion. L'abus de droit ne se heurte pas à des difficultés théoriques manifestes conduisant à exclure de façon décisive l'abus de droit comme fondement de la sanction indirecte du refus de se soumettre à un acte médical. En revanche, les critères retenus n'offrent pas d'issue convaincante. En effet, outre le fait que le critère lié à l'intention de nuire, ou celui lié au détournement de la fonction sociale, ne peuvent s'appliquer à notre hypothèse de travail, le recours à l'abus de droit, notamment au regard des propositions précédentes, s'avère stérile. En effet, si le critère de l'inutilité ou du motif légitime s'adapte à notre hypothèse de travail, en pratique, l'appréciation du caractère légitime ou inutile de l'exercice du droit de refuser implique de recourir au critère lié à la distinction entre la nature des actes. On s'aperçoit que le recours à l'abus de droit n'a pas véritablement d'utilité dès lors que la faute de la victime exonératoire, plus largement admise, et aux contours plus précis, permet, à travers les mêmes critères, d'arriver à un résultat similaire. Il faut alors se demander si l'analyse de l'abus de droit dans ses rapports avec le droit à réparation conduit à la même conclusion.

B. L'exercice abusif du droit à réparation intégrale

L'intention de nuire ayant été écartée, il y a lieu de raisonner au regard du critère du détournement social (1) et de l'inutilité ou du défaut de motif légitime (2).

1. Le détournement du but social ou économique

523. Le but poursuivi par le droit à réparation est de replacer la victime dans l'état dans lequel elle était avant la réalisation du préjudice causé par un tiers. Une telle exigence

[1005] V. en ce sens A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », art. cit. ; v. également, du même auteur, « L'abus de droit en matière contractuelle », RCJB 1969, p. 505 ; T. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 271 ; v. également, M. LIENARD, « Les évènements qui influencent le dommage postérieurement au fait dommageable », Bull. ass. 1972, p. 395 ; B. HANOTIAU, art. cit., p. 400 ; V. J. de Namur, 14 oct. 1977 : Rev. rég. dr. 1978. 495, note M. COIPEL ; J. de P. Namur, 28 oct. 1977 : Rev rég. dr. 1978. 415, note M. COIPEL ; Liège, 13 févr.1980 : J. L. 1981. 109, note P. HENRI ; Civ. Namur, 18 févr. 1983 : Rev. rég. dr. 1983. 329 ; Mons, 28 mai 1984 : Pas. 1984. II. 133 ; Liège, 8 févr. 1985 : RGAR 1987, n° 11284 cité par S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, Chapitre II « Les fondements généraux de l'obligation de minimiser les dommages », § 285.

se traduit, en responsabilité civile, par l'application du principe de réparation intégrale qui implique que la victime ne puisse s'enrichir sans cause. Or, l'exercice du droit de refuser, s'il augmente excessivement et inutilement la dette de la réparation au détriment du créancier qui se voit assumer la charge de préjudices qui ne sont pas causés par son fait, pourrait être considéré comme inutile ou illégitime, dès lors qu'il porte atteinte au principe de réparation intégrale.

524. Certains auteurs[1006] ont d'ailleurs proposé de fonder la sanction de l'abstention fautive de la victime sur la théorie de l'abus de droit par le prisme du droit à réparation. Ainsi, la victime qui ne prend pas les mesures raisonnables afin de limiter son préjudice pouvait faire l'usage abusif du droit à réparation intégrale de son préjudice.

525. Il reste qu'à notre sens, une telle proposition n'est pas entièrement satisfaisante dès lors que l'exercice du droit à réparation est rendu effectif par le juge. Autrement dit, il serait incohérent que les juges retiennent l'exercice abusif du droit à réparation intégrale, car cela suppose, pour ce faire, qu'ils se soient prononcés en amont en faveur de l'entière réparation du préjudice. Ce n'est en effet pas le créancier du droit à réparation qui exerce son droit excessivement, mais plutôt les juges qui lui octroieraient de façon abusive un tel droit. Ainsi, il ne semble pas possible de considérer que le titulaire dudit droit l'exerce excessivement puisqu'il ne le fait que parce que les juges eux-mêmes lui offrent cette possibilité. Sauf à considérer que le simple fait de réclamer devant les juridictions l'indemnisation d'un préjudice qui a été causé non pas par le fait d'un tiers, mais par son propre fait, puisse être considéré comme abusif, ce qui justifierait que la victime doive supporter seule la partie du préjudice qu'elle aurait pu raisonnablement éviter.

2. L'inutilité ou le défaut de motif légitime

526. On peut voir, au regard de la distinction entre la nature des actes, qu'il n'y a parfois pas de motif légitime à ce que la victime demande réparation des préjudices qui ont découlé non pas du fait du débiteur, mais de son propre fait. Au regard des conséquences sur le débiteur du droit à indemnisation qui peuvent paraître lourdes dès lors

[1006] V. en ce sens S. REIFEGERSTE, *ibid*., qui mentionne les auteurs ayant proposé l'abus de droit comme fondement à l'obligation de ne pas aggraver le dommage, en raisonnant sur le terrain de la faute.

qu'il doit assumer la charge de préjudices qu'il n'a pas causés, la demande de réparation intégrale des préjudices qui ne sont pas causés par la faute du défendeur peut paraître inutile ou illégitime.

527. Néanmoins, le droit à réparation intégrale est éminemment lié à la possibilité ou non de considérer le refus de soins comme fautif. Ainsi, pour apprécier l'inutilité du droit à réparation intégrale, il faudrait, par analogie, apprécier l'utilité de refuser un acte médical : or cette appréciation dépend de la nature des actes et de leurs conséquences. Ainsi, le recours à la théorie de l'abus de droit ici, si elle permet de donner davantage de vigueur à la possibilité de nuancer les solutions jurisprudentielles actuelles, ne semble pas utile.

528. La proportionnalité comme outil de régulation, une mise en perspective avec la théorie de l'abus de droit. Si l'abus de droit ne nous semble pas légitime, du moins en pratique, il demeure opportun d'exploiter toutes les hypothèses plausibles sur le plan théorique. Cela d'une part donne davantage de vigueur à nos propos et surtout, l'abus de droit propose certains critères, qui rendent l'admission d'un refus fautif davantage justifiée. C'est le cas du critère lié à la proportionnalité, que certains auteurs ont proposé pour qualifier l'abus de droit. Il est vrai que si un tel critère venait à être retenu, il aurait un avantage sur la proposition liée à la faute exonératoire : il imposerait d'emblée, une exigence de mise en balance des différents intérêts en jeu.

529. Ainsi, dans la mesure où l'abus de droit sanctionne l'excès et que l'excès rime avec disproportion, il cache nécessairement une exigence de proportionnalité qui se révèle être l'outil de qualification de l'abus de droit. Ainsi, un autre critère, peu évoqué en doctrine, a été proposé par certains auteurs.

530. Ces auteurs[1007], en interprétant la jurisprudence judiciaire[1008], ont proposé de faire de la proportionnalité un critère de qualification de l'abus de droit ou du moins de rapprocher ces deux mécanismes qui présentent des analogies certaines. Il ne s'agit pas de

[1007] V. en ce sens B. MÉNARD, « Le contrôle de proportionnalité : une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit », RTD civ., 2022, p. 1.
[1008] V. par ex. Civ. 3e, 7 nov. 1990, n° 88-18.601 : D. 1991, p. 308, obs. A. ROBERT ; RDI 1991, p. 303, étude M. GIANNOTTI ; RTD civ. 1991, p. 562, obs. F. ZENATI.

discuter de la légitimité d'un tel critère dans le droit positif, ce qui a déjà été largement abordé dans une démonstration des plus exhaustives à laquelle s'est prêté B. MÉNARD[1009]. La question demeure néanmoins de savoir comment apprécier le caractère disproportionné du refus de se soumettre à un acte médical.

531. On s'aperçoit à nouveau que pour répondre aux exigences de l'abus de droit au regard du critère de proportionnalité, il y a un intérêt à recourir au critère de distinction lié au bilan bénéfices-risques et à la nature des actes en question. En effet, un tel critère permet justement d'établir une certaine proportionnalité permettant d'apprécier de façon mesurée les éventuelles incidences d'un tel refus sur le droit à réparation. Sont mises ainsi en balance l'opportunité de refuser l'acte médical préconisé ainsi que les conséquences de l'acte en question.

532. Par ailleurs, le critère lié à la proportionnalité présente certains inconvénients non négligeables. Notamment, le champ de l'abus de droit est déjà relativement restreint, et retenir un tel critère comme critère de qualification revient à étendre les limitations de l'exercice d'un droit, ce qui peut sembler dangereux et en dehors de la lignée des solutions rendues en matière d'abus de droit, à plus forte raison en matière de droit de consentir à l'acte médical. Ainsi, on ne verrait pas bien pourquoi faire appel à un tel mécanisme, alors qu'il en existe d'autres, bien plus permissifs, et qui, *in fine,* conduisent implicitement à établir une balance d'intérêts, ce qui revient à rechercher la proportionnalité.

533. Toujours est-il que cette proposition demeure tout à fait intéressante dès lors qu'elle témoigne de l'exigence liée à l'équilibre entre les intérêts en jeu qui peuvent être contradictoires.

C. L'exercice abusif du droit d'ester en justice

534. Il existe une autre hypothèse où l'abus de droit pourrait trouver à s'appliquer dans notre hypothèse de travail. Il s'agit de l'abus de droit d'ester en justice. Il apparaît que le droit d'ester en justice est un droit qui peut être exercé abusivement, et donc sanctionné en conséquence par les mécanismes de responsabilité civile. En effet, c'est la

[1009] V. en ce sens B. MÉNARD, art. cit.

Cour de cassation qui, dans un arrêt du 14 août 1882, a consacré ce principe. Ne pouvons-nous pas voir une forme d'abus dans l'exercice du droit d'ester en justice lorsqu'est demandée la réparation d'un préjudice qui a été causé par son propre fait ? N'y a-t-il pas abus lorsqu'est assignée une personne dont on demande qu'il réponde d'un acte qu'il n'a pas commis ?

535. Toute personne qui invoquerait la réparation d'un préjudice qui découlerait de son fait, lequel a d'ailleurs été déconseillé par le défendeur, à savoir le professionnel de santé, pourrait se voir sanctionner. Si on peut, de prime abord, penser qu'une telle possibilité peut trouver à s'appliquer à notre hypothèse, elle ne paraît pas satisfaisante pour autant. En effet, elle est susceptible de décourager les sujets d'agir en justice[1010] et de perdre une chance d'obtenir ce qui leur est effectivement dû. Bien que nul n'est censé ignoré la loi, on peut légitimement admettre que la méconnaissance des aspects techniques du droit ne peut de façon salutaire leur être reprochée, d'autant plus qu'une grande marge de manœuvre est octroyée aux juges, laissant en tout état de cause, place à l'incertitude, qui ne peut être appréhendée par les sujets de droit. Ainsi, il est difficile de reprocher à la victime de se rendre devant les juridictions en ignorant quels sont les préjudices qui pourraient être causés par son fait et ceux qui découleraient de la faute du médecin.

D. La sanction de l'abus de droit

536. En dépit de l'inopportunité pratique de recourir à la théorie de l'abus de droit pour sanctionner le refus de se soumettre à un acte médical, traiter sa sanction dans le cadre de notre hypothèse de travail révèle un intérêt théorique. Si l'allocation de dommages-intérêts est la principale sanction de l'abus de droit, elle n'est pas toujours adaptée aux situations. Dès lors, si communément, il est considéré comme un fait générateur de responsabilité donnant lieu au versement de dommages-intérêts, l'abus de droit peut donner lieu à d'autres formes de sanctions. Une telle perspective est intéressante dans la mesure où, le refus de se soumettre à un acte médical n'est pas, dans le cadre de ces développements, un fait générateur de responsabilité : il s'agit de sanctionner la victime par une déchéance du droit à réparation. La question se pose de savoir si la sanction

[1010] V. en ce sens S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, Chapitre II « Les fondements généraux de l'obligation de minimiser les dommages ».

pourrait prendre la forme d'une privation d'une partie de l'indemnisation due par le débiteur.

537. Alors que traditionnellement, la théorie de l'abus de droit s'établit sur le terrain de la responsabilité civile, et donc de la réparation des préjudices causés par l'exercice abusif d'un droit, elle s'est étendue à d'autres mécanismes de sanction[1011]. Ainsi, si originellement l'abus de droit est intervenu en droit immobilier ou procédural, dès lors que des dommages ont été causés à autrui par l'exercice malveillant d'un droit de propriété ou d'une action[1012], il est aujourd'hui admis que la sanction de l'abus de droit ne se limite pas à l'octroi de dommages-intérêts.

538. En matière de responsabilité civile, il a par exemple été retenu que l'abus de droit pouvait donner lieu à une réparation en nature[1013]. En dehors de la responsabilité, la sanction de l'abus de droit peut donner lieu à des sanctions individuelles telles que l'annulation d'un acte[1014] ; l'inopposabilité d'un acte[1015] ; la privation totale ou partielle du droit exercée abusivement[1016], la suppression de la force obligatoire d'une clause contractuelle ; l'annulation et la radiation d'une marque déposée frauduleusement[1017], ou le transfert de sa propriété à la victime[1018]. Plus encore, la correction de l'abus de droit peut se traduire par une sanction à caractère non pas individuel, mais social. Dans ce contexte, la sanction permet de résoudre le conflit entre l'exercice d'un droit et le trouble causé à l'ordre social[1019]. Ces constats jurisprudentiels et doctrinaux révèlent une approche plutôt libérale de la sanction de l'abus de droit, et témoignent de la possibilité de résoudre

---

1011 L. CADIET, P. LE TOURNEAU, Rép. civ. Dalloz, v° Abus de droit, 2015, n° 36.

1012 *Ibid*., n° 37.

1013 V. en ce sens M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, n° 262 et s. ; Civ. 1re, 7 nov. 2000, n° 99-18.576 : Bull. civ. I, n° 286 ; JCP 2001, II 10506, note X. VUITTON à propos du maintien du lien contractuel dès lors qu'il a été abusivement résilié.

1014 V. par ex., à propos de l'abus de majorité ou de minorité dans les sociétés Com., 24 avr. 1990, nos 88-17.218 et 88-18.004 : JCP N 1992, II 254, note M. JEANTIN – CA Paris, 27 févr. 1997 : JCP E 1997, II 982, note A. VIANDIER.

1015 Sur le refus abusif de consentir à une adoption plénière, v. Civ. 1re, 16 déc. 1980, n° 79-10.381 : Bull. civ., n° 334 ; D. 1981, p. 514, note J. MOURGEON – Civ. 1re, 18 nov. 1997, n° 95-20.777.

1016 V. en ce sens L. CADIET, P. LE TOURNEAU, Rép. civ. Dalloz, v° Abus de droit, 2015, n° 38 ; F. ZENATI, « Du droit de reproduire les biens », D. 2004, Chron., p. 962 ; art. 378 à 381 du C. civ. relatifs à la déchéance et au retrait partiel de l'autorité parentale.

1017 V. par ex. Com., 19 oct. 1999, n° 97-12.554 : Bull. civ. IV, n° 174 ; D. 2000, AJ, p. 34, obs. B. P – CA Paris, 23 nov. 1983 : PIBD 1984, III, 39, dépôt frauduleux au détriment d'une société qui allait être constituée.

1018 Com., 13 févr. 1996, n° 93-21.298 : PIBD 1996, III, 279 – Com., 24 sept. 2002, n° 99-19.362 : PIBD 2003, III, 104.

1019 Pour des exemples de sanction à caractère social, v. L. CADIET, P. LE TOURNEAU, Rép. civ. Dalloz, v° Abus de droit, 2015, n° 38.

le conflit qui naît d'un abus de droit autrement que par l'allocation de dommages-intérêts. Il semblerait alors que la sanction puisse donner lieu à la privation totale ou partielle du droit à réparation, dès lors que le droit concerné est exercé abusivement[1020].

539. Ainsi, les formes de sanction admises par le droit positif ne semblent pas être une entrave, du moins théoriquement, à considérer que l'exercice abusif du refus de soins puisse conduire à limiter directement[1021], ou indirectement[1022] — par l'intermédiaire du droit à réparation — l'indemnisation due à la victime.

540. L'inexistence d'un préjudice ? Il reste que la préoccupation majeure de la sanction de l'abus de droit reste de réparer un préjudice. En l'occurrence, le préjudice n'est pas direct puisque dans notre cas, le débiteur à qui le refus ou le droit à réparation est préjudiciable, tient la place du débiteur et non pas de créancier. Mais, sous réserve que la théorie de l'abus de droit soit admise en ce qui concerne le droit à réparation intégrale ne pouvons-nous pas envisager, que le fait d'indemniser des préjudices de façon illégitime, conduise le débiteur à subir *a posteriori* un préjudice économique qu'il pourra invoquer pour se voir à son tour indemnisé de la part qu'il a versée illégitimement ? Une réponse affirmative serait incohérente, d'autant plus que l'intérêt de recourir à l'abus de droit serait de neutraliser l'indemnisation.

Conclusion du §1

541. Il est vrai qu'à la lecture des arrêts rendus en 2003 par la Cour de cassation qui laissent un goût quelque peu amer[1023], on ne peut qu'être réceptif aux propos d'ATIAS qui, dans la conclusion de son article relatif à l'abus de droit, s'exprimait en des termes qui invitent, dans notre hypothèse de travail à recourir à l'abus de droit : « tout se passe comme si, désormais, certains droits incluaient la liberté de nuire »[1024], ce qui ne satisfait guère. Il devient alors indéniable qu'appliquée à notre matière, la théorie de l'abus de droit, qui permet de résoudre les conflits qui peuvent naître des différents usages d'un même

[1020] V. en ce sens, *ibid.* ; F. ZENATI, art. cit. ; art. 378 à 381 du C. civ. relatifs à la déchéance et au retrait partiel de l'autorité parentale.
[1021] Dans l'hypothèse où c'est le droit de refuser qui est sanctionné.
[1022] Dans l'hypothèse où c'est le droit à réparation qui est sanctionné.
[1023] V. en ce sens D. GENCY-TANDONNET, art. cit.
[1024] C. ATIAS, art. cit.

droit est un outil séduisant. Elle permettrait, de façon assez restrictive, de corriger les troubles que peut causer le mauvais exercice du droit de refuser, ou plus indirectement, du droit à réparation.

542. Toutefois, l'appréciation de l'exercice abusif du droit à réparation ou du droit de refuser, qui constitue une faute au sens du droit civil, nous conduit à mobiliser les critères liés à la distinction entre les actes bénins et les actes lourds, ce qui revient à raisonner en termes de faute de la victime exonératoire. Or ce fondement constitue un mécanisme plus largement reconnu, et aux contours plus précis. Ainsi, le recours à l'abus de droit, s'il est séduisant au regard de ses effets, en pratique, n'a pas tellement d'utilité.

543. Alors, nonobstant la tendance actuelle du droit qui ne laisse pas entrevoir de réelles possibilités en ce sens, il y a lieu de douter de l'opportunité de recourir à la théorie de l'abus de droit, en préférence à la faute exonératoire. L'admission, bien que seulement théorique de l'abus de droit, demeure néanmoins un moyen d'arguer en faveur des possibilités que nous offre notre droit de sanctionner un comportement, quand bien même il est autorisé par la loi.

§2. Le refus dans ses rapports avec les faits justificatifs en responsabilité civile

544. Propos liminaires. Il est des situations où la victime peut avoir consenti à subir le dommage, ou encore, sans avoir consenti à sa réalisation, en avoir accepté le risque. Ces comportements renvoient à ce qui est appelé en droit de la responsabilité civile les faits justificatifs : il s'agit du *consentement*[1025], et de l'acceptation des risques.

545. Notion. La notion de faits justificatifs est une notion doctrinale, rarement utilisée en jurisprudence et jamais en législation[1026]. Cette notion renvoie à une cause objective d'irresponsabilité, qui a été forgée par les auteurs pénalistes, et a été empruntée par le droit de la responsabilité civile. Contrairement à la règle posée par l'article 1240 du Code civil, un acte dommageable illicite peut être accompli – et donc non sanctionné - selon certaines circonstances que le droit prend en compte, pour lui enlever tout caractère délictueux.

[1025] Il s'agit ici du consentement en tant que fait justificatif.
[1026] V. en ce sens H. RAOUDI, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, janv.-mars 2016, n° 1, p. 1.

L'acte dommageable, dans ces cas, est *justifié*. En d'autres termes, le fait justificatif neutralise la faute commise par son auteur dès lors qu'il conduit à effacer le comportement illicite à l'origine du dommage. Le fait justificatif n'est alors pas à confondre avec une cause exonératoire en ce qu'il écarte d'emblée, au stade de la mise en jeu de la responsabilité civile, le caractère fautif du fait générateur. Son application est limitée à quelques domaines bien particuliers, mais le nôtre permet légitimement d'interroger l'opportunité d'y recourir.

546. En effet, dans le cadre précis de la relation qui lie le patient à son médecin, pèse une obligation sur le professionnel de santé d'informer son patient de tous les risques encourus par la réalisation de l'acte médical préconisé ou sollicité[1027], et ce n'est qu'après avoir eu connaissance de l'ensemble de ces risques que le patient consent à l'acte médical. Ainsi, tout refus à l'acte médical comporte par nature une part de consentement — au sens de fait justificatif — ou une acceptation des risques, sous réserve que le professionnel de santé ait informé son patient de tous les risques et que ce dernier ait librement consenti, tel que la loi l'exige. Ainsi, le refus de soin est successivement envisagé dans ses rapports avec la théorie de l'acceptation des risques (I) et avec le consentement en tant que faits justificatifs (II).

I. L'acceptation des risques

547. Propos liminaires. Certains auteurs ont proposé de fonder l'aggravation du dommage sur la théorie de l'acceptation des risques[1028], hypothèse qu'il convient d'exploiter dès lors qu'elle influe sur le droit à indemnisation. L'opportunité de recourir à cette hypothèse se justifie en partie par le fait que le médecin est tenu de délivrer à son patient les informations sur les risques liés à l'acte médical, et à son refus. Dans ce contexte, sous réserve d'apporter la preuve de la délivrance de l'information, le patient, en refusant arbitrairement de se soumettre à un acte médical, consent aux risques d'une telle abstention.

[1027] Art. R. 4127-35 du CSP.
[1028] V. en ce sens B. MÉNARD, art. cit., n° 276 et s.

548. Définition. La formulation d'acceptation des risques, si elle n'est pas consacrée par le législateur, figure dans certains arrêts[1029]. L'acceptation des risques peut se définir comme l'acceptation, par la victime, de s'exposer à l'éventualité de subir un dommage, qui conduirait à effacer le comportement fautif générateur de responsabilité civile. Dans le domaine contractuel[1030] comme délictuel, l'acceptation des risques a vocation à supprimer le caractère illicite du fait dommageable.

549. Cette possibilité tient au fait que certaines activités sont particulièrement exposées à des risques. Ce postulat est particulièrement vrai en matière médicale. D'une part, l'acte médical est intrinsèquement aléatoire. Le risque lui est ainsi consubstantiel[1031]. D'autre part, le créancier a, en principe, connaissance des risques liés à l'acte médical en question, dès lors que le médecin a, conformément au droit, rempli son devoir d'information. Tout consentement à l'acte médical, qu'il soit inclus dans la sphère contractuelle ou extracontractuelle comporte une part d'acceptation des risques que le créancier connaît, sous réserve que la preuve qu'il a été convenablement informé tel que l'exige la loi[1032] soit apportée, et qu'il a donné son consentement.

550. Ainsi, l'information délivrée par le médecin sur les risques[1033] serait-elle susceptible de servir de support au recours à cette théorie. En effet, le fait que le patient ait été dûment informé des risques auxquels il s'expose consciemment, en ne suivant pas les recommandations de son médecin, ne doit-il pas conduire à écarter tout fait fautif de la part du médecin ? Pour arguer en faveur de l'utilisation de cette théorie en matière médicale, il y a lieu de souligner que la théorie de l'acceptation des risques est une théorie

[1029] V. par ex. Civ. 2e, 8 mars 1995, n° 91-14.895 : D. 1998, p. 43 note J. MOULY ; JCP 1995, II 22499, note J. GARDACH ; RTD civ. 1995, p. 904, obs. P. JOURDAIN – Civ. 2e, 4 juill. 2002, n° 00-20.686, D. 2003, p. 2718 ; D. 2003, p. 519, note E. CORDELIER.

[1030] Dans le domaine contractuel, l'acceptation des risques a pour effet d'écarter l'exigence d'une obligation de résultat, car en acceptant les risques, le créancier sait qu'il existe un aléa.

[1031] Toulouse, 8 mars 1999, n° 2132.118 : GPL 2000, 1960, note P. VILLENEUVE.

[1032] Art. R. 4127-35, al. 3 du CSP.

[1033] En vertu de l'article L. 1111-2, al. 1er du CSP, l'information doit porter sur « les différentes investigations, traitements, ou actions de prévention qui lui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus (…) ». Dès lors, l'information porte « sur la prestation médicale en tant que telle, mais aussi sur sa pertinence, sur les alternatives éventuelles, et sur les risques qu'elle comporte : v. en ce sens S. PORCHY-SIMON, « Santé, responsabilité médicale, responsabilité pour faute d'éthique médicale. Consentement libre et éclairé du patient. Secret médical », JCl. Responsabilité civile et Assurance 2011, fasc. 440-3, n° 14.

classique qui n'est pas propre à la responsabilité dans le domaine du sport bien que la jurisprudence en ait fait sa matière de prédilection.

551. Champs d'application. Elle est guidée par l'idée que celui qui accepte de participer à une activité à risques doit supporter les conséquences de la réalisation de ces derniers, limitant alors la responsabilité de l'auteur. Si elle a été abandonnée en matière de transport bénévole[1034], elle s'est imposée en matière d'activités sportives et physiques[1035]. Progressivement, le champ d'application de cette théorie s'est restreint, et alors qu'elle trouvait à s'appliquer dans le régime de la responsabilité du fait des choses, elle a été abandonnée[1036]. Néanmoins, le champ d'application de cette théorie questionne dès lors que certaines activités comportent des aléas, et sont par nature risquées : c'est notamment le cas de la pratique médicale. Il est certain que les aléas liés à l'activité médicale sont pris en compte par le droit notamment pour protéger les praticiens : ainsi, pèse sur les médecins une obligation de moyens[1037] et non de résultat, en ce qui concerne les soins qu'ils prodiguent aux patients. En revanche, il se peut que la réalisation des risques résulte du comportement du patient : dans ce cas de figure, c'est l'imprudence, la négligence, ou le choix tout à fait conscient du patient qui va conduire à la réalisation de risques qui auraient toutefois pu être évités.

552. Si cette théorie, dans le cadre de notre étude, peut de prime abord paraître particulièrement séduisante, l'utilité de recourir à une telle théorie - qui aurait pour effet de limiter le droit à indemnisation de la victime - est à relativiser. La jurisprudence refuse d'ailleurs de se livrer à une application de la théorie de l'acceptation des risques en matière de pratique médicale[1038]. Cela nous conduit à vérifier de plus près si les éléments constitutifs de l'acceptation des risques s'appliquent à notre hypothèse de travail.

553. Sur le caractère habituel de l'activité en question. L'acceptation des risques « procède de l'idée qu'en certaines circonstances la victime, en se livrant, en connaissance de cause, à une activité génératrice de risques particuliers, doit pouvoir être considérée

[1034] Ch. mixte, 30 déc. 1968 : D. 1969, p. 37.
[1035] J. HONORAT, *L'idée d'une acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, coll. Bibl. dr. pr., t. 98, 1969.
[1036] Civ. 2e, 4 nov. 2010, n° 09-65.947.
[1037] CE, 29 déc. 1997, n° 158938.
[1038] V. en ce sens E. ROUMEAU, « La prise en compte variable du risque médical », RDSS 2022, p. 675.

comme ayant accepté les risques inhérents à cette activité »[1039]. En application de cet objectif, la jurisprudence, en matière sportive, a pu dégager quelques éléments indispensables pour légitimer le recours à l'acceptation des risques. Notamment, l'activité en question doit relever d'une pratique ordinaire ou usuelle, et la victime doit avoir connaissance des risques prévisibles[1040].

554. C'est pourquoi, certains arguent en faveur de son rejet en matière d'activité occasionnelle, estimant que « la connaissance des risques prévisibles devrait-être réservée aux seuls sportifs avertis »[1041]. La jurisprudence fait d'ailleurs état de cette exigence, notamment lorsqu'elle justifie l'application de cette théorie pour une victime ayant chuté de son cheval : il s'agissait, selon ces termes d'un « habitué de cette manade où il faisait régulièrement des promenades à cheval »[1042].

555. Si dans notre hypothèse de travail cette exigence ne semble pas vérifiée, elle doit être nuancée. En effet, l'idée est d'imputer la réalisation des risques à une personne qui s'y est volontairement exposée parce qu'elle en avait connaissance. Il est vrai que dans certains domaines tels que celui du sport, cette connaissance ne peut dépendre que du caractère habituel de l'activité en question : une personne qui n'a pas l'habitude de participer à certaines activités ne peut en tout état de cause en connaître les risques. Toutefois, en matière médiale, cette approche ne se vérifie pas dès lors que le professionnel de santé est tenu d'informer le patient des risques encourus. Dès lors, si la preuve en est apportée, le patient a bien connaissance des risques auxquels il s'expose en refusant de se soumettre à un acte médical préconisé, nonobstant le caractère habituel ou usuel de l'activité. Encore faudrait-il en revanche, ce qui est quelque peu délicat, prouver que le patient avait une véritable compréhension des informations qui lui ont été délivrées[1043]. Si ce critère est incertain, celui lié au caractère anormal du risque ne semble faire à notre sens aucun doute. Et c'est notamment ce critère qui va trancher la question de la possibilité de recourir à cette théorie en matière médicale.

[1039] P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 6e éd., 2023, p. 226, n°331.
[1040] V. CRESSIN, « Institutions-Responsabilité-Acceptation des risques : des contours fluctuants », Jurisport 2015, p. 33 cité par E. ROUMEAU, art. cit.
[1041] *Ibid*.
[1042] Civ. 2e, 15 avr. 1999, n° 97-15.071 : D. 1999, p. 138 ; RTD civ. 1999, p. 633, obs. P. JOURDAIN.
[1043] V. en ce sens not. J. HOLZEM, « Les limites du consentement éclairé », AJDA 2016, p. 364.

556. Sur le caractère anormal du risque accepté. En France, l'acceptation des risques ne permet pas de justifier tous les comportements. La victime est en effet censée n'avoir accepté que les risques *normaux* liés à la pratique considérée. Or l'acceptation des risques ne constitue pas un fait justificatif autonome, en ce sens qu'elle s'apprécie au regard de la faute du débiteur. Ainsi, le caractère anormal du risque sera le plus souvent déduit de la gravité du comportement anormalement violent ou agressif, ou contraire à l'esprit du sport considéré[1044] ou encore parfois déduit de sa nature : ainsi, le risque de mort notamment ne peut jamais être accepté par la victime[1045]. Ces exigences soulèvent toutefois des difficultés dans notre hypothèse de travail, dès lors que l'anormalité du risque réalisé s'apprécie au regard de la faute du débiteur, qu'on ne saurait qualifier… En effet, l'acceptation des risques ne peut pas jouer dès lors que ces risques sont normaux. La victime n'est en effet censée avoir accepté que les risques normaux. En matière sportive, ainsi, la normalité du risque se déduira de la gravité du comportement du débiteur[1046], dès lors que le caractère fautif du fait générateur de responsabilité doit revêtir une certaine gravité[1047].

557. L'inadaptabilité du critère lié à la normalité. Or, en matière médicale, le risque est toujours inhérent à l'acte médical et l'aléa fait partie intégrante de la pratique médicale. Le seul risque anormal serait celui qui découle d'une pratique médicale anormale imputable au médecin. Autrement dit, l'acceptation des risques ne s'apprécie pas par rapport à une règle générale et abstraite, mais en tenant compte des circonstances, du contexte de l'activité déployée et d'une anormalité dans le comportement du débiteur. Alors, il faudrait une faute particulière de la part du médecin qui aurait causé les risques anormaux à la manière de ce qui est appliqué en matière sportive. Or les risques dont il est question se réalisent dès lors que le patient refuse l'acte médical : ainsi, le risque n'est pas lié à l'acte médical préconisé par le médecin en tant que tel, mais bien par le refus du patient. Dans ce contexte, on voit mal comment rattacher la réalisation des risques à l'activité du médecin. Ce critère ne semble pas satisfaisant. Un autre critère avait été

[1044] Civ. 1re, 29 août 2019, n° 18-19.700.
[1045] Civ. 2e, 8 mars 1995, n° 91-14.896.
[1046] V. Civ. 2e, 29 août 2019, précit.
[1047] Il semble ressortir de la jurisprudence que seule une faute d'une certaine gravité puisse engager la responsabilité du sportif auteur du dommage. Cela impliquerait soit une violation délibérée des règles du jeu (ex. Civ. 2e, 5 oct. 2006, n° 05-18.494), soit des actes intentionnels de violence (Civ. 2e, 20 nov. 2014, n° 13-23.759 D).

proposé afin de justifier l'application ou la mise à l'écart de la théorie de l'acceptation des risques : il s'agit de celui lié à l'inutilité de la prise de risque.

558. L'opportunité du critère lié à l'inutilité de la prise de risque. La jurisprudence considère alors que l'acceptation des risques par la victime ne peut en tant que telle, fonder une réduction de l'indemnité, dès lors que l'acceptation doit être fautive pour conduire à limiter le droit à indemnisation. Une meilleure alternative pourrait être de se référer à l'inutilité de la prise de risque, comme le préconise finalement la jurisprudence française, en exigeant que l'acceptation, pour limiter le droit à indemnisation, doive être fautive[1048]. En effet, si les deux notions ne sont pas tout à fait analogues, elles présentent des similitudes assez fortes. Un comportement engendrant une prise de risque jugée inutile, ne relèverait-il pas *nécessairement* de l'imprudence ?

559. On doit donc pouvoir distinguer entre une prise de risque utile et une prise de risque inutile. Ressurgit encore une fois ici l'utilité de recourir à la distinction entre d'un côté les actes bénins et les actes lourds. Dès lors que le refus concerne un acte bénin, n'exposant pas le patient à un véritable risque, on pourrait envisager que la prise de risque inhérente au refus est inutile et à l'inverse, dès lorsque le refus concerne un acte lourd, il ne pourra jamais être considéré comme étant inutile.

560. Ainsi, le critère lié à l'inutilité de la prise de risque se révèle, de prime abord, plus opportun que celui lié à l'anormalité du risque. En revanche, il s'avère en réalité inadaptée. Notamment, sur le plan pratique, il paraît inutile dès lors qu'*in fine*, le recours aux mécanismes internes de la responsabilité civile paraît plus adapté : il conduit à distinguer entre les préjudices liés à l'activité du médecin, et ceux qui sont liés au refus du patient, afin de raisonner soit au regard de la faute exonératoire *a posteriori*, soit au regard du lien de causalité au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile.

561. Conclusion. Bien que, comme l'affirme E. ROUMEAU « la mobilisation du vocabulaire relatif à l'acceptation des risques aurait pourtant pu avoir pour vertu de responsabiliser davantage les patients, qui, bien que devenus des acteurs de la décision

[1048] Civ. 2e, 24 janv. 1964 : GPL 1964, 1, p. 384 ; Civ. 1re, 4 mai 1980: Bull. civ. I, n° 77 ; RTD civ. 1980, p. 769, obs. G. DURRY.

médicale, refusent parfois d'être de véritables acteurs de leur guérison »[1049], et que certains auteurs, de ce fait, avaient suggéré de fonder l'obligation particulière de ne pas aggraver son dommage sur l'acceptation des risques[1050], il apparaît qu'en matière médicale, cette théorie ne peut pas être opposée à la victime. D'une part, l'absence d'habitude — critère retenu par la jurisprudence[1051] pour recourir à l'acceptation des risques — dans le recours aux actes médicaux, semble faire obstacle à l'application de cette théorie. D'autre part, le défaut du lien causal entre le fait du professionnel de santé et les risques réalisés causés par le refus de l'acte médical dissipe tout doute quant à la possibilité de recourir à l'acceptation des risques : en effet, la victime est censée n'avoir accepté que les risques dont le caractère normal se déduit de l'activité du débiteur[1052]. Or, la réalisation des risques médicaux, dans notre hypothèse, n'est pas liée à l'activité du médecin.

562. Si en outre, le recours au critère lié à l'inutilité du risque paraît séduisant, en pratique, il n'apporte rien vis-à-vis notamment de la faute exonératoire et du raisonnement fondé sur l'exigence du lien de causalité au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile. Il convient dès à présent d'analyser le refus de se soumettre à un acte médical avec un autre fait justificatif : le consentement.

II. Le consentement

563. Propos liminaires. On ne pouvait envisager la question de l'incidence du droit de consentir sur le droit à réparation sans mettre en perspective le droit de refuser avec le *consentement* en tant que fait justificatif, dès lors que par essence, le droit de consentir de façon libre et éclairée implique de consentir en connaissance de l'ensemble des risques liés à l'acte médical.

564. Notion. Le consentement peut dans certains cas justifier la faute civile, et donc l'absence de mise en jeu de la responsabilité de son auteur. Le consentement de la victime, en ce qu'il est un fait justificatif, fait en principe disparaître le caractère illicite du fait à

[1049] E. ROUMEAU, art. cit.
[1050] V. en ce sens B. MÉNARD, art. cit., n° 276 et s.
[1051] V. par ex. Civ. 2e, 15 avr. 1999, n° 97-15.071 : D. 1999, p. 138 ; RTD civ. 1999, p. 633, obs. P. JOURDAIN.
[1052] V. Civ. 2e, 29 août 2019, précit.

l'origine du dommage[1053]. En responsabilité civile, il s'apparente à l'acceptation ou la sollicitation d'une atteinte volontaire à un droit ou à un intérêt que la loi protège ou en la renonciation au droit de demander réparation du dommage causé. En dehors de notre hypothèse, le recours au consentement comme fait justificatif renvoie par exemple à la situation dans laquelle une personne a consenti à la destruction de l'un de ses biens : dans de tels cas, elle ne peut agir en responsabilité contre l'auteur de cette destruction.

565. Ainsi, il faut comprendre que le consentement comme fait justificatif ne s'entend pas comme le principe qui prévaut en matière médicale : il ne renvoie pas à l'acceptation de se soumettre à un acte médical préconisé par le médecin. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si le refus par le patient de se soumettre à un acte médical préconisé pourrait conduire à neutraliser sa demande de droit à réparation, dès lors qu'en refusant, il consent *a priori* aux risques liés au refus, sous réserve que le médecin ait dument rempli son devoir d'information.

566. Il reste que, d'une part, le consentement, en cas de réalisation d'un acte médical ayant causé un dommage, ne saurait jamais constituer un fait justificatif en cas de dommage corporel, au regard de l'article 16 du Code civil notamment. Ainsi, le consentement ne permet pas de justifier une atteinte à l'intégrité physique[1054] sauf en cas de nécessité médicale ou à titre exceptionnel pour l'intérêt d'autrui[1055].

567. D'autre part, recourir au consentement comme fait justificatif suppose que les risques consentis aient pour origine l'activité médicale. En effet, le risque *consenti* est celui qui aurait été causé par le fait générateur du débiteur du droit à réparation. Cette affirmation découle du fait que le consentement, au même titre que l'acceptation des risques, ne constitue pas des faits justificatifs autonomes : son appréciation dépend de la faute du débiteur. Or le consentement n'est pas, dans notre hypothèse de travail, compris comme l'acceptation d'une atteinte réalisée par autrui. En effet, la réalisation des risques dont il est question est liée au refus par la victime de se soumettre à un acte médical préconisé par le professionnel de santé. Ainsi, le lien causal entre l'activité médicale et la réalisation des risques est rompu.

[1053] Civ. 3e, 1er oct. 1975.
[1054] Art. 16-1 du C. civ.
[1055] Art. 16-3 du C. civ.

568. De surcroît, de nombreux facteurs qui ne dépendent pas uniquement du refus exprimé par le patient jouent un rôle dans la probabilité de réalisation du dommage, de sorte qu'on ne peut affirmer qu'en refusant de se soumettre à l'acte médical la victime ait consenti à la réalisation des dommages, laquelle est par nature incertaine. Ainsi, la victime, qui, par l'exercice de son droit de consentir, refuse de se soumettre à un acte médical le fait au regard de considérations qui ne renvoient pas nécessairement à la réalisation du dommage. Elle consent au risque et non pas au dommage en tant que tel. Et la difficulté est que tout acte médical emporte des risques, fussent-ils minimes. Or tenir compte du consentement comme fait justificatif, dans notre matière, conduirait finalement à ne jamais indemniser les risques engendrés par l'acte médical en question, sans compter que l'aléa thérapeutique est trop élevé. La sanction du refus par le spectre du consentement étiolerait alors le droit de refuser l'acte médical.

569. Conclusion. Le recours au consentement comme fait justificatif ne peut trouver à s'appliquer en matière de pratique médicale. Nonobstant l'article 16 du Code civil qui interdit l'atteinte même volontaire au corps humain, les éléments permettant de recourir au consentement comme fait justificatif ne peuvent être réunis. En effet, les risques dont il est question sont imputables au patient. Or le consentement comme fait justificatif dépend de l'activité du débiteur du droit à réparation alors que dans notre hypothèse de travail, les dommages dont il est question découlent du refus exprimé par la victime. Par ailleurs, tout acte médical comporte des risques et retenir le consentement comme fait justificatif dénaturerait le droit de consentir.

570. Comme en ce qui concerne la théorie de l'acceptation des risques, dans de tels cas, il serait plus cohérent d'adopter le raisonnement en termes de causalité, ou encore de recourir à la faute exonératoire de la victime.

Conclusion du chapitre II

571. Afin de sanctionner, sur le terrain de la réparation, le refus exprimé par la victime de se soumettre à un acte médical qui a influé sur son étendue, notre Droit offre des mécanismes auxquels le droit de refuser ne devrait pas échapper. En effet, l'impossibilité de contraindre une personne à se soumettre à un acte médical n'implique pas pour les juges l'impossibilité de reconnaître à sa charge une faute[1056], ou encore de mettre à la charge du débiteur les préjudices dont le lien causal, au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, n'est pas établi avec sa faute.

572. Envisagé comme une cause exonératoire, le refus de se soumettre à un acte médical, doit avoir joué un rôle causal dans la réalisation du préjudice, et être fautif. Sur le premier point, le refus contribue à la réalisation du dommage soit parce qu'il est concomitant ou antérieur à la réalisation du dommage, soit parce qu'en aggravant le dommage initial, il ne crée pas de préjudice distinct dont le lien causal peut être établi avec le refus imputable à la victime, si bien que l'aggravation devient une contribution à un préjudice final unique. Sur le second point, le fait pour une personne de refuser un acte exempt de risque et de pénibilité relève indiscutablement d'un comportement imprudent, si bien qu'« il serait choquant que ce refus créât, pour les ayants cause de son auteur, un droit à indemnité intégrale »[1057].

573. Envisagé au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, si le refus, en aggravant le dommage initial, crée un préjudice nouveau qui peut, indépendamment du premier, être rattaché au seul refus exprimé par la victime, on ne voit pas pour quelles raisons il serait pris en considération dans le calcul du montant de la réparation. Dans cette hypothèse, le surplus de préjudice ne peut plus être rattaché au fait dommageable initial ; or, que ce soit en matière contractuelle ou délictuelle, le principe de réparation intégrale implique que les préjudices indemnisés découlent de la faute du débiteur du droit à indemnisation, sans quoi le créancier est indemnisé au-delà de ce qui lui est dû.

[1056] R. SAVATIER, obs. sous Crim., 3 juill. 1969 : JCP 1970, II 16447.
[1057] R. SAVATIER, note sous CA Lyon, 6 juin 1975 : D. S. 1976, Jur., p. 415, v. spéc. p. 416, a.

574. Si le recours aux mécanismes internes de la responsabilité civile pour sanctionner indirectement le refus de se soumettre à un acte médical est admis théoriquement, et paraît utile, le recours aux mécanismes voisins ne convainc pas. Si rien n'empêche théoriquement de recourir à l'abus de droit pour sanctionner l'exercice du droit de refuser, en pratique, cela s'avère néanmoins superfétatoire, dès lors qu'il n'ajoute rien à la faute de la victime exonératoire, plus largement admise. Quant aux faits justificatifs, leurs conditions d'application ne peuvent trouver à s'appliquer. En effet les risques acceptés ou consentis, s'ils ont vocation à effacer le comportement illicite neutralisant ainsi l'indemnisation, leurs critères d'appréciation dépendent de la faute du débiteur à l'origine de la réalisation des risques. Or les risques réalisés dont il est question ont pour seul origine le refus de la victime de se soumettre à l'acte médical préconisé.

Conclusion du titre II

575. Sur le terrain de la réparation, la victime est invitée à « lutter contre l'adversité et (de) coopérer à l'œuvre indemnitaire en évitant tout préjudice évitable »[1058]. La règle en vertu de laquelle le refus de la victime ne peut, en toutes circonstances, influer sur le droit de la réparation remet fortement en cause les principes fondamentaux qui gouvernent le droit de la responsabilité civile. L'absence d'influence du refus de se soumettre à un acte médical, aussi respectueuse soit-elle des libertés individuelles et protectrice de la victime, va à l'encontre de la fonction moralisatrice du droit de la réparation, de l'objectif de responsabilisation de la victime et du patient devenu acteur de sa santé, de la condition tenant à la causalité tant au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile qu'au stade exonératoire ainsi que du principe de réparation intégrale. Nombreux sont alors les arguments qui invitent les juges à tenir compte du comportement de la victime dans le calcul du montant de la réparation.

576. La reconnaissance du droit de refuser, comme toute liberté, ne rime pas avec absence de contrainte, et sur le terrain de la responsabilité civile, le droit de refuser ne doit conduire qu'à interdire le juge d'obliger le patient à accepter l'acte médical préconisé, surtout lorsque celui-ci emporte des conséquences néfastes pour le débiteur qui se voit assumer la charge de préjudices qu'il n'a pas causés. La loyauté, qui existe même en dehors des relations contractuelles, comme l'exprimait S. REIFEGERSTE[1059], doit pouvoir justifier que le comportement de la victime soit pris en considération, dès lors qu'il va à l'encontre de « l'intérêt du responsable », comme l'affirme de façon péremptoire la Cour de cassation lorsqu'elle retient que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

577. Dans ce contexte, si le droit de refuser doit sans conteste bénéficier d'une protection particulière et demeurer supérieur, il ne doit pas être absolu au point de faire passer systématiquement les intérêts du débiteur au second plan, et de dénaturer la responsabilité civile et ses concepts[1060]. Il est alors nécessaire que l'exercice du droit de

[1058] Note sous CA Montpellier, 9 déc. 1965 : D. 1967, p. 477 cité par D. GENCY-TANDONNET, art. cit.
[1059] S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, p. 317, n° 608.
[1060] V. en ce sens B. MARKESENIS, art. cit.

refuser tout acte médical soit régulé par les mécanismes classiques de responsabilité civile permettant de tenir compte du comportement de la victime pour limiter le droit à réparation, soit en raisonnant en termes de causalité au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité ; soit sous le prisme de la faute exonératoire en admettant que le droit de refuser puisse être fautif lorsqu'il relève d'un comportement imprudent qui se déduit, selon une jurisprudence aujourd'hui révolue, de la nature des actes en question.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

578. À en croire les arrêts rendus en la matière, la jurisprudence, de façon explicite ou implicite, sans confondre le domaine particulier de l'obligation de ne pas aggraver son dommage, et celui du droit de consentir à l'acte médical, semble faire du patient une victime dont le statut emporte une double protection : l'une tirée du droit commun, et l'autre rattachée à son statut particulier.

579. Ainsi, cette constance de la Cour de cassation s'observe au regard des fondements qui justifient sa position. Lorsque la Cour de cassation refuse que le refus du patient de se soumettre à un acte médical ait une quelconque incidence sur son droit à réparation, elle se fonde tantôt sur la primauté de la personne humaine qui découle du statut particulier du patient et tantôt sur le principe de réparation intégrale, lequel s'applique communément à toutes les victimes de dommages, sans égard pour le statut particulier du patient. Justifié tantôt par des principes généraux de la responsabilité civile, tantôt par la particularité du statut du patient, le droit de refuser de se soumettre à l'acte médical est approché par le droit de la réparation comme un principe absolu.

580. Or, que le patient soit libre de refuser de se soumettre à un acte médical ne devrait pas automatiquement impliquer que ce refus soit sans conséquence sur l'étendue du dommage, notamment lorsqu'il est préjudiciable à autrui, en l'occurrence, au débiteur du droit à réparation. Sur le terrain de la responsabilité civile, le droit de refuser devrait simplement impliquer qu'aucune réparation conduisant à imposer *manu militari* l'acte médical à la victime ne puisse être prononcée par le juge.

581. Comme le soulignait Aristote, « la justice (…) donne à chacun la part proportionnellement égale qui lui revient (…). L'injustice (…) consiste dans un excès ou un défait disproportionné de ce qui est avantageux ou dommageable ». Les solutions aujourd'hui retenues ne semblent pas empruntes d'une telle vertu dès lors qu'elles adoptent une approche unitaire du droit de la réparation, favorisant systématiquement le créancier et faisant passer les intérêts du débiteur au second plan.

582. Bien que s'inscrivant dans la logique de la responsabilité civile en ce qu'elle favorise l'indemnisation de la victime, la rigidité de la position adoptée par les tribunaux français conduit en effet à déséquilibrer par trop le rapport entre le créancier et le débiteur de l'indemnisation. S'il est primordial de préserver du mieux possible la primauté de la personne humaine et accorder une protection particulière à la victime d'un dommage, cela ne peut être à outrance, au détriment du débiteur de l'indemnisation. Par ailleurs, ne pas sanctionner, ne serait-ce que de façon indirecte, la victime qui ne prend pas les diligences nécessaires pour éviter l'aggravation ou la réalisation du dommage, efface toute trace de la fonction moralisatrice du droit à réparation, et ne permet pas de satisfaire l'exigence de responsabilisation du patient. Au surplus, les solutions actuelles semblent aller à rebours des conditions traditionnelles du droit de la responsabilité civile.

583. Nous regrettons alors qu'une solution davantage soucieuse de l'équilibre entre les différents intérêts en jeu peine à s'introduire dans le système juridique français. Il y a lieu de souligner qu'en matière d'aggravation du dommage, les propositions avancées sont envisagées comme des mécanismes autonomes, indépendants de tout débat lié à l'obligation de ne pas aggraver le dommage. En effet, si l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage n'est pas satisfaisante, car excessivement protectrice de la victime au détriment du débiteur, et remettant en cause le principe de réparation intégrale, sa transposition en droit français ne nous paraît pas pour autant souhaitable. Le débat en la matière paraît stérile, dès lors que les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile et les causes d'exonération traditionnellement admise tranchent nettement le débat. Si l'absence d'obligation de ne pas aggraver son dommage méconnaît l'exigence liée au lien de causalité, se poser la question de sa transposition en France revient de la même manière à ignorer les règles qui gouvernent le droit de la responsabilité civile.

584. Partant, afin de relativiser la position de la jurisprudence et d'envisager une sanction indirecte du refus de se soumettre à un acte médical, il y avait lieu de mobiliser d'une part les mécanismes internes de la responsabilité civile, soit ceux qui renvoient directement aux conditions de mise en œuvre, et, d'autre part, les mécanismes voisins tels que l'abus de droit ou encore les faits justificatifs de responsabilité.

585. Concernant en premier lieu les mécanismes internes de la responsabilité civile. D'un côté, la faute de la victime est traditionnellement une cause d'exonération en droit civil. Ainsi, lorsque le refus de la victime est fautif, et a contribué à la réalisation du dommage, il y a lieu de limiter ou exclure son droit à indemnisation. Il en va de même lorsque le refus n'a pas contribué à la réalisation du dommage, mais l'a aggravé sans créer de dommage distinct du dommage initial[1061]. Restait à savoir dans quel cas le refus de la victime pouvait être considéré comme fautif, sans inverser le principe de liberté. C'est là que les critères autrefois utilisés par la Cour de cassation[1062] nous semblent pertinents. En effet, ils conduisent à préserver le principe de liberté du patient, sans le dénaturer, dès lors qu'ils impliquent une certaine mise en balance des différents intérêts en jeu. L'application du critère lié à la distinction entre les actes bénins et les actes lourds jadis utilisé par la Cour de cassation semble donc être un instrument de rationalisation cohérent et légitime du droit de refuser, permettant *in fine* de résoudre les conflits entre les différents usages d'un même droit.

586. De l'autre côté, le raisonnement en termes de causalité nous permettrait de contourner la règle en vertu de laquelle il ne peut être opposé à la victime une obligation de ne pas aggraver son dommage afin de réduire le montant de son indemnisation, laquelle s'avère sans conteste inadaptée à l'exigence liée à la causalité. Il suffirait alors, conformément aux exigences traditionnelles, au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité, d'écarter la responsabilité du professionnel de santé pour tous les préjudices qui découlent du refus de soin. On s'aperçoit alors que, non seulement les solutions actuelles sont excessivement protectrices de la victime au détriment du débiteur,

[1061] Cette indication renvoie aux distinctions que nous avons retenues précédemment. En ce qui concerne la mise en perspective du refus avec la faute de la victime exonératoire, elle est possible soit lorsque le refus a contribué à la réalisation du dommage, soit lorsque le refus a aggravé le dommage, sans créer de préjudice distinct du dommage initial. En effet, d'une part, l'exonération n'est possible en principe que si le comportement de la victime a contribué à la réalisation du dommage : pour être exonératoire, une cause doit avoir participé à la réalisation du dommage. D'autre part, elle est admise lorsque le refus, en aggravant le dommage, n'a pas créé de préjudice distinct du premier : dans ce cas de figure, le refus est assimilé à une cause exonératoire dès lors qu'il a contribué à la réalisation du préjudice final unique. Concernant ensuite la mise en perspective du refus avec le lien de causalité, elle n'est utile que si elle est mise en perspective avec le refus qui a aggravé le dommage, et créé des préjudices distincts. D'un côté, elle n'est pas utile lorsque le refus a contribué à la réalisation du dommage dès lors que dans cette hypothèse, ce sont les mécanismes d'exonération qui trouvent à s'appliquer lesquels renvoient par nature à la question de la causalité. D'un autre côté elle ne s'applique pas au refus qui a aggravé le dommage sans créer de préjudice distinct du dommage initial. Pour cette dernière hypothèse, on préfère appliquer les mécanismes d'exonération classiques.

[1062] Civ. 2e, 19 mars 1997, n° 93-10.914 : RTD civ. 1997, p. 675, note P. JOURDAIN.

mais aussi, qu'elles prennent le contre-pied de l'objectif de responsabilisation et des conditions et mécanismes traditionnels du droit de la responsabilité. Sur ce dernier point, elles questionnent notamment le principe de réparation intégrale ainsi que l'exigence liée au lien causal.

587. S'agissant spécifiquement de la question de l'aggravation du dommage, il ressort de de ces propositions que, quand bien même M. CHAZAL[1063] est favorable à la transposition dans le droit français d'une obligation de ne pas aggraver son propre dommage autonome, sa réflexion conduit, par un raisonnement *a contrario,* à justifier l'inutilité de cette transposition au regard de la suffisance de la faute de la victime au stade de l'exonération, et de l'exigence liée à la causalité au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile.

588. Concernant en second lieu les mécanismes voisins à la responsabilité civile, ce sont l'abus de droit ainsi que les faits justificatifs de responsabilité civile qui ont été mobilisés. Concernant l'abus de droit, si rien n'empêche en théorie qu'on puisse y recourir afin de sanctionner le refus de se soumettre à l'acte médical préconisé, la pratique révèle une certaine inutilité, notamment vis-à-vis de la faute exonératoire qui, de surcroît, est un mécanisme classique largement admis en droit de la responsabilité civile. En effet, le recours à l'abus de droit implique de faire appel aux mêmes critères utilisés pour qualifier le refus en tant que faute de la victime exonératoire, c'est-à-dire la distinction entre la nature des actes et le bilan bénéfices-risques.

589. Quant aux faits justificatifs, à savoir l'acceptation des risques et le consentement, ils se révèlent, notamment sur le plan technique, inadaptés. L'acceptation des risques, dès lors qu'elle implique que la victime n'accepte que les risques normaux, et que le caractère anormal se déduit de la faute du débiteur du droit à indemnisation, ne peut trouver à s'appliquer à notre hypothèse de travail. Quelle faute le médecin commet-il lorsque le patient refuse un traitement qu'il préconise ? *A priori* aucune. Bien au contraire, le médecin, en principe, met tout en œuvre pour convaincre son patient de se soumettre à un acte médical qui lui est favorable. Dans cette hypothèse, le raisonnement en termes de

[1063] J.-P. CHAZAL, note sous Civ. 2e, 19 juin 2003 : D. 2003, Jur., p. 2326, v. spéc. p. 2328. V. en ce sens Y. LE MAGUERESSE, *op. cit.*, n° 96 et s., disponible sur internet : https://books.openedition.org/puam/1515?lang=fr#bodyftn65

causalité paraît plus convaincant. Le raisonnement, en ce qui concerne le consentement comme fait justificatif n'en est pas différent, dès lors que le recours à cette théorie dépend de l'activité du débiteur : or dans notre hypothèse, les dommages sont causés par le refus de soin, rompant ainsi le lien de causalité avec le fait du débiteur.

590. Il semblerait alors que le plus convaincant serait d'envisager l'exercice du droit de refuser sous le prisme de la faute ou dans ses rapports avec le lien de causalité au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité.

591. Il est regrettable — du moins en ce qui concerne la possibilité que le refus influe sur le *quantum* de réparation — que les solutions jurisprudentielles antérieures qui distinguaient selon le bilan bénéfices-risques et la nature des actes en question pour retenir le caractère fautif du refus soient révolues, car elles témoignaient d'une vertu rare, exprimée par les Hauts magistrats : celle de la mesure.

592. En outre, le refus de se soumettre à un acte médical est source de dommage. Partant, si ce refus peut être appréhendé comme une cause de limitation du droit à réparation, il peut également être perçu comme un fait générateur de responsabilité.

DEUXIÈME PARTIE
LA SANCTION DIRECTE DU REFUS DE SE SOUMETTRE À UN ACTE MÉDICAL

593. Le refus de se soumettre à un acte médical est de nature à causer des dommages à la collectivité ainsi qu'aux tiers. Songeons essentiellement aux maladies infectieuses susceptibles de se répandre dans la population par contagion. Dans la mesure où il existe des actes de prévention et de traitement dont l'effet est de diminuer la charge virale ou bactérienne, rendant ainsi la pathologie moins contagieuse, il est évident que l'inertie de l'individu est susceptible de causer des dommages à autrui.

594. Or les textes aujourd'hui ne reconnaissent pas d'hypothèse de responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical, bien que le législateur ait laissé entrevoir des possibilités. L'exemple le plus topique du devoir de se soigner dont la violation entraînerait la mise en jeu de la responsabilité est sans nul doute celui de la législation sur la vaccination[1064]. Les textes sur la vaccination, malgré de récentes évolutions[1065], étaient les seuls à prévoir des cas de responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical. Afin de rétablir la confiance des citoyens à l'égard de la politique de vaccination[1066], une nouvelle loi est venue néanmoins supprimer cette responsabilité. Pourtant, les modalités d'adoption d'un tel texte conduisant à mettre en balance, par un contrôle de proportionnalité, l'inviolabilité du corps humain d'un côté et le risque pour la

[1064] La loi française impose depuis plus d'un siècle une obligation vaccinale pour les enfants. Le vaccin contre la variole est devenu obligatoire en 1902 (la maladie ayant été éradiquée, cette obligation a été suspendue en 1984). En 1938, les vaccins contre la diphtérie deviennent obligatoires. L'obligation s'étend ensuite aux vaccins contre le tétanos en 1940, contre la tuberculose en 1950 (cette obligation a été suspendue en 2007), puis contre la poliomyélite en 1964. C'est à la fin des années soixante que les autorités changent de stratégie : les nouveaux vaccins ne sont plus obligatoires, mais recommandés. Seule la vaccination antidiphtérique, antitétanique et antipoliomyélitique (DTP) reste exigée (A. 19 mars 1965, relatif à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire). La loi du 30 décembre 2017 (L. n° 2017-1837, 30 déc. 2017, de finances pour 2018 et D. n° 2018-42, 25 janv. 2018, relatif à la vaccination obligatoire) change une nouvelle fois la donne, notamment en étendant la liste des vaccins obligatoires, et en supprimant la responsabilité pénale à l'égard des parents en cas de défaut de vaccination. Et bien que ciblée, la loi du 5 août 2021 (L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire) relative à la gestion de la crise sanitaire qui impose aux soignants de se soumettre au vaccin contre la covid-19 sous peine de sanction.

[1065] Évolutions opérées par la loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018 et décret n° 2018-42 du 25 janvier 2018 relatif à la vaccination obligatoire qui étend la liste des vaccins à 11 et supprime la responsabilité pénale autrefois prévue.

[1066] V. à ce propos le rapport public annuel de la Cour des comptes 2018, « La politique vaccinale : un enjeu de santé publique, une confiance à conforter », févr. 2018, p. 205.

société de l'autre, rendent l'ancienne législation sur la vaccination particulièrement séduisante. Au demeurant, punir participe d'une fonction rétributive, et alors dissuasive, « favorisant l'effectivité de la norme sanctionnée »[1067]. Ainsi, on ne peut être que sensible aux propos de LASERAZ qui s'exprimait à propos de la suppression de la sanction que « quoi qu'il en soit, et quelles que soient les motivations du législateur, demeure en suspens la question de l'impact de cette loi dès lors qu'elle a supprimé toute sanction assortissant cette obligation vaccinale »[1068].

595. Cette affirmation de bon sens ne doit d'ailleurs pas se limiter au cas particulier des vaccinations, mais à tout acte médical dont le refus pourrait exposer les tiers à un danger justifiant de faire intervenir les mécanismes de responsabilité. Jusqu'au décret du 13 mai 2023[1069], seule la loi sur la vaccination contre la covid-19, maintenait la responsabilité pénale et permettait donc de conserver des traces d'une telle sanction en cas de refus de se soumettre à un acte médical. Néanmoins, elle ne concernait qu'une très faible partie de la population et ne permettait pas de relativiser la nécessité d'instaurer une sanction par la mise en jeu de la responsabilité.

596. L'absence de responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical est empreinte d'un certain paradoxe qui se retrouve renforcé au regard de la fonction du droit pénal et de la responsabilité civile. De façon générale, les mécanismes de responsabilité ont pour fonction de préserver les intérêts des tiers ainsi que l'ordre public. De façon plus spécifique, le droit pénal « ne saurait se limiter à une action répressive, mais se poursuit par une fonction de prévention du risque et des comportements dommageables »[1070]. Dans le domaine plus particulier de la santé, il est classiquement perçu comme un instrument au service de la police sanitaire[1071], si bien qu'il est logique que droit pénal et protection de la santé maintiennent des liens étroits. Quant au droit de la responsabilité civile, il se définit essentiellement par sa fonction indemnitaire. Or le refus d'une personne de se soumettre à

[1067] L. ROUSVOAL, « Espace public, crise sanitaire et droit pénal », GPL 17 nov. 2020, n° 40, p. 65.
[1068] J. LASERAZ, art. cit., p. 81.
[1069] D. n° 2023-368, 13 mai 2023, relatif à la suspension de l'obligation de vaccination contre la covid-19 des professionnels et étudiants.
[1070] J. LASERAZ, art. cit., p. 79.
[1071] V. en ce sens S. HUREL, « Rapport sur la politique vaccinale », janv. 2016, p. 15 ; O. SAUTEL, « Vaccination et responsabilité pénale », RGDM 2005, n° 16, p. 63 ; J. LASERAZ, art. cit., p. 81 ; L. ROUSVOAL, « Espace public, crise sanitaire et droit pénal », GPL 17 nov. 2020, n° 40, p. 65.

un acte médical préconisé destiné à réduire la charge infectieuse est susceptible de contaminer un tiers qui doit pouvoir invoquer son droit à réparation.

597. Si le silence des textes ne fait aujourd'hui aucun doute sur l'inexistence d'une responsabilité générale du fait du refus, la question demeure envisageable sur le terrain du droit commun de la responsabilité. Autrement dit, la question se pose de savoir si la fonction répressive ainsi que la fonction indemnitaire de la responsabilité peuvent servir d'instruments de responsabilisation au bénéfice de la protection de la santé publique et des intérêts particuliers des tiers. Alors que les mécanismes de responsabilité se présentent comme de puissants instruments de régulation des comportements dommageables, il est opportun d'envisager le refus de soins dans ses rapports avec les infractions pénales et les délits civils, faits générateurs de responsabilité.

598. À la recherche d'une responsabilité perdue, et d'une responsabilité nouvelle, il est alors nécessaire de puiser dans le droit commun de la responsabilité qui pourrait offrir certaines possibilités, lorsque notamment l'ordre public ou les tiers, dans leurs intérêts particuliers, sont menacés. D'une part, le refus de se soumettre à un acte médical est envisagé comme fait générateur de responsabilité civile (Titre I). D'autre part, le refus de se soumettre à un acte médical est envisagé comme fait générateur de responsabilité pénale (Titre II).

TITRE I
LE REFUS FAIT GÉNÉRATEUR DE RESPONSABILITÉ CIVILE

599. Du point de vue de la responsabilité civile, le législateur et la jurisprudence ont toujours été silencieux sur la consécration d'une responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical. En effet, que ce soit sous l'empire de l'ancienne comme de la nouvelle loi sur l'obligation vaccinale[1072], et en dehors même du cas des vaccins obligatoires, la question d'une responsabilité civile du fait du refus de se soumettre à un acte médical préconisé n'a jamais été envisagée.

600. Dans ce contexte, il y a lieu de déterminer si le statut particulier du patient fondé à refuser tout acte de soin lui permet d'échapper aux mécanismes traditionnels de la responsabilité civile. Le cas échéant, des solutions alternatives méritent d'être examinées, à la lumière des principes qui régissent le droit de la responsabilité civile.

601. Si au fil des années, la responsabilité civile a principalement, voire exclusivement, joué un rôle indemnitaire[1073], de récentes évolutions jurisprudentielles ont redonné de la vigueur à ses fonctions originelles[1074] : aujourd'hui la responsabilité civile permet tant de réprimer un comportement illicite que de réparer un dommage ou prévenir sa réalisation. Plus particulièrement, l'actualité récente met en lumière la généralisation des

---

[1072] Avant que la loi du 30 décembre 2017[1072] ne l'abroge, l'article L. 3116-4 du Code de la santé publique prévoyait une responsabilité pénale pour les parents qui refusaient de soumettre leur(s) enfant(s) aux vaccins obligatoires : « le refus de se soumettre ou de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale ou dont on assure la tutelle aux obligations de vaccination prévues aux articles L. 3111-2 L. 3111-3 et L. 3112-1 ou la volonté d'en entraver l'exécution sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende ».

[1073] Sur les fonctions de la responsabilité civile, v. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 10e éd., 2021 ; M. BACACHE, *Traité de droit civil : les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, Economica, coll. Corpus Droit privé, 4e éd., 2021 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4e éd., 2019 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.* ; P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, « Les fondements de la responsabilité civile et son évolution », pp. 9-28.

[1074] À l'origine, pour les rédacteurs du Code civil, la responsabilité civile devait remplir une double fonction : l'une indemnitaire, c'est-à-dire de réparation des dommages, et l'autre normative, laquelle se dédouble. La fonction normative renvoie en amont à la prévention et en aval à la répression des comportements illicites. Ainsi, en 1804, la responsabilité civile apparaît comme un instrument visant tant à moraliser les comportements individuels qu'à réparer les dommages. Il reste que la fonction indemnitaire s'est largement imposée vis-à-vis des autres attributions. Et ce n'est que depuis peu que les fonctions préventive et répressive ont ressurgi.

risques qu'ils soient sanitaires, écologiques ou encore climatiques[1075]. Lorsque ces risques se réalisent, la responsabilité civile se concrétise par la réparation. Mais l'évolution de la responsabilité civile l'inscrit dans une logique de renforcement de sa fonction préventive qui l'a conduit à intervenir en amont de la réalisation du dommage. Le risque étant devenu dans notre société contemporaine une préoccupation, son anticipation s'est imposée comme une nécessité. C'est ainsi que le droit de la responsabilité civile s'est réapproprié sa fonction préventive sous une autre forme : alors que sa fonction préventive conduisait à prévenir un comportement antisocial[1076], elle est aujourd'hui justifiée par la nécessité d'anticiper le risque.

602. L'analyse du refus de soumission à l'acte médical transcende alors deux aspects importants de la responsabilité civile : sa fonction indemnitaire ainsi que sa fonction préventive. Nous envisagerons le refus de se soumettre à un acte médical qu'à travers les fonctions indemnitaire et préventive de la responsabilité civile dès lors que sa fonction répressive intervient aujourd'hui uniquement en cas d'acte de concurrence déloyale[1077]. Aussi, si la jurisprudence a pu considérer, fût-ce un temps bref, que la faute de l'employeur cause nécessairement un dommage au salarié[1078], plusieurs arrêts de 2016[1079] sont revenus sur cette solution. La restriction progressive du champ d'application de la fonction répressive de la responsabilité civile justifie qu'elle ne soit pas abordée dans le cadre de la responsabilité civile, d'autant plus que, de façon plus cohérente, nous préférons que la répression du refus de soins soit envisagée uniquement sous le prisme du droit pénal. D'une part, le refus de se soumettre à un acte médical est envisagé dans ses rapports avec la fonction préventive de la responsabilité civile (Chapitre I). D'autre part, il est envisagé dans ses rapports avec la fonction indemnitaire (Chapitre II).

[1075] V. J. LEFEBVRE, « La responsabilité délictuelle face aux mesures préventives », Actu-Juridique.fr 9 sept. 2020, n° AJU72835, site internet : https://www.actu-juridique.fr/civil/la-responsabilite-delictuelle-face-aux-mesures-preventives/ LPA 09 sept. 2020, n° 153n3, p. 5.

[1076] V. en ce sens A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Éd. A. Pédone, 1975, p. 407.

[1077] V. par ex., Com., 10 sept. 2013, n° 12-19.356 ; 12 mai 2015, n° 14-13.865 ; Civ. 1re, 10 avr. 2019, n° 18-13.612 : « (…) un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale (…) ».

[1078] Par ex. Soc. 27 juin 2001, n° 99-42.216 : Dr. soc. 2001, p. 885, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.

[1079] Soc. 13 avr. 2016, n° 14-28.293 : D. 2016, p. 900, Chron., p. 1588, N. SABOTIER, p. 2484, obs. S. ROBINNE ; D. 2017, p. 840, obs. J. PORTA ; Dr. soc. 2016, p. 650, étude S. TOURNAUX – Soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578 : D. 2016, p. 1205, 2484, obs. S. ROBINNE, et D. 2017, p. 840, obs. J. PORTA ; Dr. soc. 2016, p. 650, étude S. TOURNAUX, et p. 773, obs. J. MOULY ; RDT 2016, p. 557, obs. L. BENTO de CARVALHO – et Soc., 17 mai 2016, n° 14-21.872 : D. 2017. 840, obs. J. PORTA.

CHAPITRE I
LA FONCTION PRÉVENTIVE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

603. Le risque est devenu, à côté de la faute, un nouveau fondement de la responsabilité civile[1080]. Le droit de la responsabilité civile, de nos jours, n'est alors plus seulement orienté vers la réparation du dommage, mais aussi vers sa prévention. Ainsi, la mise en œuvre de la responsabilité civile dans sa composante préventive ne conduit pas à indemniser un préjudice, mais à le prévenir. La responsabilité pour risque étant relativement nouvelle et moins connue que la responsabilité indemnitaire, il convient, avant d'en vérifier les conditions (Section II), d'en présenter ses enjeux en matière notamment de protection de la santé (Section I).

SECTION I. ENJEUX DE LA RESPONSABILITÉ POUR RISQUE EN MATIÈRE DE PROTECTION DE LA SANTÉ

La responsabilité pour risque recouvre plusieurs notions qui doivent être précisées (§1) avant de démontrer qu'elle trouve aujourd'hui dans le domaine de la santé « un lieu d'application (…) privilégié »[1081] (§2).

§1. Notions

604. La notion générale de prévention[1082]. La prévention est selon un sens strict « un ensemble de mesures et institutions destinées à empêcher — ou au moins à limiter — la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles, etc., en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens »[1083]. Selon un sens plus large, « est préventif, ce qui tend à prévenir la criminalité, à l'empêcher ou à la réduire par avance en s'attaquant à ses causes ou à ses moyens ou plus généralement ce qui tend à éviter la

[1080] Pour une présentation complète de la fonction préventive en droit de la responsabilité civile, v. C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, vol. 110, 2011.
[1081] C. NOIVILLE, « Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », Les Cahiers du centre Georges Canguilhem, PUF, 2009/1, n° 3, pp. 73-89.
[1082] Pour de plus amples développements sur la notion générale de prévention, v. D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008.
[1083] G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 669, v° Prévention.

réalisation d'un dommage ou à devancer le dépérissement d'une preuve »[1084]. Ce qui ressort de ces définitions est qu'*in fine*, l'objet de la prévention importe peu : la définition renvoie aux dommages, aux risques, à la criminalité, etc. Et en ce qui concerne les moyens de prévenir, le cercle est tout aussi large. Il suffit que les moyens utilisés conduisent à éviter, empêcher, limiter, réduire, ou encore à devancer l'objet de la prévention. Finalement, la prévention prend forme, tant que l'objectif poursuivi est l'anticipation d'une action négative.

605. D'une responsabilité préventive fondée sur la faute, à une responsabilité fondée sur le risque. Si l'on reconnaît à la responsabilité civile une fonction principalement réparatrice, la prévention n'est pas étrangère à la responsabilité civile. D'ailleurs, déjà à l'aube de la promulgation du Code civil, ses auteurs ont voulu donner à la responsabilité civile une double fonction, l'une indemnitaire et l'autre normative[1085], laquelle comprend la fonction préventive. Et ce n'est que très récemment que la fonction préventive de la responsabilité civile a commencé à se renforcer progressivement, donnant de nouvelles perspectives à la responsabilité pour risque.

606. Alors que la fonction préventive traditionnelle de la responsabilité civile consistait à prévenir les comportements fautifs, c'est-à-dire illicites, et jouait uniquement un rôle dissuasif, elle intègre aujourd'hui la notion d'anticipation, dont l'objectif est d'éviter la survenance du dommage. Autrement dit, la fonction préventive attribuée originellement à la responsabilité civile lui était inhérente dès lors que par la mise en jeu de la responsabilité, le comportement illicite était sanctionné. Si celui-ci était constitutif d'un comportement fautif au sens du droit civil, la responsabilité dans sa composante préventive trouvait à s'appliquer. Or les nouvelles formes de la responsabilité préventive se fondent sur l'existence d'un risque, et non pas sur la faute : le risque, à côté de la faute, est devenu un nouveau fondement de la responsabilité civile. Aujourd'hui, la responsabilité civile peut être mise en œuvre non pas uniquement afin d'éviter la réalisation d'un comportement illicite, soit antisocial[1086], mais pour éviter la survenance d'un dommage.

[1084] *Ibid*.
[1085] La fonction normative renvoie en amont à la prévention, et en aval à la répression.
[1086] V. en ce sens A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *op. cit.*, p. 407

607. De l'anticipation d'un dommage à l'anticipation d'un risque de dommage : du principe de prévention au principe de précaution[1087]. Et alors que la responsabilité pour risque se fondait sur le principe de prévention, le principe de précaution s'est progressivement imposé : il ne s'agit plus uniquement de tenir compte du dommage, mais également du *risque* du dommage. Pour mieux comprendre, il y a lieu de distinguer entre les deux principes.

608. Distinction entre prévention et précaution[1088]. Le droit français ne consacre pas de disposition générale qui confère une fonction préventive à la responsabilité civile. Néanmoins, les principes de prévention et de précaution sont consacrés par certains textes et appliqués par la jurisprudence en matière de responsabilité civile. Pour bien appréhender la responsabilité pour risque dans le cadre de notre étude, il est important de voir tous les aspects de la fonction préventive de la responsabilité. Les différents aspects de la responsabilité pour risque se traduisent par l'application du principe de précaution d'une part, et de celui de prévention d'autre part. Les principes de prévention et de précaution sont tous les deux des instruments au service de l'objectif de prévention visé par le droit de la responsabilité civile. Néanmoins, ils s'appliquent différemment en fonction du degré de certitude du risque. Ainsi, s'il existe des liens étroits entre les deux principes, une dissociation de ces notions a vu le jour en raison de l'émergence du principe de précaution. Tout d'abord, le principe de prévention est défini à l'article L. 110-1, II, 2° du Code de l'environnement[1089]. Il consiste à prendre certaines mesures en présence d'un risque scientifiquement démontré pour éviter des dommages dits prévisibles : dans ce cas de figure, il est certain que si des mesures ne sont pas prises, le dommage se produira. Il permet alors de prendre en compte des risques connus, c'est-à-dire avérés, afin d'adopter les mesures nécessaires pour éviter leur réalisation.

[1087] V. P. JOURDAIN, « Principe de précaution et responsabilité civile », LPA 30 nov. 2000, n° 239, p. 51.

[1088] Pour de plus amples développements sur la distinction entre prévention et précaution, v. D. TAPINOS, *op. cit*.

[1089] Art. L. 110-1, II, 2° du C. envir. : « le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en déduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées (…) ».

609. Ensuite, le principe de précaution est défini à l'article L. 110-1, II, 1° du Code de l'environnement[1090]. Il consiste à prendre des mesures alors même qu'il n'y a pas de certitude scientifique[1091] quant à l'existence du risque, et donc quant à la survenance du dommage. Selon l'article 5 de la Charte de l'environnement « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation d'un dommage ». Dès lors, la précaution prévient le risque du dommage et pas seulement le dommage.

610. Et alors que dans le passé, le rôle préventif de la responsabilité civile se limitait à anticiper les dommages dans une démarche rétrospective à travers le principe de prévention, l'introduction du principe de précaution comme fondement de la responsabilité civile a eu pour effet d'anticiper les dommages dans une démarche prospective, c'est-à-dire tourner vers l'avenir.

611. Débat doctrinal. Avant de présenter les manifestations de ces deux principes dans le droit positif, il est à noter que du côté de la doctrine, aucun auteur n'ôte à la responsabilité civile sa fonction préventive. Néanmoins, la doctrine offre deux approches différentes de la prévention par la responsabilité civile[1092]. Certains auteurs considèrent qu'elle s'infère à sa fonction normative[1093]. Autrement dit, la fonction préventive serait inhérente au droit de la responsabilité civile en ce qu'en établissant des normes de droit, elle produirait un effet nécessairement dissuasif. Dès lors, si un sujet de droit sait qu'il risque de mettre en jeu sa responsabilité, « alors il est de son intérêt d'agir tel que le droit le lui prescrit »[1094]. Cette approche, bien qu'elle soit plutôt convaincante, reste assez

[1090] Art. L. 110-1, II, 1° du C. envir. : « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».
[1091] V. par ex. Civ. 3e, 3 mars 2010, n° 08-19.108.
[1092] C. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale, à la recherche d'une cohérence perdue,* LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 570, 2016, p. 27.
[1093] V. en ce sens, P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 6e éd., 2023, p. 105 et s.
[1094] V. en ce sens C. SINTEZ, *op. cit.*, p. 23, § 18 ; A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *op. cit.*, p. 407.

imprécise, et confond *in fine* l'objectif de réparation et celui de prévention. Car si la sanction, quelle qu'elle soit, revêt un aspect dissuasif, l'objectif poursuivi n'est pas nécessairement celui-ci. Selon cette conception, il importe peu que l'objectif poursuivi soit la prévention ou la réparation, la responsabilité civile est toujours dissuasive. Or admettre une telle confusion ne rend pas compte des différents mécanismes de la responsabilité civile, qui varient selon que l'objectif poursuivi est indemnitaire, répressif ou préventif.

612. D'autres auteurs considèrent que la responsabilité civile a une fonction préventive distincte de sa fonction indemnitaire[1095], en ce sens que l'impératif d'anticipation d'un risque suffit à la mettre en œuvre. L'application par les juges[1096] du principe de précaution, qui vise à anticiper la réalisation d'un dommage incertain, a été un réel argument pour affirmer que la responsabilité civile a une fonction préventive. Ainsi, c'est selon cette seconde approche que nous verrons s'il est possible de mettre en jeu la responsabilité civile, dans un objectif d'anticipation des dommages, dès lors que le refus est susceptible de causer un préjudice aux tiers et à la collectivité.

§2. Champs d'application : la responsabilité pour risque au service de la protection de la santé

613. Les textes de droit : l'absence de mention au domaine de la santé. Pour l'heure, les textes restreignent le domaine d'application des principes de prévention et de précaution à la protection de l'environnement. Au niveau européen, on les retrouve dans certains textes relatifs à la protection de l'environnement. Ils se sont alors affirmés dans l'article 174R du Traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 191 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En vertu de cet article, « la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive (…) par priorité à la source, des atteintes à l'environnement (…) ». Sur le plan interne, les articles L. 110-1, II, 1° et 2°, ainsi que l'article 5 de la Charte de l'environnement ne visent que l'anticipation des risques de dommages à l'environnement. C'est donc dans ce

[1095] P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, p. 105 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi- contrat*, PUF, coll. Thémis, 5e éd., 2021, pp. 56-63.
[1096] V. infra, n° 617, 618 et 625.

domaine que les principes de prévention et de précaution ont trouvé leurs premières formulations[1097]. Néanmoins, lesdits principes ont fait l'objet d'une extrapolation, notamment par la jurisprudence qui les a appliqués afin de prévenir les risques créés pour la santé publique ou la santé d'un ou de tiers identifié(s), bien que le refus de se soumettre à un acte médical n'ait en revanche jamais justifié leur application.

614. Manifestations jurisprudentielles : le refus de se soumettre à un acte médical n'a jamais justifié l'application des principes de prévention et précaution. À la lumière des textes législatifs précisant les contours des principes de précaution et de prévention, ces derniers se sont, à travers la jurisprudence, essentiellement imposés dans les domaines de l'environnement et de la santé. Ces principes ont irrigué l'ensemble du droit de la responsabilité civile et ont trouvé à s'appliquer dans différents régimes de responsabilité. Notamment, la mise en œuvre de la responsabilité civile a été sollicitée dans un litige entre voisins impliquant la mise en œuvre de la théorie des troubles anormaux du voisinage[1098], dans le cadre également de la responsabilité du fait des choses[1099], mais sur ce qui nous intéresse surtout, dans le cadre du régime de responsabilité pour faute[1100]. Il reste que n'a été relevée aucune application concernant le refus de se soumettre à un acte médical. Autrement dit, le refus de soumission à l'acte médical n'a jamais été sanctionné sur la base des principes de prévention et de précaution. Néanmoins, le risque pour la santé des personnes a parfois justifié leur application.

615. Les principes de précaution et de prévention au service de l'anticipation d'un risque créé pour la santé des personnes. Les principes de précaution et de prévention occupent aujourd'hui une place dans le paysage juridique plus importante que celle qui leur était donnée en 2005[1101]. Si le refus de se soumettre à un acte médical préconisé n'a jamais fait l'objet de mesures de prévention ou de précaution, les juridictions — tant européennes qu'internes[1102] —ont déjà appliqué ces principes dans l'objectif

[1097] V. C.-O. DORON, « Le principe de précaution : de l'environnement à la santé », Les cahiers du centre Georges Canguilhem, PUF, 2009/1, n° 3, p. 3.
[1098] V. par ex., Civ. 2e, 24 févr. 2005, n° 04-10.362 ; CA Versailles, 4 févr. 2009, n° 08/08775.
[1099] V. par ex., Civ. 2e, 2 oct. 2008, n° 07-15.968.
[1100] V. par ex., Civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-16.179 ; 7 mars 2006, n° 04-16.180 ; Civ. 2e, 15 mai 2008, n° 07-13.483.
[1101] A. VAN LANG, « Principe de précaution : exorciser les fantasmagories », AJDA 2015, p. 2015.
[1102] V. CJCE, 5 mai 1998, Royaume Uni c/ Commission : Rec. CJCE I-2265 – CE, 24 févr. 1999, n° 192465, Société Pro-Nat : Lebon T. 1999, p. 614 ; RFDA 2000, p. 266, étude A. ROUYÈRE ; RDSS 2000, p. 67, obs. A. LAUDE – CE, 30 juin 1999, n° 202814, Mme Germain : Lebon ; D. 1999,

d'anticiper un risque pour la santé. Or le refus de se soumettre à un acte médical, précisément, est susceptible d'exposer les tiers à un risque pour leur santé. En matière de responsabilité civile, deux notables arrêts illustrent bien l'anticipation des risques créés pour la santé par la mise en œuvre desdits principes. Il s'agit de l'arrêt remarqué rendu par la Cour de Versailles le 4 février 2009[1103], ainsi que la célèbre affaire relative au Distilbène[1104].

616. L'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 février 2009. Dans la première espèce, une société de téléphonie avait implanté une antenne-relais sur le territoire de la commune de Tassin-La-Demi-Lune. La société avait été assignée devant le Tribunal de grande instance de Nanterre par trois couples résidant à proximité de l'antenne. Les demandeurs sollicitaient d'une part, le démantèlement de l'antenne-relais, et d'autre part, le versement de dommages-intérêts pour trouble anormal de voisinage et dépréciation de leur maison. Précisons que le volet préventif de la responsabilité civile concerne la première demande. La demande de dommages-intérêts, quant à elle, relève de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. La seconde demande n'en est en revanche pas moins importante en matière de responsabilité pour risque dès lors que les dommages-intérêts se déduisent de l'existence du risque. Le tribunal de grande instance, en application du principe de précaution, fait droit aux demandes des victimes et condamne la société à désinstaller l'antenne-relais sous astreinte de 100 euros par jour de retard, et de payer la somme de 3 000 euros à chacun des trois couples. Ils retiennent que « si la discussion scientifique reste ouverte, la société (…) ne démontre dans le cas d'espèce, ni l'absence de risque, ni le respect d'un quelconque principe de précaution, puisque, à l'exception de deux décisions administratives insuffisantes pour ce faire, aucune des pièces produites ne concerne spécifiquement l'installation en cause ». Les juges ont en outre déduit que l'existence du risque, fût-ce incertain, « constitue un trouble de voisinage dont le caractère tient au fait qu'il porte sur la santé humaine ». La société, estimant qu'il n'y avait aucune

p. 238, A. LAUDE. Pour un autre exemple, v. CE, ass., 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X. et autres : AJDA 2004, p. 974, chron., F. DONNAT et D. CASSAS ; RFDA 2004, p. 612, concl. E. PRADA-BORDENAVE ; D. 2004, p. 973, note H. ARBOUSSET et obs. P.-L. FRIER : l'État a été condamné par le Conseil d'État pour carence fautive à prendre des mesures de prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiantes.

[1103] CA Versailles, 4 févr. 2009, n° 08/08775.

[1104] Civ. 1re, 7 mars 2006, nos 04-16.179 et 04-16.180.

certitude scientifique quant à l'existence d'un risque sanitaire lié aux antennes-relais pour les personnes vivant à proximité, interjette appel.

617. Par un arrêt en date du 4 février 2009, la Cour d'appel de Versailles confirme le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Nanterre, sauf en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts et le montant de l'astreinte. Les juges d'appel condamnent la société à verser la somme de 7 000 euros à chacun des trois couples au titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral subi. Le montant de l'astreinte a, quant à lui, été porté à 500 euros par jour de retard, soit 400 euros de plus qu'en première instance. Les juges du fond justifient leur décision en considérant que « si la réalisation du risque reste hypothétique, il ressort de la lecture des contributions et publications scientifiques produites aux débats et des positions législatives divergentes entre les pays, que l'incertitude sur l'innocuité d'une exposition aux ondes émises par les antennes-relais demeure et qu'elle peut être qualifiée de sérieuse et raisonnable ». Les juges en déduisent en outre l'existence « d'une crainte légitime » constitutive d'un trouble anormal de voisinage justifiant le versement de dommages-intérêts.

618. La Cour d'appel de Versailles fait alors application du principe de précaution considérant que « le caractère anormal du trouble causé s'infère de ce que le risque étant d'ordre sanitaire, la concrétisation de ce risque emporterait atteinte à la personne des intimés et à celle de leurs enfants ». En d'autres termes, elle semble affirmer que tout risque existant pour la santé provoquerait l'application des principes de précaution ou de prévention. Le parallèle avec le refus de soins peut être intéressant dans la mesure où celui-ci expose les tiers à un risque de santé.

619. Ainsi, l'existence d'un risque pour la santé, fût-ce incertain, conduit non seulement à faire cesser le risque par l'adoption de mesures, mais aussi à verser des dommages-intérêts, mobilisant le rôle indemnitaire de la responsabilité civile. Ce qui est intrigant néanmoins, est qu'il existe une réglementation à laquelle l'opérateur s'était conformé, remettant ainsi en doute le principe de séparation des pouvoirs. En outre, la plupart des décisions ayant eu à se prononcer sur la question ont considéré que la théorie des troubles anormaux de voisinage n'était pas applicable lorsque le risque était incertain ou éventuel : si de ce point de vue, la réponse de la jurisprudence n'a pas été tranchée, il

reste que la solution demeure possible, et, en tout état de cause, justifie que des mesures de prévention soient prises pour effacer le risque, nonobstant la question de la réparation des préjudices qui en découlent.

620. L'affaire du Distilbène[1105]. Dans la seconde espèce mentionnée, un médicament, le Distilbène, a été prescrit à de nombreuses femmes dans les années cinquante à soixante-dix afin d'éviter les risques de fausses-couches notamment. Les enfants, ayant été exposés à ce médicament pendant la grossesse, ont développé, une fois adultes, des tumeurs cancéreuses, des malformations génitales ou encore des problèmes d'infertilité. Certains d'entre eux ont recherché la responsabilité du laboratoire qui fabriquait le médicament. Plus précisément, en 1991, deux jeunes femmes ont été exposées *in utero* au Distilbène ingéré par leur mère et sont aujourd'hui atteintes d'un adénocarcinome à cellules claires. Saisi d'une cinquantaine d'actions en réparation dirigées contre le laboratoire fabricant de médicaments, le Tribunal de grande instance de Nanterre fait droit aux demandes des victimes. La Cour d'appel de Versailles confirme ces deux décisions dans deux arrêts rendus le 30 avril 2004[1106], ce qui a conduit à un pourvoi en cassation formé par le laboratoire.

621. La Cour de cassation était alors attendue sur la question de la faute d'un laboratoire qui n'avait pris aucune mesure de vigilance pour éviter l'apparition du risque lié à l'administration d'un médicament qu'il commercialisait, malgré l'établissement par des études, d'un lien de causalité entre les risques pour la santé des enfants ayant été exposés *in utero* au médicament, et l'administration du médicament pendant la grossesse. Aux termes de deux arrêts rendus par la première chambre civile le 7 mars 2007, la Cour de cassation confirme les deux arrêts de la Cour d'appel de Versailles et retient que le laboratoire avait manqué à son obligation de vigilance en commercialisant le Distilbène jusqu'en 1977, alors qu'existaient avant 1971, et dès les années 1953 et 1954 des doutes sur l'innocuité du médicament. Les Hauts magistrats notent également que la littérature expérimentale démontrait la survenance de cancers très divers, et qu'à partir de 1971, de nombreuses études avaient été menées à l'issue desquelles des observations cliniques avaient contre-indiqué l'administration du Distilbène.

[1105]Deux arrêts : Civ. 1re, 7 mars 2006, précit.
[1106] CA Versailles, 3e ch., 30 avr. 2004, n° 02/05924, UCB Pharma c/ Ingrid Criou et n° 02/05925, UCB Pharma c/ Nathalie Bobet.

622. Conclusion. Outre les réponses que ces solutions apportent sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pour risque — notamment en ce qui concerne la faute et le lien de causalité[1107] — les solutions attestent bien que l'existence d'un risque pour la santé justifie que soient appliqués les principes de précaution et de prévention. Ainsi, « que le principe de précaution soit devenu un principe directeur (…) en matière de santé ne fait aucun doute »[1108]. Il est alors aujourd'hui largement admis que le rôle préventif est sollicité dans les domaines de l'environnement, mais aussi de la santé et de la sécurité sanitaire[1109]. Là encore, le domaine du refus de se soumettre à un acte médical s'adapte parfaitement à ces applications, dès lors que le refus est susceptible d'emporter des risques sur la santé des tiers.

[1107] V. *infra* n° 645 et s.
[1108] C.-O. DORON, art. cit., p. 15.
[1109] V. art. 5 de la Charte de l'environnement : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leur domaine d'attribution, à la mise en œuvre des procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage » ; art. 1251 du C. civ. (L. n° 2016-1087, 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages) : « Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable » ; art. 1252 du C. civ. (L. n° 2016-1087, précit.) : « Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage ».

Conclusion de la section I

623. L'objectif d'anticipation des risques raisonnablement connus s'est tout d'abord manifesté en droit de l'environnement[1110] puis s'est étendu en matière de santé[1111]. L'extension au domaine de la santé renvoie aujourd'hui à de « nouveaux standards de décisions »[1112]. Ainsi, les laboratoires fabricants du distilbène[1113], médicament qui avait exposé les fœtus à l'époque à des risques de santé, avaient été condamnés parce qu'ils n'avaient pas retiré du marché le médicament, alors que des risques de cancer liés à son administration avaient été établis par des études biologiques[1114].

624. S'il est désormais certain que les risques créés pour la santé des tiers justifient que soient appliqués les principes de prévention et de précaution, il reste à vérifier si les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pour risque s'appliquent au refus de se soumettre à un acte médical préconisé.

[1110] L'exigence de prévenir le risque créé à l'environnement prenait tout d'abord la forme de principe de précaution. En effet, L. 200-1 du Code rural issu de l'article 1er de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 devenu l'article L. 110-1, II, 1° du Code de l'environnement : « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économique acceptable ». Cette loi avait été adoptée à la lumière du droit international et de la déclaration finale du Sommet de la Terre de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 : « en cas de risques de dommages graves et irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». L'article 191 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en matière environnementale mentionnera par la suite les principes de précaution et d'action préventive. En France, l'article 5 de la Charte de l'environnement du 1er mars 2005 constitutionnalise ce principe de précaution : « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Le principe de prévention, lui aussi, s'est principalement manifesté en matière d'environnement. L'article 3 de la Charte constitutionnelle dispose que toute personne doit « dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ». Le principe de prévention se manifeste aussi dans la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 et la loi de transposition du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale qui imposent aux autorités publiques et à l'exploitant d'un site des mesures de prévention des dommages à l'environnement risquent de se produire dans un avenir proche ou quand il est encore possible de limiter les effets d'un dommage qui a déjà commencé à se réaliser.

[1111] J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, coll. Thémis, 3e éd., 2022, p. 645, § 25.

[1112] *Ibid*., p. 649, § 26.

[1113] Le distilbène est un œstrogène de synthèse qui a été prescrit à 200 000 femmes enceintes en France entre 1948 et 1977 pour prévenir les fausses-couches.

[1114] Civ. 1re, 7 mars 2006 : Bull. civ. I, n° 143 ; RDC 2006, p. 844, obs. J.-S. BORGHETTI.

SECTION II. MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ POUR RISQUE

Il y a lieu de se prononcer successivement sur le comportement illicite à l'origine du risque (§1), ainsi que l'existence intimement liée du risque et d'un lien de causalité (§2).

§1. Le comportement illicite à l'origine du risque

À la lumière de la distinction proposée par J. ROCHFELD[1115], seront utilement envisagées la responsabilité pour faute qui implique un acte illicite (I) et la responsabilité pour risque créé qui suppose uniquement l'existence d'un risque pour justifier la responsabilité dans sa composante préventive (II).

I. Responsabilité pour faute

625. Une fonction préventive inscrite dans le système de responsabilité pour faute. Il y a lieu de relever, en tout premier lieu, que les principes de précaution et de prévention, selon une analyse classique de la jurisprudence, ne sont pas des faits générateurs autonomes de responsabilité[1116]. Autrement dit, ils sont nécessairement analysés à la lumière du droit commun de la responsabilité civile. Les principes sont envisagés à l'aune des conditions de mise en jeu de la responsabilité, et en l'occurrence, de la responsabilité du fait personnel. Ainsi, la responsabilité pour risque se coule ici dans les contours classiques de la responsabilité civile. Or les articles 1240 et 1241 du Code civil prévoient, pour que la responsabilité du fait personnel puisse être mise en œuvre, la preuve d'une faute à l'origine du risque. Ainsi, tel que le retient par exemple l'affaire du Distilbène[1117], pour que la responsabilité civile dans sa fonction préventive puisse s'appliquer, il convient d'apporter la preuve, en sus du risque, d'un manquement consistant en l'absence de mesures permettant d'éviter un risque connu, qu'il soit certain ou incertain.

626. Rappelons en effet que La Cour de cassation, dans l'affaire relative au Distilbène, considère que la société, en ne prenant pas de mesures pour faire face à des risques pourtant connus, a manqué à son obligation de vigilance. Il ressort de l'analyse des juges que deux

[1115] J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 645.
[1116] Civ. 1re, 7 mars 2006, nos 04-16.179 et 04-16.180.
[1117] *Ibid*.

conditions cumulatives doivent être réunies pour caractériser un manquement à cette obligation. D'une part, il se peut[1118], ou il est certain[1119] que le médicament présente des risques graves pour la santé. D'autre part, aucune mesure n'a été prise par le fabricant pour y faire face : il faut donc une faute. Les juges identifient alors une faute lorsque ceux qui avaient le pouvoir d'anticiper un risque avéré ou incertain n'ont pas pris des mesures « proportionnées, raisonnables, de nature à empêcher la survenance »[1120]. Les principes de prévention et de précaution ne peuvent justifier à eux seuls la mise en œuvre de la responsabilité : ils sont rattachés aux conditions classiques du droit de la responsabilité civile[1121] qui, dans le cadre du régime du fait personnel, suppose l'existence d'une faute civile.

627. Absence d'autonomie des principes de prévention et de précaution justifiée. Le fait d'inscrire la fonction préventive dans le système de responsabilité pour faute conduit à fournir une base normative générale, applicable à l'ensemble du droit[1122], ce qui est relativement satisfaisant. La notion de faute par ailleurs qui sert de base aux principes de prévention et de précaution est d'autant plus intéressante que la définition de la faute est appréhendée de façon large, ce qui permet alors d'intégrer un devoir général de prévention ou de précaution. En effet, la faute délictuelle est celle qui consiste en la violation d'une obligation préexistante qui trouve sa source en dehors du contrat, c'est-à-dire dans la loi, le règlement, l'usage ou encore la coutume[1123]. Si la violation d'une norme légale déterminée — tel que c'est le cas lorsque le refus constitue la violation d'une obligation vaccinale — ne soulève pas de difficulté particulière pour qualifier la faute civile délictuelle, une attention doit être portée quant à la qualification de la faute qui trouverait sa source en dehors de la violation de la loi ou du règlement. La question se pose alors de savoir comment le juge apprécie le caractère illicite du comportement à l'origine du risque.

[1118] Principe de précaution qui s'applique en cas de doute scientifique.
[1119] Principe de prévention qui s'applique en cas de certitude scientifique.
[1120] V. J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 645, § 24.
[1121] V. également en ce sens *Le Lamy Droit de la responsabilité*, Partie 2 Le droit commun de la responsabilité civile, admission du principe de précaution, § 214-190.
[1122] V. M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 444, 2005, note 6, p. 148 et s., n^{os} 283 et s. ; C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », D. 2004, p. 77 ; C. SINTEZ, *op. cit.*, p. 23 et s.
[1123] V. P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, responsabilité civile, délit et quasi-délit*, LexisNexis, 8^{e} éd., 2019, p. 51.

628. Condition préalable de qualification du comportement illicite à l'origine du risque : la connaissance raisonnable du risque. En ce qui concerne la faute consistant en la violation de la norme générale de prudence et de diligence, comme le soulignait G.-J. MARTIN, il paraît nécessaire d'intégrer à cette définition le manquement au devoir de prévenir les risques dont on a raisonnablement connaissance[1124]. Le caractère *raisonnable* renvoie ici volontiers au critère d'appréciation classique de la faute de prudence et de diligence qui doit être appréciée *in abstracto* en référence à la personne normalement avisée. La faute consiste alors en une absence ou une défaillance dans l'action de prévention[1125]. Et si au départ ce devoir d'anticipation des risques raisonnablement connus s'imposait aux pouvoirs publics, il s'est par la suite étendu aux personnes privées[1126].

629. Mais qu'est-ce qu'un risque *raisonnablement* connu ? Tour d'abord, le risque raisonnablement connu renvoie au risque, qu'il soit avéré ou potentiel[1127]. La connaissance *raisonnable* du risque implique que l'acteur ait eu à sa connaissance des éléments *objectifs* lui permettant de déceler un risque, fût-ce potentiel. La preuve du caractère raisonnable de la connaissance fait l'objet d'une appréciation *in abstracto* et se déduit alors du contexte. Selon une analyse classique, un risque normalement connu est donc finalement un risque qu'une personne avisée ne peut ignorer, sans pour autant qu'elle soit tenue d'une obligation de connaître les résultats des études biologiques[1128].

630. Dans notre cas, le risque engendré par le fait de ne pas se soumettre à des actes médicaux de prévention ou encore, à des traitements de nature à diminuer la charge infectieuse d'une maladie contagieuse peut *a priori* être porté à la connaissance du sujet. Le fait que la faute civile — à laquelle se rattache le critère lié à la connaissance raisonnable du risque — soit définie de façon large, milite en faveur de la possibilité de reconnaître, dans notre hypothèse de travail, le caractère raisonnable de la connaissance du risque afférent au refus de se soumettre à l'acte médical en question. Le caractère raisonnable pourrait par exemple se déduire de la preuve que la personne à l'origine du

[1124] V. en ce sens, G.-J. MARTIN, « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », AJDA 2005, p. 2222 et s.
[1125] P. LASCOUMES, « La précaution, un nouveau standard de jugement », Esprit, nov. 1997, p. 132 cité par J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 645, § 24.
[1126] J. ROCHFIELD, *ibid*.
[1127] V. en ce sens J. LEFEBVRE, art. cit.
[1128] *Ibid*.

risque a été informée par le médecin des risques ; ou encore des campagnes de sensibilisation mises à disposition par les politiques de santé ou de tout autre indice établissant le caractère *normal* de la connaissance du risque. Il est des maladies, de nature à contaminer des personnes se situant à proximité, qui, si elles ne sont pas prévenues ou traitées, peuvent constituer un risque pour la santé des autres, que toute personne raisonnable ne peut ignorer. Par exemple, nonobstant la preuve d'une information délivrée par un quelconque expert[1129], un parent qui ne traite pas son enfant alors qu'il sait qu'il a été infecté par un agent bactérien, a raisonnablement conscience qu'il l'expose à un risque de complications. On peut aussi considérer qu'une personne a raisonnablement connaissance qu'en cas de maladies infectieuses, elle peut contaminer les personnes se situant à proximité et que pour certaines catégories de personnes, notamment vulnérables, le risque peut être plus grave. Dans notre hypothèse de travail, il ne faut néanmoins pas exagérer cette approche, dès lors qu'il est impératif qu'elle ne conduise pas à dénaturer le droit fondamental de consentir à un acte médical. Il en ressort que le critère lié à la connaissance raisonnable du risque pourrait ne pas suffire.

631. L'insuffisance du critère lié à la connaissance raisonnable du risque : le recours au critère lié à la nature des actes. Tout risque raisonnablement connu dont la réalisation n'a pas été anticipée par la mise en place de mesures de prévention ne doit pas systématiquement se traduire par un comportement illicite au sens du droit civil, susceptible de mettre en jeu la responsabilité civile. La violation du principe de précaution ou de prévention dans le cas d'un refus d'un acte médical générateur de risque doit être sanctionnée par la mise en jeu de la responsabilité civile que sous réserve que le refus — alors qu'il est un droit fondamental — soit justifié. Il semble alors utile, comme pour la faute exonératoire de la victime, de distinguer entre les actes bénins, et les actes lourds, douloureux. Cette distinction devient alors un second critère de qualification du comportement illicite à l'origine du risque aux côtés de la connaissance raisonnable du risque.

632. D'ailleurs, ces critères semblent parfaitement s'aligner sur la définition des principes de prévention et de précaution dès lors qu'ils consistent à prendre des mesures raisonnables et proportionnées, impliquant alors une mise en balance, traduite dans notre

[1129] *Ibid*.

hypothèse de travail par la distinction entre la nature des actes. Ainsi, l'article L.110-1 II 1° du Code de l'environnement : « le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de *mesures effectives et proportionnées* visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». L'article 5 de la Charte de l'environnement quant à lui, dispose que « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attribution, à la mise en œuvre des procédures d'évaluation des risques et à l'adoption *de mesures provisoires et proportionnées* afin de parer à la réalisation du dommage ».

633. Deux conditions cumulatives : la connaissance raisonnable du risque et le refus fautif. Pour que le refus constitue une violation des principes de prévention ou de précaution, il faudrait la réunion de deux conditions cumulatives. La première renvoie — comme il vient d'être établi — au caractère raisonnable de la connaissance du risque en cause : c'est un critère déjà admis par la jurisprudence. La seconde renvoie à la nature de l'acte : pour qu'il y ait manquement au devoir de prudence et de diligence, encore faut-il que le refus de l'acte médical concerne un acte bénin, non invasif, de nature à nettement améliorer l'état de santé de l'individu, à la lumière de nos propositions concernant l'appréciation du caractère fautif du refus reprenant une jurisprudence[1130] aujourd'hui révolue par les arrêts rendus en 1997[1131]. Si les jurisprudences antérieures ont été rendues non pas en matière de prévention des risques, mais dans le cadre de l'exonération, cela importe peu dès lors que la faute exonératoire et la faute génératrice de responsabilité, fût-elle pour risque, répondent aux mêmes critères d'appréciation.

634. Mise en balance entre le risque et l'atteinte à la liberté fondamentale. La question peut se poser dans notre hypothèse de travail de savoir si les principes de précaution et de prévention pouvaient justifier la mise en place des mécanismes de

[1130] Crim., 30 oct. 1974 : D. 1975, p. 178, note R. SAVATIER ; JCP 1975, II 18038, obs. L. MOURGEON ; RTD civ. 1975, p. 713, obs. G. DURRY – Req., 3 janv. 1935 : S. 1938, 1, 137 ; Civ., 27 févr. 1953 : GPL 1953, 2, 11 – Chambéry, 22 déc. 1947 : D. 1948, p. 172 – CA Angers, 19 janv. 1955 : JCP 1958, II 8531 – TGI Laval, 13 févr. 1967 : D. 1968, p. 39, note M. LE ROY – CA Paris, 11 mai 1968 : GPL 1968, 2, 118.

[1131] Civ. 2e, 19 mars 1997, n° 93-10.914 : Bull. civ. II, n° 86 ; D. 1997, p. 106.

responsabilité civile pour un comportement autorisé par la loi et, qui plus est, a valeur constitutionnelle. Il semblerait qu'on puisse y répondre par l'affirmative. Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 31 janvier 2020, a fait primer le principe de précaution et la protection de l'environnement sur la liberté d'entreprendre en considérant qu'une activité, en l'occurrence la vente de pesticides, nuisible à l'environnement ou à la santé, ne saurait priver le législateur français de la possibilité, au nom de la protection de l'environnement ou de la santé, d'interdire aux sociétés françaises d'y participer[1132]. Si la liberté d'entreprendre est une liberté fondamentale[1133], dès lors qu'elle consiste en une activité génératrice de risque pour l'environnement et la santé, elle peut être limitée par l'intérêt général. Pour emprunter cette voie, le Conseil constitutionnel se livre alors classiquement à un contrôle de proportionnalité. Les critères du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sont consacrés dans la formulation de principe adoptée depuis la décision du 16 janvier 2001 sur l'archéologie préventive : « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »[1134].

635. Ce qu'il faut en déduire est qu'il existe un objectif de protection de l'environnement et de la santé, qui finalement renvoie à un objectif de prévention des atteintes à l'environnement et à la santé. L'atteinte n'est pas effective, et donc le dommage n'est pas avéré, mais la protection de l'environnement ou de la santé est menacée, ce qui justifie la limitation de la liberté fondamentale. L'atteinte à l'objectif de protection de la santé semble alors constituer un motif de limitation d'une liberté fondamentale. Or le refus de se soumettre à un acte médical préconisé est susceptible de porter atteinte à la santé des tiers. Le Conseil constitutionnel a de nombreuses fois mobilisé les exigences de protection

[1132] Cons. const., 31 janv. 2020, n° 2019-823, cons. 4.
[1133] Dans la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, cons. 16., le Conseil constitutionnel consacre la liberté d'entreprendre en se fondant sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en vertu duquel : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».
[1134] Cons. const., 16 janv. 2001, n° 2000-439, Loi relative à l'archéologie préventive, cons. 14 ; 20 avr. 2018, n° 2018-702 QPC, Société Fnac Darty, § 8 ; 25 oct. 2018, n° 2018-771 DC, Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, § 13.

de l'environnement[1135] ou de protection de la santé publique[1136] afin de justifier des atteintes portées aux libertés individuelles. Néanmoins, les différentes applications des principes de précaution et de prévention ont été consacrées par les juges. Or une décision jurisprudentielle ne peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Une décision de 2017 prend d'ailleurs soin de rappeler une telle exigence[1137]. Toujours est-il que l'analyse du Conseil constitutionnel est intéressante dès lors que par le biais du contrôle de proportionnalité, l'objectif de protection de la santé, qui est une exigence constitutionnelle[1138] peut justifier la sanction du refus de se soumettre à un acte médical par la mise en œuvre de la responsabilité pour risque.

636. Conclusion. Pour constituer une faute, le refus de se soumettre à un acte médical préconisé, en matière de responsabilité civile pour risque, doit remplir deux conditions cumulatives. Si le critère lié à la connaissance raisonnable du risque est traditionnellement admis pour caractériser le comportement illicite à l'origine du risque, il s'avère insuffisant en matière de consentement à l'acte médical dès lors qu'il conduirait à inverser le principe de liberté. C'est pourquoi il y a lieu d'ajouter un second critère : celui lié à la nature de l'acte médical concerné. Au demeurant, le fait que les principes de prévention et de précaution soient rattachés aux conditions traditionnelles de la responsabilité civile et s'inscrivent dans le système de responsabilité pour faute conduit à limiter les hypothèses où le refus serait sanctionné. Une autre approche du volet préventif de la responsabilité existe, qu'il convient d'analyser dans ses rapports avec le refus de se soumettre à un acte médical : il s'agit de la responsabilité pour risque créé.

II. Responsabilité pour risque créé

637. Notion. Cette deuxième expression d'une forme de responsabilité pour risque est proposée par ROCHFELD[1139] qui, pour l'illustrer, cite les exemples qui s'inscrivent dans le contentieux des troubles anormaux de voisinage. Ainsi, selon les juges judiciaires,

[1135] V. par ex., Cons. const., 11 oct. 2019, n° 2019-808 QPC, Société Total raffinage France, § 7 et 8 ; 17 janv. 2017, n° 2016-605 QPC, Confédération française du commerce de gros et du commerce international, § 8 ; 11 oct. 2013, n° 2013-346 QPC, Société Shuepbach Energy LLC, cons. 12.
[1136] Cons. const., 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, cons. 8 et 11.
[1137] Civ. 3e, 30 mars 2017, n° 16.2258.
[1138] Ce que le Conseil constitutionnel rappelle dans sa décision.
[1139] J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 651, § 27.

il peut y avoir un trouble anormal de voisinage lorsque l'on expose son voisin à un risque de dommages corporels connus tels que des chutes de rochers[1140] ou d'incendie[1141] : c'est le principe de prévention qui trouve à s'appliquer. Mais cela s'étend également au principe de précaution, justifié qui plus est par l'existence d'un risque pour la santé. C'est dans ce cadre que les sociétés de téléphonie mobile ont été condamnées à retirer leurs antennes-relais alors que le risque en question ne fait pas l'objet de certitude scientifique[1142]. Ainsi, dans cette espèce, les juges ont retenu que le caractère anormal de troubles généré par le risque du dommage découlait du seul fait qu'il portait sur la santé. Cette forme de responsabilité pour l'avenir conduit à mettre en œuvre la responsabilité civile dès lors qu'un risque est créé. Ainsi, elle se détache du système de responsabilité pour faute.

638. Critiques. De prime abord, cette proposition paraît séduisante dès lors que l'objectif de cette responsabilité pour l'avenir est avant tout de prévenir un risque. Ainsi, il ne serait pas étonnant de justifier la mise en œuvre des mesures destinées à prévenir un risque, par l'existence de ce dernier. Encore faudrait-il alors que le risque soit suffisamment grave ou irréversible[1143] pour qu'il puisse à lui seul légitimer la mise en place des mécanismes de responsabilité, par le biais des principes de prévention et de précaution. Néanmoins, deux critiques peuvent être émises à l'encontre d'une telle proposition.

639. Tout d'abord, il nous semble que les exemples cités dans le cadre des troubles anormaux de voisinage afin de justifier les hypothèses où la responsabilité pour risque est mise en œuvre simplement parce qu'un risque existe ne sont pas pertinents. En effet, c'est la théorie des troubles anormaux de voisinage — dans laquelle s'inscrivent les décisions — qui justifient que le simple risque suffit à mettre en œuvre la responsabilité et non pas le fait qu'il faille prévenir un risque dès lors que cette théorie est construite en marge du droit de la responsabilité. Ainsi, nul besoin pour la victime d'un trouble anormal de voisinage de prouver l'existence d'un fait illicite à l'origine du trouble : l'anormalité du trouble suffit. Alors, si les principes de prévention et de précaution sont mis en rapport

[1140] Civ. 1re, 28 nov. 2007 : JCP G 2008, I 125, n° 7, obs. P. STOFFEL-MUNCK.
[1141] Civ. 2e, 25 mars 1991 : RCA 1991, n° 283 – Civ. 2e, 5 févr. 2004 : D. 2004, p. 2520, note S. BEAUGENDRE – Civ. 2e, 24 févr. 2005 : JCP G 2005, II 10100, note F.-G. TRÉBULLE.
[1142] CA Versailles, 4 févr. 2009, n° 08/08775.
[1143] J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 651, § 27.

avec la théorie des troubles anormaux de voisinage, ils vont *a fortiori* s'écarter des mécanismes classiques de responsabilité civile si bien qu'il ne peut en être déduit la consécration, par les juges, d'une responsabilité pour risque créé. Au demeurant, si les principes de précaution et de prévention étaient des fondements de la responsabilité, cela conduirait au déclin de celle-ci, dès lors que le seul risque justifierait la mise en œuvre de la responsabilité civile. Cette affirmation nous conduit à formuler une seconde critique.

640. Le simple risque créé ne doit pas, dans notre hypothèse de travail, conduire à lui seul à justifier la mise en place de mesures de prévention. En effet, dans notre étude, ces mesures se traduisent par une soumission obligatoire à un acte médical, dès lors que c'est le refus d'un traitement ou d'un acte de prévention tel que le vaccin qui exposerait autrui à un risque. Or si le simple risque créé, fût-ce irréversible, doit conduire celui à l'origine du risque à engager sa responsabilité, le droit de consentir, qui doit rester un principe supérieur, serait dénaturé. Ce n'est bien évidemment pas le résultat escompté. Au surplus, si la soumission à l'acte médical conduit à des risques pour le sujet du droit de consentir lui-même, il doit en être tenu compte. Or en tenir compte revient à se référer au critère lié à la nature de l'acte. En tout état de cause, l'existence d'un risque ne doit pas suffire à mettre en jeu la responsabilité de celui qui refuse de se soumettre à un acte médical, ce qui conduit à exclure cette approche de la responsabilité pour risque et de privilégier celle qui s'inscrit dans un système de responsabilité pour faute.

641. Les principes de prévention et de précaution autonomes. J. ROCHFELD évoque un troisième fait générateur de responsabilité pour risque qu'elle qualifie « d'action préventive autonome »[1144]. Cette proposition va plus loin que la précédente, car elle implique que toutes les conditions traditionnelles de la responsabilité civile soient remises en question[1145]. Or, à la lumière de ce qui vient d'être dit sur la responsabilité pour risque créé, un tel fondement peut d'emblée être écarté dès lors qu'il suppose que les principes de prévention et de précaution soient absolument autonomes, ce qui, au regard de la volonté de réguler et non pas de *stériliser* le droit de refuser, ne peut s'adapter à notre hypothèse. De façon générale, il est alors fondamental que, appliqués au refus de se soumettre à un acte médical, les principes de prévention ou de précaution s'inscrivent

[1144] *Ibid*., pp. 655-657, § 28.
[1145] *Ibid*.

pleinement dans le système de responsabilité pour faute sans quoi le droit de refuser serait dénaturé.

Conclusion du §1

642. Les principes de prévention et de précaution n'étant pas des faits générateurs autonomes de responsabilité civile[1146], doivent être analysés à la lumière des conditions classiques de mise en œuvre de la responsabilité civile personnelle, à commencer par la faute. Pour que le refus puisse être qualifié de fautif, deux conditions cumulatives doivent à notre sens être réunies. D'une part, il convient que la personne qui refuse l'acte médical exposant autrui à un risque ait eu *raisonnablement* connaissance dudit risque. Une telle exigence est traditionnellement admise par la jurisprudence et ne pose pas de difficulté particulière. Il faudra donc tenir compte des éléments objectifs qui ont été portés à la connaissance de celui qui refuse. Néanmoins, appliquée à notre hypothèse de travail, une telle exigence s'avère insuffisante dès lors que si elle constituait le seul critère de qualification du comportement illicite à l'origine du risque, conduirait à inverser le principe de liberté, résultat qu'il n'est pas question d'envisager.

643. Ainsi, il y a lieu de la combiner avec une autre condition, qui permettra de réguler le droit de consentir, sans le dénaturer. Il s'agit, là encore, du critère lié à la nature de l'acte que la jurisprudence retenait autrefois[1147] et dont on défend sa réintroduction. Ces critères ont le mérite certes de réguler le droit de refuser en permettant la mise en balance des différents intérêts en jeu, mais aussi, ils intègrent parfaitement la définition des principes de prévention et de précaution qui imposent de prendre des mesures « proportionnées »[1148]. C'est alors que le comportement illicite générateur de risque ne sera caractérisé que si

[1146] V. en ce sens Civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-16.179 et n° 04-16.180.
[1147] V. par ex. Crim., 30 oct. 1974 : D. 1975, p. 178, note R. SAVATIER ; JCP 1975, II 18038, obs. L. MOURGEON ; RTD civ. 1975, p. 713, obs. G. DURRY.
[1148] Art. L. 110-1, II, 1° du C. envir. : « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable » ; art. 5 de la Charte de l'environnement : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leur domaine d'attribution, à la mise en œuvre des procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

d'une part, le risque qu'il génère est connu, et d'autre part, s'il porte sur un acte médical bénin, non invasif, non douloureux, et dont le bilan bénéfices-risques est nettement positif.

644. La « responsabilité pour risque créé »[1149] n'est par ailleurs pas souhaitée dès lors qu'elle ne tiendrait pas compte des intérêts et éventuels risques à l'égard de celui à qui serait imposé le traitement ou l'acte médical litigieux. En effet, si le traitement en question est invasif, lourd, douloureux, et qui plus est comporte des risques graves, on ne saurait l'imposer à une personne. D'ailleurs, cela conduirait à inverser le droit de consentir. D'où l'intérêt que les principes de prévention et de précaution se coulent dans les contours classiques de la responsabilité pour faute, car retenir le principe de précaution comme fondement autonome du droit de la responsabilité conduirait à de grands bouleversements « qui se traduiraient d'abord, par une responsabilité sans victime, ensuite par une responsabilité sans préjudice, enfin par une responsabilité sans indemnisation »[1150].

§2. Le risque et le lien de causalité

Successivement, seront examinés le lien de causalité (I) et le risque (II).

I. Le lien de causalité

645. Interdépendance entre risque et lien de causalité. La question de l'existence du risque est intimement liée à la question du lien de causalité qu'il entretient avec le comportement illicite. On dira par exemple que l'exposition à l'amiante conduit à des risques de cancer ; ce qui veut dire que le risque ne peut exister en l'absence d'une origine préalablement déterminée. Autrement dit, si on peut affirmer qu'un risque existe, c'est que son origine est en amont établie. Plus concrètement, si un fait, quel qu'il soit génère un risque, il existe alors un lien causal entre le fait de ne pas prendre des mesures pour le *supprimer* et le risque. Ainsi, si le refus de se soumettre à certains actes médicaux comporte des risques, il existe *a fortiori* un lien de causalité entre le risque et le fait de ne pas se soumettre à un acte médical préconisé, pourvu qu'il soit considéré comme fautif au regard des critères préalablement dégagés.

[1149] J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 651, § 27.

[1150] D. MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution, la responsabilité civile à l'aube du XXI^e^ siècle », Resp. civ. et assur., juin 2001, chr. n° 14, hors série.

646. Certitude de l'existence ou de l'absence du risque. Nous avons vu que le risque, pour justifier la mise en œuvre de la responsabilité civile dans le cadre de sa fonction préventive n'a pas à être certain, dès lors que le principe de précaution[1151] a été introduit dans les mécanismes de responsabilité civile, dans le but d'anticiper un risque incertain. Il y a lieu par ailleurs de souligner que, bien qu'il faille les dissocier, il ne faut pas accentuer l'importance de la distinction entre le principe de précaution et celui de prévention en ce qui concerne la certitude du risque. Si l'un suppose l'existence d'un risque certain et l'autre incertain, il existe des degrés de certitude entre principe de précaution et de prévention. Il ne s'agit pas d'absence totale de risque d'un côté, et de certitude scientifique absolue de l'autre.

647. Une telle considération a conduit la jurisprudence à répondre à la question de savoir quel est le degré suffisant pour appliquer l'un des deux principes, et comment l'établir. Si le risque est certain, *a priori*, il n'y a pas de difficulté particulière : le principe de prévention trouve à s'appliquer, soit que des études scientifiques établissent avec certitude le risque, soit que dans le passé, le risque s'est déjà réalisé. Sur ce dernier point, l'affaire relative à la fabrication du distilbène en fournit une illustration. Rappelons que dans cette affaire, les victimes ont été exposées au distilbène en 1973 et en 1968. Or, dans les années 50, des études scientifiques ont fait état de la survenance de cancers et donc d'un risque de cancer, puis à partir de 1971, de nouvelles études ont contre-indiqué le médicament litigieux. La Cour de cassation retient que les fabricants du médicament litigieux auraient dû prendre des mesures face à ce risque car il était devenu certain en raison de sa réalisation. Lorsqu'en revanche, il est certain que le risque n'existe pas, la solution est tout aussi évidente : le principe de précaution ne peut trouver à s'appliquer[1152].

648. Incertitude du risque. Néanmoins, lorsque le risque est incertain, cela est plus délicat : en effet, on ne peut pas mettre en jeu la responsabilité civile pour anticiper la réalisation d'un dommage chaque fois qu'il y a une incertitude, ce pourquoi il ne faut pas

[1151] Art. 5 de la Charte de l'environnement : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre des procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

[1152] Civ. 3e, 3 mars 2010, n° 08-19.108 : dans cet arrêt, la Cour de cassation, en faisant une application classique du principe de précaution sur le fondement de l'article L. 1110-1 du Code de l'environnement, exclut son application : le risque n'existant pas, le principe de précaution ne peut trouver à s'appliquer.

accentuer la distinction entre risque certain, et risque incertain. Il faut donc dégager des critères permettant d'établir un lien de causalité relativement sérieux. Ils permettront d'établir une présomption de causalité pour les risques incertains : c'est la voie qu'a empruntée la jurisprudence, après de longues années d'hésitation.

649. Alors que la jurisprudence est restée incertaine à ce sujet pendant longtemps, un arrêt rendu en date du 18 mai 2011[1153] vient préciser les conditions d'application du principe de précaution. Avant cet arrêt, lorsque le risque était incertain, mais qu'il était de nature à compromettre la santé ou l'environnement, soit d'emporter un risque relativement grave, le principe de précaution trouvait à s'appliquer. Il semblait alors que l'application du principe de précaution dépendait de la gravité du risque tel qu'il en ressortait de l'article 5 de la charte de l'environnement[1154]. Et notamment, la gravité du risque était déduite de l'objet du risque. Dans ce cadre, le principe de précaution devait être combiné à d'autres principes comme la protection de la santé, et apparaissait comme un moyen de prévenir les risques dès lors qu'ils étaient de nature à compromettre la santé des tiers[1155].

650. Arrêt de 2011 : des précisions importantes sur l'appréciation de la certitude du risque. Mais les choses se sont précisées avec l'arrêt de 2011[1156], changeant quelque peu la position de la jurisprudence. Dans cette espèce, une société exploitait un élevage sur des terrains dont elle est la propriétaire, situés sous ou à proximité d'une ligne à très haute tension appartenant à une autre société spécialisée en électricité. La première société assigne la seconde en réparation du prétendu dommage causé par les champs électromagnétiques à son élevage. La Cour d'appel de Limoges, en date du 11 mars 2010, rejette sa demande, en raison de l'incertitude sur le lien de causalité entre les courants électromagnétiques et les désordres causés à l'élevage. S'appuyant sur de nombreuses expertises scientifiques, elle relève qu'il n'existe pas de consensus scientifique sur le sujet. Le demandeur en première instance forme alors un pourvoi en cassation en invoquant le principe de précaution. Il soutient que les articles L. 110-1 II 1° du Code de

[1153] Civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645.
[1154] Art. 5 de la Charte de l'environnement, précit.
[1155] V. en ce sens M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », D. 2010, p. 2662 et s.
[1156] Civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645.

l'environnement[1157] et 5 de la Charte de l'environnement[1158] imposent d'engager la responsabilité des personnes dont l'activité est à l'origine d'un risque, et ce même « en l'absence de certitude, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ».

651. La troisième chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi et refuse d'appliquer le principe de précaution, exigeant que l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre le risque de désordre et les ondes électromagnétiques soit établie. Elle précise que cette certitude doit résulter de circonstances graves, précises, fiables et concordantes. Selon ses termes il appartenait au demandeur d'établir que le risque était la conséquence directe et certaine de l'installation des lignes à haute tension, « et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes ». Or la cour d'appel avait relevé à bon droit « des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état des élevages de sorte qu'il subsistait des incertitudes notables sur cette incidence et qui a analysé les circonstances de fait dans lesquelles le dommage s'était produit, a pu retenir, sans inverser la charge de la preuve, que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, l'existence d'un lien de causalité n'était pas suffisamment caractérisée et en a exactement déduit que les demandes d'indemnisation du GAEC ne devaient pas être admises ». Ainsi, le principe de précaution ne remet pas en cause les règles relatives à la responsabilité civile : le lien de causalité, pour être retenu, doit être suffisamment sérieux.

652. Une méthode d'interprétation du lien causal déjà usitée. Le recours à des présomptions en cas d'incertitude scientifique dans l'hypothèse où la santé d'un tiers est menacée n'est d'ailleurs pas nouveau, et, outre l'objectif d'anticipation du risque, une telle méthode a déjà été utilisée par la Cour de cassation pour permettre à la victime d'un préjudice corporel d'être indemnisée. Que l'on songe à la méthode d'interprétation du lien causal aujourd'hui bien connue, appliquée par la Cour de cassation concernant la

[1157] Art. L. 110-1, II, 1° du C. envir. : « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économique acceptable ».
[1158] Art. 5 de la Charte de l'environnement, précit.

vaccination contre l'hépatite et l'apparition de la sclérose en plaques[1159]. La Cour de cassation, dans cette affaire, sur le fondement de l'article 1353 du Code civil, a donné raison aux juges du fond d'avoir examiné si « les éléments de preuves qui lui étaient soumis constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes (…) du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage ». De la même manière, dans une décision rendue en 2006,[1160] la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir considéré qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant d'imputer l'apparition d'une hypertension artérielle pulmonaire primitive à la prise du médicament litigieux, dans la mesure où les experts avaient reconnu que le médicament pouvait être un facteur favorisant ladite pathologie chez des sujets présentant une prédisposition, et que la patiente qui était en parfait état de santé avant le traitement ne présentait aucune raison de développer une telle maladie.

653. La responsabilité pour risque rattachée aux conditions classiques de responsabilité. On voit que la responsabilité pour risque ne se détache pas des critères d'appréciation classique de mise en jeu de la responsabilité civile. Ainsi, aujourd'hui, le risque hypothétique ne permettrait pas de mettre en jeu la responsabilité délictuelle sur le fondement du principe de précaution, à défaut de preuve de l'existence d'un lien de causalité suffisamment caractérisé. Sans conteste, la troisième chambre civile confirme alors l'exigence d'un lien de causalité direct et certain entre le risque du dommage et les ondes électromagnétiques en cause, certitude qui, si elle n'est pas établie par des preuves scientifiques avérées, doit nécessairement découler de présomptions graves, précises, fiables et concordantes.

654. Ainsi, si le refus de se soumettre à un acte médical comprend un risque pour un tiers, le lien de causalité, s'il n'est pas certain en dépit d'études scientifiques, doit être prouvé en raison par exemple, de la proximité de la victime exposée au risque de contamination, ou de l'absence d'antécédents et de prédispositions particulières… Dans tous les cas, l'existence du risque implique le recours à des expertises, qui établiront, en fonction des circonstances, le lien de causalité entre le défaut d'un acte de prévention ou de traitement visant respectivement à se prémunir ou à diminuer la charge infectieuse, et

[1159] V. en ce sens Civ. 1re, 23 sept. 2003, n° 01-13.064 ; 27 févr. 2007, n° 06-10.063.
[1160] Civ. 1re, 24 janv. 2006, n° 02-16.648 : Bull. civ. I, n° 35 ; JCP G 2006, II 10082, note L. GRYNBAUM ; RTD civ. 2006, p. 323 et 325, obs. P. JOURDAIN.

l'existence d'un risque. *A priori*, le lien de causalité, dans notre hypothèse de travail pourrait être établi dès lors que ne pas se soumettre à des actes médicaux précisément destinés à se prémunir contre une pathologie infectieuse ou à la traiter, emporte *a fortiori* des risques tant à l'égard du sujet que des tiers. Encore faudrait-il ensuite justifier que la personne exposée est en contact avec celle qui a refusé l'acte médical litigieux. Lorsque c'est le parent qui a refusé de soumettre l'enfant à un acte médical, l'établissement du lien de causalité, *a priori* est encore moins complexe, car il n'y a pas lieu de prouver le risque de transmission de la maladie d'une personne à une autre.

655. Le lien de causalité est donc à apprécier au cas par cas. Soit le lien de causalité a été établi par les expériences passées, comme cela a été le cas dans l'affaire du distilbène précitée, par un raisonnement rétrospectif, soit par des études scientifiques qui portent sur un acte de prévention, de soin ou traitement contre une pathologie déterminée. Concernant le cas particulier du raisonnement rétrospectif, il renvoie à l'hypothèse où le risque s'est réalisé, et c'est parce qu'il s'est réalisé, que le risque devient certain. L'affaire du distilbène encore une fois en fournit une illustration. En effet, dans cette espèce, les fœtus ayant été exposés au médicament pendant la grossesse ont développé une fois adulte des tumeurs cancéreuses, ce qui les a conduits à assigner le fabricant du médicament litigieux. Alors que des études biologiques avaient dans les années cinquante fait état de la survenance de cancers et donc d'un risque de cancer, et que dans les années 1971 de nouveaux travaux avaient contre-indiqué le distilbène, le risque est devenu certain au moment de sa réalisation. Si les expertises concluent à une incertitude, il y a lieu de caractériser le lien de causalité par la preuve de circonstances graves, précises et concordantes, à la lumière des jurisprudences rendues en 2003[1161] et en 2011[1162]. Ainsi, il devra essentiellement être tenu compte des antécédents et du délai d'apparition des symptômes.

II. Le risque pour la santé

656. Sur la nature du risque, nous avons pu en identifier trois catégories : un risque à l'égard de l'enfant dont les parents ont refusé de le soumettre à un acte médical de nature

[1161] Civ. 1re, 23 sept. 2003, n° 01-13.064 ; 27 févr. 2007, n° 06-10.063 ; 25 nov. 2010, n° 09-16.556 ; 26 sept. 2012, n° 11-17.738 ; 18 oct. 2017, n° 14-18.118 ; 18 oct. 2017, n° 15-20.791.
[1162] Civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645.

à compromettre son état de santé ; un risque à l'égard d'un tiers exposé à un risque de contamination, ainsi qu'un risque à l'égard de la santé publique.

657. Risque à l'égard de l'enfant lié au refus exprimé par ses parents. D'abord, il se peut que les parents refusent de soumettre leur enfant à un acte médical pourtant préconisé, l'exposant à un risque. L'enfant, ainsi créancier, est exposé à un risque sur sa santé causé par le refus de soins exprimé par ses parents à son égard.

658. Le risque créé pour la santé d'un tiers. Ensuite, le refus, qu'il soit exprimé pour *autrui* dans le cas des parents, ou encore par le sujet du droit de consentir lui-même, peut exposer *un tiers* à un risque de contagion notamment, dont les dommages peuvent revêtir une certaine gravité, notamment lorsqu'*autrui* fait partie d'une population fragile. Le tiers concerné peut être un collègue de travail, ou encore une personne habitant avec l'individu qui présente des risques de contagion, un membre de la famille, un ami… Pourvu que la contagion soit plausible, notamment lorsque des personnes fréquentent les mêmes lieux de vie. Il est alors arrivé qu'en l'absence de certitude scientifique, le principe de précaution soit combiné à d'autres principes comme la protection de la santé, et apparaissait comme un moyen de prévenir les risques dès lors qu'ils sont de nature à compromettre la santé des tiers[1163]. Tel est le cas par exemple dans l'arrêt de la Cour de Versailles rendu en 2009[1164] rendu en matière de troubles anormaux de voisinage. La Haute juridiction, dans cet arrêt fait application du principe de précaution retenant que « le caractère anormal du trouble causé s'infère de ce que le risque étant d'ordre sanitaire, la concrétisation de ce risque emporterait atteinte à la personne des intimés et à celle de leurs enfants ». On voit ici que l'existence d'un risque se déduit de la nature du risque : la santé.

659. En dehors du domaine d'application de la théorie des troubles anormaux de voisinage, songeons aussi, à titre d'exemple, à l'affaire du distilbène : la mise en jeu des mécanismes de responsabilité a été légitimée par le défaut fautif de mesures prises à un moment où le risque était connu. Et c'est ici encore une fois le risque porté à la santé de tiers qui justifie la mise en place la responsabilité civile dans une logique de prévention du risque. En effet, si les victimes ont été indemnisées des préjudices subis, ce qui relève de

[1163] V. en ce sens M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », art. cit.
[1164] CA Versailles, 4 févr. 2009, n° 08/08775.

la fonction indemnitaire de la responsabilité civile, les juges ont ordonné que le médicament litigieux ne soit plus commercialisé, ce qui relève du volet préventif de la responsabilité civile. Ainsi, l'existence du risque se déduit, ou est renforcée par la nature du risque lorsque celui-ci concerne la santé. Or le refus de se soumettre à un acte médical de prévention ou de traitement visant à diminuer la charge infectieuse d'une pathologie donnée a vocation à emporter des risques sur la santé.

660. Existence du risque : un double point de vue. L'existence même du risque relève d'une appréciation casuistique[1165]. Dans tous les cas, il y a lieu d'envisager un double point de vue. D'une part, lorsque le refus de l'acte médical concerne une obligation vaccinale, l'existence de risques afférents au défaut de vaccination est évidente dès lors qu'il est établi par des études scientifiques préalables. En effet, afin d'imposer une vaccination, le législateur se fonde à l'évidence sur des études biologiques attestant un risque non seulement individuel, mais également pour la santé publique. D'autre part, en dehors des obligations vaccinales qui reposent *a priori* déjà sur des études biologiques établies, le refus de tout traitement ou de soin — exprimé par les parents à l'égard de leur enfant ou du sujet de droit lui-même — est susceptible de la même manière d'exposer l'enfant à un risque ou autrui à un risque.

661. Existence du risque et caractéristiques individuelles. Il faut par ailleurs souligner que l'existence du risque généré par un refus de se soumettre à un acte médical pour prévenir ou traiter une pathologie infectieuse dépend de certains caractères propres à la personne exposée. La réalité du risque est donc fonction de certains éléments, qui peuvent varier d'une personne à l'autre. Plus concrètement, la véracité du risque dépendra d'éléments personnels tels que notamment les prédispositions, l'âge, l'état de vulnérabilité et de l'état de santé initial de la personne. Le risque, par exemple créé par la contagion d'un rhume, d'une grippe, de la tuberculose, peut être différent d'une personne à l'autre. Ainsi, la réalité du risque est *a fortiori* étroitement liée aux caractéristiques biologiques de la personne exposée. Pour un exemple récent, on sait aujourd'hui que le risque de contamination par le coronavirus ne sera pas le même pour une personne dite vulnérable que pour une personne en bonne santé. La contamination par le coronavirus peut créer un risque pour certains, appartenant à une catégorie de personnes vulnérables, alors que pour

[1165] V. en ce sens C. NOIVILLE, art. cit.

d'autres, le risque serait minime, voire quasi inexistant. Alors, si dans un premier temps il faut examiner l'existence du risque dans l'absolu, il y a lieu, dans un second temps d'apprécier la réalité du risque en fonction des caractéristiques notamment biologiques de la personne exposée. Il est certain alors que, comme l'affirme C. NOIVILLE, les principes de précaution et de prévention impliquent « une évaluation des risques rigoureuse et étayée »[1166].

662. Au demeurant, si un tiers identifié peut être exposé à un risque, il se peut également que toute une population soit menacée, créant ainsi un risque pour la santé publique. La question se pose alors de savoir si d'une part, la responsabilité pour risque prend en considération une telle catégorie de risque et d'autre part, si le refus de l'acte médical peut véritablement menacer la santé publique de sorte que la responsabilité civile puisse fournir une réponse satisfaisante.

663. Le risque pour la santé publique. Le risque peut être porté à l'égard de personnes non identifiées, dès lors que l'environnement ou la santé publique sont menacés, comme le suggèrent le Code de l'environnement[1167], ainsi que la jurisprudence lorsqu'elle reconnaît un préjudice écologique dès lors qu'il est porté atteinte à l'environnement[1168]. Si la prévention a trouvé son essence dans des considérations essentiellement écologiques, son application par les juges a montré que le principe peut également jouer lorsque le risque est lié à la santé. Ainsi, aujourd'hui, les objectifs de protection de l'environnement ainsi que de la santé sont devenus les principaux fondements de la prévention. Autrement dit, le simple fait que le risque soit lié à l'environnement ou à la santé suffirait à mettre en place, par la mise en jeu des mécanismes de responsabilité, des mesures de suppression du risque.

[1166] *Ibid.*

[1167] Art. L. 110-1, II, 2° du C. envir. : « le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en déduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées (…) ».

[1167] Art. L. 110-1, II, 1° du C. envir. : « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

[1168] Crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé »

664. Néanmoins, si le risque à la santé publique semble pouvoir s'adapter à notre hypothèse de travail, il n'est pas pour autant pertinent dès lors que sa réalité questionne. En effet, le refus exprimé par une personne, ou quelques personnes isolées, de se soumettre à un acte médical préconisé, qui conduirait à réduire une charge infectieuse, évitant ainsi les contaminations, ne suffit pas à menacer toute une population. Si la santé publique est menacée, la prévention par la responsabilité civile ne semble pas être une réponse adéquate dès lors que dans le contentieux, seuls une personne ou un petit groupe de personnes pourraient être identifiées. Il faudrait pouvoir identifier une activité, ou plutôt une abstention de masse pour que la santé publique puisse être menacée.

665. Or le maintien de la santé publique ne dépend pas d'une faible portion de la population. En d'autres termes, la santé publique ne peut être en péril qu'en cas de menace pour toute une population. L'hypothèse présentée n'entre pas dans cette qualification, contrairement, par exemple, au risque d'amiante qui se présentait dans l'espèce de l'arrêt du Conseil d'État en 2004[1169]. La réponse, en cas de menace pour la santé publique liée au refus de se soumettre à un acte médical préconisé, doit pouvoir provenir des pouvoirs publics, par le biais de mesures administratives, ou de loi qui obligerait toute une population à se soumettre à un acte de prévention ou un traitement pour que l'immunité collective puisse être atteinte, tel que c'est le cas concernant la législation sur la vaccination. Une réponse du droit de la responsabilité civil ne saurait être suffisante.

666. Toujours est-il que l'existence d'un risque lié au refus de se soumettre à un acte médical à l'égard d'autrui n'est pas illusoire, et la question se pose en outre de savoir quelle serait la sanction d'un refus de se soumettre à un acte médical constitutif d'un comportement illicite générateur de risque.

667. De l'anticipation d'un risque à l'indemnisation d'un préjudice : une indemnisation qui découle de la responsabilité pour risque. Les mesures de prévention, en responsabilité civile, peuvent être des mesures de remise en état, de cessation de

[1169] CE, ass., 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X. et autres : AJDA 2004, p. 974, chr., F. DONNAT et D. CASSAS ; RFDA 2004, p. 612, concl. E. PRADA-BORDENAVE ; D. 2004, p. 973, note H. ARBOUSSET et obs. P.-L. FRIER.

l'illicite, de réparation en nature, ou de mesures conservatoires[1170]. Dans notre hypothèse de travail, les juges pourraient par exemple contraindre l'auteur du comportement illicite à s'isoler. Mais peuvent-il le sommer de se soumettre à l'acte médical litigieux ? Rappelons que l'abstinence n'est litigieuse que si le refus porte sur un acte médical bénin, non douloureux qui ne fait pas courir de risque au sujet. Ainsi, *a contrario*, l'acte médical, s'il est imposé, n'emporte *a priori* pas de conséquences néfastes pour le sujet, si bien qu'on pourrait envisager de le forcer à s'y soumettre. Néanmoins, cela ne convainc pas. On l'a dit, le droit de refuser, sur le terrain de la responsabilité civile ne peut pas conduire les juges à forcer le sujet à se soumettre à un acte médical, fût-il bénin. Si alors, les juges peuvent obliger le défendeur à adopter des mesures de sorte à minimiser le risque de contamination, ils ne peuvent le contraindre à se soumettre à l'acte médical, excepté lorsque celui-ci est imposé par la loi, tel que c'est le cas pour les vaccins obligatoires. Toutefois, il est intéressant de voir que l'existence d'un risque peut aussi causer des préjudices moraux que les juges acceptent d'indemniser. Bien que la réparation de ces préjudices relève à l'évidence de la fonction indemnitaire, elle se déduit de l'existence d'un risque[1171]. Ainsi, de façon indirecte, la responsabilité pour risque exercera une influence sur l'indemnisation. L'arrêt rendu par la Cour de Versailles en 2009[1172] en fournit une illustration.

668. L'exemple fourni par l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles de 2009. Dans cet arrêt, un opérateur avait installé une antenne de téléphonie mobile dont se sont plaints certains particuliers[1173]. La Cour d'appel de Versailles condamne l'opérateur à démanteler l'antenne qui engage alors sa responsabilité envers les victimes. Cette sanction correspond à une cessation de l'illicite. En faisant cesser l'illicite, on voit bien ici l'effet préventif de

[1170] La mesure conservatoire est prise « pour éviter que la situation suspectée d'illicéité ne se consomme entièrement ou ne s'aggrave avant que le juge du fond puisse se prononcer sur la réalité de son illicéité. (…) Il s'agit de conserver en l'état pour préserver l'efficacité du jugement au fond à venir », C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, vol. 71, 2008, p. 109. V. également, J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 7e éd., 2019, n° 526 et 609 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey, 1961, n° 1292 ; R. PERROT, « L'évolution du référé », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université de sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 650, n° 8 et 9 ; J. VIATTE, « Les pouvoirs du juge des référés », GPL 1976, II, p. 709 ; B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2000 ; M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, coll. Bibl. dr. social, t. 36, 2002, n° 117 et s., cité par C. SINTEZ, *op. cit*.

[1171] Souligné par nous.

[1172] CA Versailles, 4 févr. 2009, n° 08/08775.

[1173] L'arrêt a été rendu sur le fondement du trouble anormal de voisinage.

la sanction destinée exclusivement à empêcher la réalisation du risque. Mais la cour d'appel le condamne également à verser des dommages-intérêts au titre de réparation d'un préjudice moral *né de l'existence d'un risque* : les riverains, anxieux à l'idée que le risque se réalise, subissent un préjudice dit d'angoisse. Certes, ici, il s'agit du volet indemnitaire de la responsabilité civile dès lors qu'un préjudice réparable certain existe. Mais il est intéressant de voir que c'est à partir de l'existence du risque, que la cour d'appel déduit un préjudice moral d'angoisse réparable. Cet arrêt témoigne de l'idée en vertu de laquelle tout risque créé pour la santé ou la sécurité des personnes pourrait engendrer un trouble anormal et donc être la cause d'un préjudice réparable. La réparation du préjudice ici, suit bien une logique indemnitaire dès lors qu'il y a un préjudice certain.

669. Néanmoins, elle dépend sans conteste de l'existence d'un risque et s'inscrit alors, fût-ce indirectement, dans une logique de responsabilité pour risque. C'est alors que de façon indirecte, la responsabilité pour risque offre des perspectives intéressantes dès lors qu'il peut exister une relation de cause à effet entre le volet prévention et le volet indemnisation. On peut alors imaginer que si une personne est exposée à un risque de contamination en raison de l'absence de traitement d'une autre personne vivant à proximité, — un voisin par exemple —, et sous réserve que l'abstention soit fautive, les juges pourront contraindre le fautif à indemniser le tiers exposé au risque d'un préjudice d'angoisse lié à l'éventualité que le risque se réalise. Ainsi, à défaut de pouvoir imposer à la personne de se soumettre à un acte médical, la personne exposée aura la possibilité d'invoquer un préjudice d'angoisse lié à l'existence d'un risque grave pour sa santé dont elle a connaissance.

Conclusion du §2

670. La réalité du risque varie en fonction entre autres, de l'état de santé général, des prédispositions, et des antécédents de la personne exposée. Ainsi, le risque dépend nécessairement des caractéristiques personnelles de l'individu exposé, si bien qu'il est indispensable de procéder à une appréciation du risque rigoureuse et détaillée[1174].

[1174] C. NOIVILLE, art. cit.

671. Le lien de causalité peut soit être établi avec certitude par des études biologiques, soit il est incertain auquel cas il y a lieu de recourir, s'il en est, à des présomptions de causalité qui permettraient d'établir un lien causal relativement sérieux, conformément à la solution retenue par la Cour de cassation en 2011[1175]. Et s'il est parfois difficile d'établir une causalité en cas d'incertitude scientifique, cela soulève certes des difficultés pratiques, mais qui ne sont néanmoins pas singulières à notre hypothèse de travail, irriguant ainsi l'ensemble de du droit de la responsabilité civile[1176].

672. Enfin, concernant la sanction, celle-ci, dans notre hypothèse d'étude, consisterait notamment à faire cesser l'illicite ou à prendre des mesures conservatoires conduisant les juges à contraindre l'auteur du comportement litigieux à s'isoler. À défaut de pouvoir forcer le défendeur à se soumettre à l'acte médical - à moins que celui-ci soit imposé par la loi - les juges pourront en outre déduire de l'existence d'un risque un préjudice réparable, à la lumière de l'arrêt remarqué rendu par la Cour d'appel de Versailles en 2009[1177].

[1175] Civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645 : la Cour de cassation a pu retenir que pour mettre en application le principe de précaution, un lien de causalité suffisamment caractérisé doit être démontré entre le fait générateur de responsabilité, et le risque

[1176] V. par ex., en dehors de la responsabilité pour risque : Civ. 1re, 18 oct. 2017 (deux arrêts), n° 14-18.118 et n° 15-20.791 : la Cour de cassation retient qu'en l'absence de certitude scientifique, le lien de causalité entre l'administration du vaccin contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques doit être juridiquement prouvé par la réunion d'indices graves, précis et concordants.

[1177] CA Versailles, 4 févr. 2009, n° 08/08775.

Conclusion du chapitre I

673. Les principes de prévention et de précaution trouvent dans la santé « un lieu d'application (…) privilégié »[1178]. Ainsi, la jurisprudence en fait application non seulement quand un risque grave est créé pour l'environnement, mais aussi lorsque le risque est lié à la santé. L'objectif de protection de la santé sert alors de leitmotive à l'application des principes de prévention et de précaution.

674. D'ailleurs, la Cour de cassation a pu retenir dans un arrêt que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé »[1179]. Le risque pour la santé a donc pu justifier la mise en œuvre de ces principes. Ces derniers doivent alors pouvoir trouver à s'appliquer lorsque des tiers sont exposés à des risques de contamination générés par le refus d'une personne de se soumettre à un acte médical. Dès lors que sur le terrain de la responsabilité civile, la reconnaissance du droit de refuser par les textes empêchent les juges de contraindre le défendeur à se soumettre à un acte médical, prévenir la réalisation d'un risque générer par le refus se traduirait notamment par l'adoption de mesures conservatoires telles que l'isolement. Par ailleurs, à la lumière de la jurisprudence rendue par la Cour d'appel de Versailles en 2009[1180], le refus de se soumettre à un acte médical pourrait être indirectement sanctionné par le versement de dommages-intérêts dès lors qu'il crée un préjudice d'angoisse que les juges peuvent déduire de la nature du risque. Bien qu'il soit question ici d'indemniser un préjudice, et non de prévenir sa réalisation, il découle de l'existence d'un risque et s'inscrit, fût-ce indirectement, dans une logique de responsabilité pour risque.

675. En dépit de l'objectif de protection de la santé, la jurisprudence n'a jamais appliqué les principes de prévention ou de précaution concernant un refus de se soumettre à un acte médical. Néanmoins, l'absence d'application des principes de prévention et de précaution au refus de l'acte médical ne surprend guère compte tenu du contexte juridique qui encadre le droit de refuser tout acte médical. En effet, ces principes ne sont pas des faits générateurs autonomes de responsabilité : ils sont examinés à la lumière du droit

[1178] C. NOIVILLE, art. cit.
[1179] Crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938.
[1180] CA Versailles, 4 févr. 2009, précit.

commun de la responsabilité civile[1181], ce qui implique la démonstration d'une faute, que les juges refusent d'attribuer à un refus de se soumettre à un acte médical qui apparaît alors, sur le terrain de la responsabilité civile, comme un droit absolu. Pourtant, il serait utile d'envisager que le refus puisse parfois, toujours selon une mise en balance d'intérêts, justifier l'application des principes de prévention et de précaution, dès lors qu'il génère un risque pour la santé d'autrui. La théorie, à elle seule, n'exclut pas cette hypothèse, dès lors que les conditions classiques de mise en œuvre de la responsabilité civile, sous réserve d'une approche plus souple de la part des juges, peuvent être remplies.

676. Ainsi, en ce qui concerne le comportement illicite à l'origine du dommage, pour que le refus puisse être qualifié de fautif, il faudrait tout d'abord que le risque ait été raisonnablement connu, critère déjà admis par la jurisprudence pour qualifier le manquement à l'origine du risque. Néanmoins, un tel critère est à notre sens insuffisant dès lors qu'il conduirait à inverser le principe de liberté, s'il n'est pas combiné avec un autre critère. D'où l'intérêt de recourir au critère de distinction entre la nature des actes, autrefois utilisé par la Cour de cassation. Un tel critère rejoint au demeurant la définition adoptée par les textes des principes de précaution et de prévention qui imposent de prendre des mesures *proportionnées* et *raisonnables*[1182].

677. Par ailleurs, si la responsabilité pour risque créé est une forme de responsabilité préventive qui a été proposée par certains auteurs[1183], elle ne nous paraît néanmoins pas

[1181] V. Civ. 2e, 24 févr. 2005, n° 04-10.362 et CA Versailles, 4 févr. 2009, précit. en ce qui concerne les troubles anormaux de voisinage ; Civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-16.179 et n° 04-16.180 concernant la responsabilité du fait personnel ; Civ. 2e, 2 oct. 2008, n° 07-15.968 concernant la responsabilité du fait des choses.

[1182] Art. L. 110-1, II, 2° du C. envir. : « le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en déduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées (…) » ; art. L. 110-1, II, 1° du C. envir. : « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable » ; art. 5 de la Charte de l'environnement : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leur domaine d'attribution, à la mise en œuvre des procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

[1183] V. en ce sens J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 651, § 27.

satisfaisante. En effet, dès lors que dans notre hypothèse, les mesures de prévention consisteraient à sanctionner le refus de se soumettre à un acte médical, cette forme de responsabilité conduirait notamment à inverser le principe du consentement, qui doit rester un principe supérieur. D'où l'intérêt que les principes de prévention et de précaution demeurent intégrés dans un système de responsabilité pour faute.

678. En ce qui concerne l'existence du risque et du lien de causalité, la difficulté, si elle peut se trouver sur le terrain probatoire en présence d'un risque incertain, elle n'est pas singulière au refus de se soumettre à l'acte médical, mais à toute hypothèse où l'établissement du lien causal, en l'absence de certitude scientifique, repose sur des présomptions. Ainsi, soit le risque est certain : dans cette hypothèse, on applique le principe de prévention. Soit le risque est incertain : dans ces cas, le principe de précaution ne peut être appliqué que si la preuve de présomptions est apportée, ou si le risque est particulièrement grave. La preuve de l'existence d'un risque — relativement certain — suffit ; et si la causalité n'est pas établie avec certitude, des présomptions permettent de justifier l'application du principe de précaution[1184]. Enfin, il est indispensable que la réalité du risque soit appréciée au regard des caractéristiques particulières de la personne exposée, dès lors qu'elle en dépend[1185].

679. En tout état de cause, les principes de prévention ou de précaution devraient pouvoir s'appliquer pour anticiper le risque lié au refus de se soumettre à un acte médical, tout en respectant l'exigence de proportionnalité qui les définit[1186]. Une telle possibilité est par ailleurs favorable aux demandeurs dès lors qu'ils n'ont pas à apporter la preuve d'un préjudice réparable, mais simplement du risque du dommage.

680. Si, en théorie, rien n'empêche de mettre en jeu la responsabilité de celui qui refuse de se soumettre à un acte médical dans une logique d'anticipation du risque, le refus doit en outre être utilement envisagé dans ses rapports avec la fonction indemnitaire de la responsabilité civile.

[1184] V. Civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645.
[1185] C. NOIVILLE, art. cit.
[1186] Art. L. 110-1, II, 2° et art. L. 110-1, II, 1° du C. envir., précit. ; art. 5 de la Charte de l'environnement, précit.

CHAPITRE II
LA FONCTION INDEMNITAIRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

681. La jurisprudence, de façon générale, se montre relativement souple à l'égard des victimes « qu'il semble injuste de laisser sans réparation, surtout lorsque le dommage est corporel »[1187]. Pourtant, le refus de se soumettre à l'acte médical n'est jamais sanctionné par les mécanismes de responsabilité civile alors que, de toute évidence, en décidant de ne pas se prémunir contre certaines maladies ou encore de se soigner, une personne peut également en faire subir les tiers. Cela concerne alors notamment les hypothèses où un individu est porteur de maladies infectieuses dont les agents infectieux se propagent tant qu'ils existent.

682. La question se pose de savoir si les tiers peuvent, par le biais des mécanismes traditionnels de responsabilité civile, invoquer les préjudices nés de la contamination par une personne afin d'en obtenir réparation. Du côté du sujet du droit de consentir, la question peut se poser de savoir s'il est envisageable, au regard du droit commun, que le parent ou le tuteur engage sa responsabilité délictuelle pour avoir refusé d'administrer le vaccin qui a pu contaminer d'autres enfants. Ou encore, l'enfant peut-il demander réparation d'un handicap survenu à cause d'un refus de vaccination ou de tout acte médical exprimé par ses responsables légaux ? Par ailleurs, une personne engage-t-elle sa responsabilité si elle refuse de se soumettre à un vaccin à l'âge adulte, ou à tout autre acte médical qui ne fait pas l'objet d'une obligation à l'égard d'un tiers qui subirait les conséquences de son refus [1188]? Pour répondre à de telles questions, il convient de vérifier, au regard du droit commun, si les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile sont réunies, à commencer par le fait générateur de responsabilité (Section I). Seront ensuite analysés le préjudice ainsi que le lien de causalité (Section II)[1189].

[1187] A. DENIZOT, *Responsabilité civile et quasi-contrats. 24 exercices d'application*, « Séquence 1. Les fonctions de la responsabilité civile », Ellipses, coll. Exos droit, 2022, pp. 11-19.
[1188] Les onze vaccins obligatoires prévus par la loi sont des vaccins infantiles.
[1189] Dès lors que les critères d'appréciation de la faute civile ne diffèrent pas qu'elle soit analysée comme une cause d'exonération ou comme fait générateur de responsabilité, une attention plus particulière sera portée aux conditions tenant au lien de causalité et au préjudice.

SECTION I. LE FAIT GÉNÉRATEUR DE RESPONSABILITÉ

683. Bien que la faute, qu'elle soit exonératoire ou génératrice de responsabilité civile personnelle soit appréciée de la même manière, il y a lieu de rappeler brièvement les critères retenus pour qualifier le caractère fautif du refus au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil (§1). L'exercice du droit de refuser pouvant en outre léser les tiers et entrer en conflit avec leurs intérêts, il y avait lieu d'envisager un nouveau fait générateur de responsabilité : les conflits de droits subjectifs (§2)[1190].

§1. Le refus dans ses rapports avec la faute

684. L'article 1240 du Code civil consacre un principe général de responsabilité pour faute auquel le Conseil constitutionnel reconnaît en 2010 une valeur constitutionnelle[1191]. Ainsi, dès lors qu'une personne a, par sa faute, causé un dommage à autrui, elle est tenue de le réparer. Il en ressort que, si un tiers est lésé par le refus d'une personne de se soumettre à un acte médical, encore faut-il que le refus soit fautif pour qu'il obtienne droit à réparation. Si la faute civile est une notion polymorphe qui consiste soit en la violation d'une norme légale déterminée soit en la violation de la norme générale de prudence et de diligence[1192], il est important de distinguer à nouveau le cas des vaccins obligatoires[1193] et celui des actes médicaux qui ne font pas l'objet d'une obligation légale.

[1190] L'abus de droit, qui a été envisagé comme cause de limitation du droit à réparation, peut d'emblée être exclu. En effet, l'abus de droit a déjà été envisagé dans ses rapports avec le refus, dans le cadre de sa sanction indirecte. Celui-ci avait été écarté, en raison de la suffisance de la faute. Il implique alors de recourir aux mêmes critères que ceux proposés pour qualifier la faute exonératoire de responsabilité. Dans la mesure où l'appréciation de la faute exonératoire n'est pas différente que celle génératrice de responsabilité, la conclusion n'en serait ici guère différente.

[1191] Cons. constit., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC.

[1192] Civ. 2e, 28 févr. 1996, n° 94-13.084 : dans cet arrêt, la Cour de cassation confirme les arrêts Derguini et Lemaire rendus en 1984, en retenant qu'un enfant en bas âge peut commettre une faute au sens du droit civil, même s'il est privé de discernement. L'intérêt de l'arrêt de 1996 tient notamment aux précisions qu'il apporte concernant la méthode d'appréciation de la faute. La Cour de cassation ne compare pas le comportement de l'enfant à un enfant du même âge, mais au bon père de famille, aujourd'hui remplacé par la personne normalement avisée. Elle se livre donc à une appréciation *in abstracto* de la faute.

[1193] Les deux principales législations sont d'une part celle qui porte sur les vaccins infantiles, et d'autre part, celle qui porte sur l'obligation contre la Covid-19 en milieu ciblé. v. respectivement L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017, de financement de la sécurité sociale pour 2018 et la L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire. Aussi sont concernées les personnes soumises aux vaccinations obligatoires en raison de leur activité tel que les salariés de pompes funèbres.

685. Et dans la mesure où la qualification de la faute a déjà fait l'objet d'un développement[1194] et que les critères d'appréciation de la faute exonératoire ne sont pas différents de ceux de la faute génératrice de responsabilité dans le cadre du régime de responsabilité personnelle, les raisonnements adoptés *supra* peuvent être transposés ici. De façon synthétique ainsi, il y a lieu de rappeler qu'au sens de l'article 1240 du Code civil, la violation d'une obligation légale constitue une faute. Ainsi, le refus de se soumettre ou de soumettre son enfant à l'un des vaccins obligatoires constitue sans nul doute une faute au sens du droit de la responsabilité civile[1195]. Il en va de même pour les obligations vaccinales imposées de façon spécifique dans certains milieux exposés à des risques accrus de contamination[1196].

686. En ce qui concerne les actes médicaux qui ne sont pas soumis à une obligation, il y a lieu de se référer à la faute consistant en la violation de la norme générale de prudence et de diligence, consacrer à l'article 1241 du Code civil. Pour ce faire, il convient de mobiliser à nouveau les critères autrefois utilisés par la Cour de cassation[1197] consistant à distinguer entre les actes bénins et les actes lourds[1198] dont nous avons défendu la réintroduction pour admettre que le refus puisse être fautif, conduisant à exonérer le professionnel de santé de sa responsabilité. Rappelons que la jurisprudence antérieure à 1997 admettait, en fonction de la nature de l'acte médical considéré, de sanctionner, fût-ce indirectement par une déchéance du droit à réparation, le refus par les mécanismes de responsabilité[1199]. Il n'est pas juste de considérer que la victime d'une contamination causée par le refus d'une personne de suivre un traitement ou de se soumettre à un acte de prévention ne puisse jamais obtenir réparation de son préjudice. Bien que, comme pour la faute exonératoire, la suppression de la distinction entre la nature des actes permette légitimement, comme le soulevait VINEY[1200], d'éviter toute discussion sur le caractère

[1194] V. supra, n° 427 et s.
[1195] L. n° 2017-1836, précit.
[1196] Par ex., v. Convention collective nationale des pompes funèbres du 1er mars 1974, IDCC 759, brochure n° 3269, art. 211 qui impose aux salariés travaillant dans les pompes funèbres de se vacciner contre l'hépatite B.
[1197] Avant qu'elle n'opère un revirement de jurisprudence. v. en ce sens Civ. 2e, 19 mars 1997, n° 93-10.914 : Bull. civ. II, n° 86 ; D. 1997, p. 106 – Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203.
[1198] V. en ce sens Crim., 30 oct. 1974 : D. 1975, p. 178, note R. SAVATIER ; JCP 1975, II 18038, obs. L. MOURGEON ; RTD civ. 1975, p. 713, obs. G. DURRY.
[1199] *Ibid*.
[1200] G. VINEY, note sous Civ. 2e, 19 mars 1997.

bénin ou risqué de l'intervention - alors que certains actes courants avaient entraîné de graves risques - il ne peut être admis que les préjudices subis par une personne dans sa chair soient systématiquement ignorés, sous prétexte que le titulaire du droit de consentir ne fait qu'user de son droit. Il est important que la porte soit ouverte à la possibilité d'indemniser, fût-ce exceptionnellement, les victimes d'une contamination, imputable à une abstention fautive, à plus forte raison lorsque celui-ci cause un préjudice réparable à autrui.

687. Ainsi, lorsque, par exemple, un acte médical préconisé par le professionnel de santé[1201] a été refusé, conduisant à la réalisation de risques pourtant portés à la connaissance des parents qui, en principe, consentent en toute connaissance de cause[1202], et que l'acte médical était de nature à nettement améliorer l'état de santé de l'enfant, présentant alors un bilan bénéfices-risques largement positif, le refus des parents doit pouvoir être considéré comme fautif. Plus qu'en matière exonératoire, il est essentiel que le refus de se soumettre à l'acte médical puisse être considéré comme une faute civile, lorsqu'il est un fait générateur de responsabilité, dès lors que l'enjeu est d'indemniser une victime de dommages, qui demeure la finalité première de la responsabilité civile, et à plus forte raison, lorsqu'il s'agit de préjudices corporels.

688. Si l'appréciation de la faute en tant que fait générateur de responsabilité n'est pas différente de celle de la faute de la victime exonératoire, impliquant de recourir au critère lié à la nature de l'acte, un fait générateur nouveau de responsabilité civile mérite d'être étudié : les conflits de droit subjectifs, dès lors que le tiers lésé dispose d'un droit à réparation.

§2. Le refus dans ses rapports avec les conflits de droits

689. Propos liminaires. Si les juges sont réticents à reconnaître le refus de se soumettre à un acte médical comme fautif, un autre moyen de résoudre les conflits qui naissent entre intérêts des tiers et exercice du droit de consentir serait les conflits de droits. On ne pouvait en effet que solliciter la question des conflits des droits subjectifs, dès lors

[1201] Encore faudrait-il prouver que le médecin a, conformément à la loi, rempli son devoir d'information.
[1202] Sous réserve d'en apporter la preuve.

que l'exercice du droit de refuser est de nature à causer des préjudices aux tiers. Si la consécration du droit de consentir et donc du droit de refuser tout acte médical ne se discute point, la question se pose de savoir si le droit à réparation du tiers entre en conflit avec le droit de consentir, de sorte qu'il puisse l'opposer à celui qui a refusé l'acte médical, pour obtenir réparation de ses préjudices. En effet, les conflits de droit peuvent être résolus par la responsabilité civile, comme l'illustre la célèbre affaire Kalsen qui opposait droit d'auteur et liberté d'expression[1203]. Il y a conflits entre deux droits dès lors que, dans une même situation donnée, deux droits conflictuels, car contradictoires trouvent à s'appliquer. Autrement dit, il y a conflits lorsque l'exercice d'un droit empêche l'exercice d'un autre de même rang. Il semble alors que l'exercice du droit de refuser est, de prime abord, susceptible de faire naître un conflit de droits qui, *a priori*, après mise en balance des intérêts en jeu, ne peut être résolu que par la responsabilité civile.

690. Droit à réparation et droit de refuser : conflits ? L'exercice du droit de consentir du défendeur empêche le tiers de se prévaloir du droit à réparation. Pour répondre à la question de savoir s'il y a véritablement conflit entre ces deux droits, il y a lieu de déterminer si le droit à réparation a une existence autonome ou s'il est subordonné à d'autres conditions. Dans le premier cas, il serait invoqué par la victime dès lors qu'elle est lésée dans son intérêt. Dans le second cas, la seule lésion ne suffirait pas à invoquer le droit à réparation.

691. Limites. L'invocation du droit à réparation est subordonnée à la réunion des conditions de mise en jeu de la responsabilité civile. Or, en réalité, le droit à réparation trouve sa source dans les articles 1240 et 1241 du Code civil. À en lire leurs dispositions, le droit à réparation n'est pas détachable des conditions de mise en œuvre de la responsabilité. L'existence du droit à réparation suppose alors la réunion des conditions de la responsabilité civile. Et ce n'est que si elles sont vérifiées, que le droit à réparation peut être invoqué. Ainsi, pour pouvoir opposer le droit à réparation d'un dommage causé, outre la démonstration du préjudice et du lien de causalité, le tiers doit apporter la preuve d'une faute. Plus concrètement, il doit, appliqué à notre étude, prouver que le refus est fautif au sens du droit civil. Il en ressort alors que le droit à réparation n'a pas d'existence autonome. Il est pleinement intégré au système de responsabilité pour faute, de sorte qu'à

[1203] Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 13-27.391.

lui seul, il ne peut entrer en conflit avec le droit de refuser. Ainsi, le droit d'obtenir réparation d'un dommage causé par le refus de se soumettre à un acte médical n'existe que si le refus est fautif. On se rend alors compte que sans la preuve d'une faute au sens du droit civil, il n'y a point de droit à réparation. Il n'y a alors pas de conflit de droit en tant que tel, dès lors que la situation décrite à elle seule, ne fait pas naître deux droits : il n'y en a qu'un seul, celui du droit de consentir reconnu par les textes. Et ce n'est que sous réserve d'admettre que le refus puisse être fautif, qu'un droit à réparation pourrait exister.

692. Ainsi, pour donner de la vigueur à notre proposition, il faudrait arguer en faveur de l'admission du caractère fautif du refus de se soumettre à un acte médical préconisé. Si le droit à réparation n'est opposable qu'en présence de la qualification de la faute, alors notre proposition dépendrait nécessairement de l'admissibilité du caractère fautif du refus.

693. Dès lors, raisonner en termes de conflit de droits ne paraît pas pertinent dans la mesure où cela reviendrait à recourir au mécanisme classique de responsabilité consacré par les articles 1240 et 1241 du Code civil, impliquant la preuve de la faute : dès lors que la faute cause un préjudice à un tiers, son auteur est tenu de la réparer. Néanmoins, l'idée est intéressante dès lors que la résolution, par la responsabilité civile, d'un conflit de droits conduit à préserver le caractère exceptionnel de la sanction du refus de se soumettre à un acte médical, impliquant par ailleurs une mise en balance entre les différents intérêts en jeu, conduisant à des solutions adaptées à chacune des situations.

694. Peut-être y aurait-il lieu d'évoquer un autre droit, celui de l'inviolabilité du corps humain qui, certes, fonde le droit de refuser tout acte médical, mais aussi, doit empêcher que le tiers subisse des atteintes à son corps, fût-ce indirectement, par le prisme de la contagion… Cette possibilité est intéressante, mais demeure délicate en raison notamment de son caractère inédit. Le fait est qu'une personne contaminée n'a jamais été considérée comme portant atteinte à son intégrité physique ou à l'inviolabilité de son corps, mais sous réserve d'une extension du concept d'inviolabilité du corps humain, objet d'interprétations diverses, cette voie pourrait-elle être empruntée…

Conclusion de la section I

695. Si la consécration d'un devoir de se soumettre à un acte médical doit être défendue, c'est encore une fois sous réserve d'un examen très attentif de la part des juges qui ne devraient limiter une telle possibilité qu'à de rares cas lorsque presque tout doute est écarté sur le caractère légitime, raisonnable, prudent, ou encore utile du refus. Ce caractère illicite du refus doit être apprécié au regard des circonstances qui entourent le refus, et doit passer par une mise en balance entre les différents intérêts en jeu. Si une personne subit un préjudice, qui plus est hautement protégé tel que le préjudice corporel, du fait du refus *illégitime* d'une autre personne de se soumettre à un acte médical, on ne doit pas pouvoir systématiquement la priver de tout droit à indemnisation.

696. Le droit de refuser un acte médical, excepté lorsque l'acte en question est imposé par la loi, ne doit certes pas conduire les juges à contraindre son titulaire à s'y soumettre. Néanmoins, lorsque l'imprudence cause un préjudice à un tiers, une conciliation doit pouvoir être recherchée, à plus forte raison lorsqu'ici, le refus de se soumettre à un acte médical est analysé comme source de dommages. N'est-ce pas la tendance adoptée par le droit de la responsabilité civile que de favoriser l'accès au droit à réparation des victimes ? Théoriquement, rien ne l'en empêche. Afin de ne pas dénaturer le droit de consentir, ce sont les critères autrefois utilisés par la Cour de cassation qui méritent d'être réintroduits : la nature des actes et le bilan bénéfices-risques, sans nul doute, sont des outils de mesure du caractère légitime du refus. En sus d'être possible, une telle solution paraît plus juste, et les critères d'appréciation retenus entrent par ailleurs en résonnance avec la définition de la faute civile, puisqu'ils conduisent à apprécier le caractère prudent ou diligent du comportement. Il est alors regrettable qu'une telle position soit pour l'heure loin d'être acquise par le droit positif.

697. Si théoriquement, rien n'empêche que le refus de se soumettre à un acte médical puisse relever d'un comportement imprudent au sens de l'article 1241 du Code civil, encore faut-il que la preuve du préjudice et du lien de causalité puisse être apportée.

SECTION II. LE PRÉJUDICE ET LE LIEN DE CAUSALITÉ

698. Les préjudices qui peuvent naître d'une contamination donnant lieu à une pathologie peuvent prendre diverses formes. Ont été identifiés les principaux postes de préjudices qui pourraient s'adapter à notre hypothèse (§1). Le lien de causalité entre le préjudice et le refus fautif sera ensuite analysé (§2).

§1. Le préjudice

699. Propos liminaires. Le droit français offre une définition très large du dommage ou du préjudice[1204] réparable. Il existe ainsi un libéralisme remarquable de la jurisprudence relative au préjudice réparable[1205]. Si la victime doit apporter la preuve de son dommage[1206], excepté dans les cas où la Cour de cassation admet que l'acte en question crée « nécessairement un préjudice »[1207], elle peut le faire librement, et si litige en est, la Cour de cassation soumet les éléments fournis à l'appréciation des juges du fond[1208]. Même si dans certains cas, le degré de gravité du préjudice invoqué peut conduire à des règles d'indemnisation spécifiques[1209], il n'y a rien qui déroge à la règle en vertu de laquelle tout préjudice est indemnisable au titre du droit commun de la responsabilité civile[1210].

700. Malgré un silence maladroit des articles 1240 et 1241 du Code civil, le dommage doit être certain et légitime. Le caractère direct du dommage n'a qu'une existence théorique, dès lors qu'il renvoie à la question de la causalité. Quant au caractère personnel du préjudice, il ne semble pas tout à fait pertinent. D'une part, il semble assez évident pour

---

[1204] Ni le Code civil ni la jurisprudence ne distingue entre le « dommage » et le « préjudice » pour désigner la première condition de la responsabilité civile. Ainsi, la plupart des auteurs emploient indifféremment l'un ou l'autre terme. Nous ne nous attarderons pas sur les débats relatifs à cette distinction, que certains défendent.

[1205] V. en ce sens G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), 4e éd., 2013, p. 21, §248-1.

[1206] V. par ex. Civ. 2e, 11 sept. 2008 : D. 2008, AJ, p. 2348 ; JCP G 2008, IV 2593 – Civ., 1re, 30 avr. 2009 : JCP G 2009, IV 1895 – Civ. 1re, 28 févr. 2012, n° 11-11.234.

[1207] V. par ex. contentieux relatif aux actes de concurrence déloyale : Civ. 1re, 10 avr. 2019, n° 18-13.612 ; Com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614 et en matière de clause de non-concurrence nulle : Soc., 12 janv. 2011, n° 08-45.280**.**

[1208] V. par ex. Crim., 7 mars 1991 : Resp. civ. et assur. 1991, comm. n° 235 – Civ. 1re, 16 juill. 1991 : Bull. civ. I, n° 249.

[1209] V. en ce sens G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 22, § 248-1.

[1210] *Ibid*., p. 23, §248-1.

la plupart des préjudices : une personne n'est victime d'un préjudice que si elle l'a *ressenti* ; elle ne peut alors demander réparation du préjudice d'un tiers. D'autre part, en qualité d'ayant droit ou d'héritier, il est possible d'invoquer les préjudices que la personne défunte a subis de son vivant[1211] : ils n'ont alors pas été *personnellement* ressentis. Ainsi, ne sont pas réparables les préjudices hypothétiques ou illégitimes. La question de la légitimité, dans la présente étude, est à écarter d'emblée, dès lors qu'elle ne fait pas de doute. Dans notre hypothèse de travail, le dommage pourrait prendre diverses formes de préjudices corporels, économiques ou moraux, et être immédiat ou médiat.

701. Les préjudices immédiats. Une contamination peut par exemple engendrer des préjudices corporels, tels que des handicaps, des séquelles dues à des complications. En sus de constituer un préjudice réparable, le dommage corporel bénéficie d'une protection particulière. Cela peut conduire à une diminution de la capacité physique prenant la forme d'un déficit fonctionnel temporaire[1212], ou permanent après consolidation. Un tel préjudice est énuméré dans la nomenclature Dintilhac. Lorsqu'il est temporaire, il désigne « l'invalidité subie par la victime dans sa sphère personnelle pendant la maladie traumatique, c'est-à-dire jusqu'à sa consolidation ». Lorsqu'il devient permanent, il est défini comme « le préjudice extrapatrimonial découlant d'une incapacité constatée médicalement qui établit que le dommage subi a une incidence sur les fonctions du corps humain de la victime ». Ce poste de préjudice inclut, toujours selon la nomenclature, « non seulement les atteintes aux fonctions biologiques de la victime, mais aussi la douleur permanente qu'elle ressent, la perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence qu'elle rencontre au quotidien après sa consolidation » ainsi que « la perte d'autonomie personnelle qu'elle vit dans ses activités journalières », et « tous les déficits fonctionnels spécifiques qui demeurent après la consolidation ».

702. Une pathologie qui est susceptible de rendre la vie de celui qui en est atteint plus pénible, peut également conduire à des souffrances morales, que la jurisprudence accepte volontiers de réparer[1213]. Il s'agit alors essentiellement des souffrances endurées qui

[1211] V. les exemples relatifs au préjudice d'angoisse de mort imminente : Crim., 25 juin 2019, n° 18-82.655 pour un exemple récent.
[1212] Son existence semble avoir été admise pour la première fois par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 3 juin 1955 : D. 1956, p. 69, note A. TUNC ; JCP 1955, II 8814, note P. ESMEIN.
[1213] Pour une liste exhaustive des préjudices moraux et de leurs modalités de réparation, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 50 et s, § 253 et s.

renvoient à la douleur physique, le *pretium doloris*, que la jurisprudence indemnise depuis longtemps[1214], du préjudice d'agrément, lequel, selon la nomenclature Dintilhac « vise à réparer le préjudice spécifique lié à l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique ou de loisirs » ; le préjudice d'angoisse de mort imminente qui est l'angoisse liée à l'appréhension d'une mort prochaine que la victime acquiert avant sa mort [1215] et qui est ensuite transmis aux ayants-droits ou héritiers[1216]. La contamination qui fait naître une pathologie peut également conduire à des préjudices économiques comme des frais médicaux ou encore des arrêts de travail prolongés[1217]. Ces préjudices économiques mentionnés dans notre hypothèse de travail sont consécutifs au dommage corporel, lequel, contrairement au préjudice économique[1218] pur, est réparable[1219].

703. Ainsi, tant la doctrine que la jurisprudence se montrent souples à l'égard de toutes les incidences patrimoniales des dommages corporels aujourd'hui énumérés dans le rapport Dintilhac, vénérable outil d'harmonisation, présenté en 2007. Cette nomenclature comprend, outre les dépenses exposées ou futures occasionnées par les soins administrés au malade ou au blessé, l'assistance d'une tierce personne[1220], les pertes de gains d'espoirs de gains dues à l'incapacité professionnelle permanente[1221], ainsi que les dépenses découlant de cette incapacité, telle que l'obligation de recourir à un personnel salarié pour exécuter des tâches que le malade accomplissait avant lui-même, mais qu'il ne peut plus faire en raison des handicaps nés de la maladie par exemple, ou encore les dépenses d'appareillage et de logement indispensable pour permettre au malade de mener une vie normale[1222]. La nomenclature Dintilhac y ajoute également « l'incidence professionnelle »

[1214] V. sur cette indemnisation liée à la douleur physique Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1983, n° 183 et 1996, p. 61 ; G. RIPERT, « Le prix de la douleur », D. 1948, Chron., p. 1 ; L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, *op. cit.*, n° 40 à 48.
[1215] V. par ex. Crim., 23 oct. 2012, n° 11-83.770 : Resp. civ. et assur., janv. 2013, comm. n° 2.
[1216] Crim., 25 juin 2019, 18-82.655.
[1217] V. par ex. Civ. 2e, 22 nov. 2012 : GPL 15 et 16 févr. 2013, p. 35, note A. COVIAUX.
[1218] V. F. BELOT, « Pour une reconnaissance de la notion de préjudice économique en droit français », LPA 28 déc. 2005 ; « L'évaluation du préjudice économique », D. 2007, Chron., p. 1681 ; « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », D. 2008, Chron., p. 1569, cité par G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 43, § 251.
[1219] V. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *ibid.*
[1220] V. par ex. Crim., 25 sept. 2012, n° 11-83.285 : Resp. civ. et assur., déc. 2012, comm. n° 339 : l'indemnisation due à ce titre ne peut être « ni exclue en cas d'aide familiale, ni subordonnée à la production de justificatifs des dépenses effectuées ».
[1221] V. par ex. Civ. 2e, 22 nov. 2012 : GPL 15 et 16 févr. 2013, p. 35, note A. COVIAUX.
[1222] V. en ce sens G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 48, § 252.

qui vient compléter le poste de « perte de gains professionnels futurs »[1223], « le préjudice scolaire, universitaire ou de formation »[1224]. Nombreux sont alors les préjudices réparables qui peuvent être subis dans le corps de la personne contaminée. Les conséquences d'une contamination peuvent également créer des préjudices à l'égard des proches de la personne ayant été contaminée.

704. Préjudices médiats, ou par ricochet[1225]. Des préjudices économiques par ricochet peuvent également naître en cas de décès de la victime immédiate. Les tribunaux accordent à ce titre l'indemnisation des frais d'obsèques[1226] ou encore l'indemnisation des dépenses supplémentaires engendrées par la perte du soutien matériel des victimes par ricochet. Dans la même lignée, des préjudices moraux par ricochet peuvent également naître si le sujet décède ou encore des préjudices directs dans le cas où la maladie a par exemple entraîné une dépression causée par les désagréments de la maladie… Le préjudice moral le plus connu en matière de préjudice par ricochet est incontestablement le préjudice d'affection[1227] qui peut être invoqué par un proche. Il renvoie à la peine éprouvée par la mort d'un être cher ou la constatation de sa déchéance physique ou mentale. Ainsi, le refus de se soumettre à un acte médical, étant de nature à contaminer une tierce personne, et la maladie étant un facteur de décès, les proches de la victime d'un refus pourront se prévaloir d'un tel préjudice.

[1223] Civ. 2e, 13 déc. 2012, n° 11-30.078 : GPL 15 et 16 févr. 2013, p. 35, note A. RENELIER. L'incidence professionnelle a alors pour objet d'indemniser les incidences périphériques du dommage touchant à la sphère professionnelle ou de l'augmentation de la pénibilité de l'emploi qu'elle occupe » ou encore « les frais de reclassement professionnel de formation ou de changement de poste ».

[1224] Ce poste de préjudice intègre « non seulement le retard scolaire ou de formation, mais aussi une possible modification d'orientation, voire une renonciation à toute formation qui obère ainsi gravement l'intégration de cette victime dans le monde du travail » : v. par ex. Civ. 2e, 9 avr. 2009, n° 08-15.977 : Resp. civ. et assur. 2009, comm. n° 163 et 164.

[1225] Pour le lien entre victime directe et victime par ricochet, c'est-à-dire le champ v. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 93 et s., § 267.

[1226] V. *Ibid*., p. 48, § 252.

[1227] Très tôt, la Cour de cassation a estimé que le préjudice par ricochet pouvait faire l'objet d'une réparation, et dans un arrêt du 20 févr. 1863, elle retient que « l'article 1382, en ordonnant en termes absolus la réparation de tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, ne limite en rien la nature du fait dommageable ni la nature du lien qui doit unir, en cas de décès, la victime du fait avec celui de ses ayants droit qui en demanderait réparation ». Après plusieurs fluctuations sur les critères d'appréciation d'un tel préjudice, la Cour de cassation, dans le célèbre arrêt Dangereux rendu le 27 février 1970 par la chambre mixte, abandonne l'exigence du lien de droit qui avait été consacré par une jurisprudence antérieure : Ch. mixte, 27 févr. 1970 : GAJC, vol. II, 11e éd., n° 181-182 ; JCP G 1970, II 16305, concl. R. LINDON, note J.-M. PARLANGE.

705. Conclusion. La preuve du préjudice réparable ne semble pas poser de difficultés particulières et peut prendre diverses formes que l'on peut aisément imaginer, tant que la preuve de leur certitude est apportée. De nombreux auteurs, tels que VINEY, P. JOURDAIN et J. GHESTIN, dans leur traité de droit civil relatif aux conditions de la responsabilité, ont identifié et commenté bon nombre de préjudices réparables, que le refus de se soumettre à un acte médical préconisé est susceptible de causer[1228]. Nombreuses sont alors les conséquences pouvant prendre la forme de préjudices réparables, qu'ils soient corporels, ou patrimoniaux, immédiats ou médiats, que le législateur et la jurisprudence acceptent d'indemniser.

706. Propos transitifs. Il reste que la preuve du lien de causalité semble poser davantage de difficultés, notamment sur le plan pratique.

§2. Le lien de causalité

Si, en théorie, le lien de causalité peut être admis (I), il soulève néanmoins des difficultés pratiques (II).

I. Une admission théorique

707. Les débats doctrinaux sur le lien de causalité n'ont eu de cesse de fleurir[1229]. Mais le lien de causalité a toujours été une condition essentielle de mise en jeu de la responsabilité civile, que le législateur et les juges ont eu à préciser. D'une part, pour retenir un fait générateur parmi les causes du dommage, la jurisprudence pose comme règle de fond la condition en vertu de laquelle le fait en question doit avoir été nécessaire à sa réalisation. D'autre part, la causalité doit être suffisante pour être caractérisée. Sur le premier point, chaque fois que l'évènement envisagé n'apparaît pas comme une condition *sine qua non* du dommage, la causalité va être écartée[1230]. Sur le second point, la

[1228] Pour davantage de précisions sur les postes de préjudices, les débats et évolutions dont ils ont fait l'objet, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*
[1229] Pour une certaine exhaustivité sur ce sujet, v. *ibid.*, pp. 237-252.
[1230] V. Civ., 2e, 7 févr. 1992 : Bull. civ. I, n° 21 ; RTD civ. 1990, p. 487, obs. P. JOURDAIN – Com., 3 et 4 nov. 1992 : JCP 1993, II 21993, obs. D. VIDAL – Crim., 20 mars 1996 : D. 1996, IR, p. 154 – Civ. 3e, 12 juin 2003 : D. 2004, p. 523, note S. BEAUGENDRE – Civ. 1re, 9 mars 2004 : Bull. civ. I, n° 79 – Civ. 1re, 8 nov. 2007, n° 06-15.873 : RTD civ. 2008, 107, obs. P. JOURDAIN ; RCA 2007, comm. 361, obs. C. RADÉ.

jurisprudence a tendance à considérer que le rapport de nécessité suffit à caractériser la causalité, malgré quelques exceptions. Ainsi, notamment, l'admission d'une cause imputable au défendeur ne fait *a priori* pas obstacle à la reconnaissance du lien causal entre le dommage et un autre évènement, autorisant alors le défendeur à appeler des tiers coresponsables en garantie ou en contribution à la dette[1231].

708. Il est néanmoins des hypothèses dans lesquelles la jurisprudence refuse de retenir le lien causal entre le fait et le préjudice, alors même que ce fait a contribué au dommage. Il s'agit d'une part des cas où il s'agit de privilégier une cause jugée adéquate au détriment de simples conditions du dommage dont le rôle causal apparaît moindre, et d'autre part, des hypothèses où il s'agit d'exiger indirectement d'une cause un certain lien causal en écartant alors les faits générateurs de responsabilité dont le lien avec le dommage est insuffisant[1232]. À supposer que la victime ne s'est elle-même pas prémunie contre la maladie qu'elle a contractée par transmission, l'abstention de la victime, selon cette approche, pourrait être considérée comme la *cause* principale conduisant à une disproportion de gravité entre deux fautes concurrentes : dans ce cas-là, la jurisprudence pourrait retenir que la faute la plus légère est absorbée par la faute la plus grave[1233], excluant alors la responsabilité du défendeur.

709. Néanmoins, il suffit de se rappeler, pour pallier cet obstacle, que de façon générale, les juges font preuve d'un certain libéralisme quant à l'approche du lien causal, et de façon plus particulière, l'équivalence des conditions, est la théorie privilégiée en matière de responsabilité du fait personnel[1234]. Rien n'empêche alors, en dépit de l'établissement du rôle causal de la victime ou d'un autre évènement extérieur dans la réalisation du préjudice, de retenir la faute de l'agent, s'il en est, ayant transmis à la victime la pathologie en question. Dans ce cas, la faute de la victime, consistant par exemple en un refus de se soumettre à une vaccination, pourrait lui être opposée conduisant non pas à exclure, mais à limiter la responsabilité du défendeur.

[1231] G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 257, § 355.
[1232] *Ibid*., pp. 260-265, § 356 à 358-2.
[1233] V. par ex. Civ. 2e, 10 janv. 1962 : Bull. civ. II, n° 47 – Civ. 2e, 1er avr. 1963 : D. 1963, p. 403 ; JCP 1963, II 13199 ; GPL 1963, 1, p. 50 – Civ. 2e, 15 avr. 1999 : Resp. civ. et assur. 1999, comm. n° 221 – Civ. 2e, 24 févr. 2000 : Resp. civ. et assur. 2000, comm. n° 144.
[1234] V. en ce sens Civ. 2e, 2 juin 2005 : Bull. civ. II, n° 146 ; JCP G 2006, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; P. CABROL, M. RIBEYROL, *op. cit.*, « Leçon 24. Le lien de causalité », pp. 184-189.

710. Libéralisme dans l'interprétation du lien de causalité, et préférence pour l'équivalence des conditions dans le cadre du régime de responsabilité du fait personnel. Ces deux hypothèses illustrent la dualité des théories qui existent concernant le lien de causalité, pour lesquelles les juges n'affichent aucune préférence, du moins de façon nette. Seules des tendances s'esquissent, et la tendance en matière de responsabilité du fait personnel est celle de l'équivalence des conditions[1235] : de ce point de vue, le fait qu'une cause ait été nécessaire à la réalisation du dommage n'empêche pas d'exclure une autre cause de la chaîne causale, et en fonction du résultat recherché par les juges, ces derniers adopteront, nonobstant chacune les tendances qui s'affichent dans chaque régime de responsabilité, la théorie qui leur permettra d'atteindre ledit résultat. L'approche que la jurisprudence fait du lien causal, étant relativement libérale, il demeure possible de retenir un fait générateur dès lors qu'il a contribué à la réalisation du dommage. Ainsi, en principe, s'il a pu être établi, un rapport causal entre le refus fautif du défendeur de se soumettre à un acte de prévention ou de traitement visant à réduire la charge infectieuse, et la transmission, l'existence d'autres facteurs tels que les prédispositions, l'abstention fautive, ou encore de l'état de santé initial de la victime, ne doit pas conduire à écarter comme cause le refus exprimé par un tiers de se prémunir contre une maladie ou de se soigner, afin d'éviter sa transmission[1236].

711. Propos transitifs. S'il est théoriquement plausible de prouver que la transmission d'une maladie dont découlent de nombreux préjudices a été causée par le refus d'un tiers de se soumettre à un acte médical destiné à se prémunir contre la maladie, ou à la traitement en réduisant la charge infectieuse, en pratique, de nombreuses difficultés probatoires peuvent être relevées.

II. Des difficultés pratiques

712. La difficulté liée à l'identification du fait générateur initial. La preuve du lien de causalité peut s'avérer difficile à apporter, voire impossible. Cette difficulté s'explique

[1235] V. Civ. 2e, 2 juin 2005, n° 03-20.011 : en l'espèce, il s'agissait d'un éboueur qui avait contracté le virus du sida en manipulant un sac poubelle contenant une seringue usagée. La responsabilité pour faute du syndicat des copropriétaires de l'immeuble où se trouvait le cabinet médical avait été retenue, car le sac-poubelle aurait dû se trouver dans un bac prévu à cet effet évitant ainsi que la victime puisse le manipuler.
[1236] G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 257, § 355.

à deux stades différents. D'une part, l'identification de l'auteur du refus, et *a fortiori* de la faute, peut être extrêmement délicate. D'autre part, bien que l'auteur ait été identifié, la transmission n'est pas toujours facile à prouver, notamment en raison de la multitude de facteurs existants. Tout d'abord, l'identification du fait générateur initial se révèle particulièrement complexe. Or, sans avoir déterminé l'auteur du dommage initial, on ne peut établir de lien de causalité entre son refus et le préjudice causé. C'est alors que, la transmission ne pouvant être certaine, le lien de causalité en dépendant, ne peut être établi avec certitude. Même si, par exemple, la méthode des cas contacts instaurée par l'Agence régionale de santé ou l'aide avec l'application « Tous anti-covid » permettant de tracer la contamination pouvait conduire à établir la preuve du lien causal, elle ne prouverait pas totalement la transmission. En effet, si l'application permet de préciser le cas contact, elle ne permet pas d'identifier l'individu qui a pu transmettre le virus.

713. Cette difficulté à établir le lien causal est par ailleurs renforcée par la multiplicité de facteurs existants. Si en théorie, en vertu de la théorie de l'équivalence des conditions, l'identification d'une cause n'empêche pas de retenir un autre évènement comme cause du dommage, cela peut en revanche introduire le doute quant au lien causal entre le fait générateur considéré et le préjudice. Toutes ces illustrations montrent qu'en pratique, le lien de causalité peut être incertain. Il faudra alors songer à des présomptions de causalité en apportant la preuve d'éléments graves, précis, fiables, et concordants[1237].

714. Présomptions. C'est en matière médicale notamment que les exigences du lien causal ont été assouplies grâce au recours aux présomptions[1238]. Ainsi, il faudrait, pour faire jouer une telle présomption, apporter la preuve de circonstances graves, précises et concordantes, comme cela a été admis pour établir le lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques[1239] ou encore pour établir la causalité entre un risque et le fait illicite dans le cadre de la responsabilité pour risque[1240]. La Cour de cassation a par ailleurs pu retenir que l'imputabilité d'une hypertension artérielle

[1237] Civ. 1re, 18 oct. 2017 (deux arrêts), n° 14-18.118 et n° 15-20.791 : la Cour de cassation retient qu'en l'absence de certitude scientifique, le lien de causalité entre l'administration du vaccin contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques doit être juridiquement prouvé par la réunion d'indices graves, précis et concordants.
[1238] V. en ce sens P. CABROL, M. RIBEYROL, *op. cit.*, « Leçon 24. Le lien de causalité », pp. 184-189.
[1239] Pour des arrêts récents, v. CJUE, 21 juin 2017, n° C-621/15 et Civ. 1re, 20 déc. 2017, n° 16-11.267.
[1240] Civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645.

pulmonaire primitive à l'administration d'Isoméride dans un arrêt du 24 janvier 2006[1241]. Autre illustration d'une approche souple du lien de causalité en faveur de la victime, la Cour de cassation a pu considérer que quand le patient contracte une maladie nosocomiale après avoir séjourné dans deux établissements différents, c'est sur ces établissements que pèse la charge de la preuve de non-contamination[1242] : cette théorie est celle de la causalité alternative qui permet de garantir l'indemnisation de la victime lorsque, si elle n'est pas appliquée, peut conduire à des décisions de justice injustes[1243] pour la victime qui se retrouve privée de tout droit à indemnisation[1244].

715. L'établissement du lien causal en cas d'incertitude n'est pas aisé. Et, bien qu'il demeure possible de recourir à des présomptions, cela limite fortement les issues favorables à la victime. Si ce constat est vrai, il n'est, en revanche, pas propre à notre hypothèse de travail et irrigue l'ensemble du droit de la responsabilité civile en cas de lien causal certes possible, mais incertain. Alors, augmenter les chances d'établir un lien causal, bien que difficile, n'est point inutile, dès lors que cela offre la possibilité, au moins dans certains cas, d'offrir une issue favorable au demandeur à indemnisation, d'autant plus que la jurisprudence adopte une approche souple du lien de causalité, admettant en principe, que celui-ci soit établi, dès lors qu'il a effectivement contribué à la réalisation du dommage[1245].

716. En somme, soit l'identification du fait générateur est impossible auquel cas, les présomptions ne peuvent jouer ; soit l'identification demeure possible, auquel cas, un effort doit être fait concernant la preuve de la transmission qui doit reposer sur des présomptions sérieuses. En cas d'incertitude, le lien de causalité peut être établi que dans l'hypothèse où la personne qui ne s'est pas prémunie contre la pathologie concernée peut être identifiée, ce qui suppose en outre qu'aucun autre tiers, en contact avec la victime, n'ait présenté les mêmes symptômes.

[1241] Civ. 1re, 24 janv. 2006, n° 02-16.648 : JCP 2006, II 10082, L. GRYNBAUM.
[1242] Civ. 1re, 17 juin 2010 : D. 2010, p. 1625, obs. J. GALLMEISTER ; D. 2011, p. 283, note C. BONNIN ; JCP 2010, 870, note G. GOUT ; RTD civ. 2010, p. 567, obs. P. JOURDAIN.
[1243] Tel était le cas par exemple dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 novembre 2016 : faute d'avoir pu identifier l'auteur de la faute qui aurait pu être imputée à plusieurs professionnels, la victime n'avait pas été indemnisée alors qu'une compresse avait été oubliée dans le corps de la victime (Civ. 1re, 3 nov. 2016, n° 15-25.348 : D. 2016, p. 2285).
[1244] V. en ce sens P. CABROL, M. RIBEYROL, *op. cit.*, « Leçon 24. Le lien de causalité », pp. 184-189.
[1245] G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 257, § 355.

717. Établissement du lien de causalité possible en cas d'absence de vaccination d'un enfant. Toutefois, dans le cas spécifique où l'enfant subit des préjudices liés au défaut de vaccination imputable aux parents ou au tuteur, la preuve du lien de causalité pourrait s'avérer moins complexe. Tout d'abord, la preuve est facilitée par le fait que l'administration des vaccins fait l'objet d'une inscription, notamment sur le carnet de santé. Ensuite, on peut imaginer que si le sujet qui n'a pas été vacciné développe des handicaps, maladies ou complications inhérentes aux maladies dont le vaccin n'a pas été administré, une présomption pourrait jouer. À la lumière des jurisprudences rendues en responsabilité civile en matière de présomptions, le lien de causalité pourrait être admis si des présomptions graves, précises, fiables et concordantes peuvent être apportées. Si un enfant n'a pas été vacciné contre l'hépatite B[1246], que plus tard, il développe cette pathologie, et que sur le carnet de santé, le vaccin contre la pathologie n'est pas inscrit, on pourrait alors établir un lien causal relativement sérieux. De la même manière, si l'acte médical en question ne fait l'objet d'aucune inscription, que le médecin a préconisé un soin sous peine de complications, que ces complications se développent, il ne doit pas être impossible d'établir, par une expertise, le lien causal entre l'absence de soin préconisé et la réalisation des risques, qui au regard des données acquises par la science était connue et prévisible. D'ailleurs, les comptes rendus médicaux sur ce point font état des différentes prises en charge et des éventuels refus exprimés par les parents, ce qui pourrait servir de support à la preuve. On peut alors, au surplus, recourir aux données inscrites dans les comptes rendus, ce qui contribuerait à retracer la causalité. Quoiqu'il en soit, en dépit des difficultés probatoires, la possibilité de sanctionner le refus de se soumettre à un acte médical, par l'allocation de dommages-intérêts au bénéfice du tiers qui en a souffert, doit demeurer une possibilité.

Conclusion de la section II

718. Le libéralisme[1247] dont font preuve le législateur ainsi que la jurisprudence à l'égard des préjudices nous conduit à retenir un bon nombre de dommages réparables, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, immédiats ou par ricochet, que peut engendrer une pathologie contractée par contamination. Ainsi, la maladie affecte tant la victime directe

[1246] Le vaccin contre l'hépatite B est, depuis la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, obligatoire.
[1247] V. en ce sens G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 21.

que les proches de la victime, dans leur personne comme dans leurs biens. Déficit fonctionnel, souffrances endurées, préjudice d'agrément, préjudice d'affection, ou encore préjudices économiques nés de l'atteinte corporelle, nombreux sont les préjudices qui s'adaptent à notre hypothèse d'étude et que le droit accepte d'indemniser. Bien que la preuve de la certitude[1248] des préjudices corporels, économiques et moraux qui peuvent naître d'une pathologie infectieuse ne semble pas poser de difficulté particulière, la preuve du lien de causalité peut, quant à elle, s'avérer difficile à apporter.

719. L'identification du fait générateur est souvent hypothétique influant alors sur la certitude du lien de causalité. Il existe néanmoins des hypothèses où il demeure envisageable de retracer le parcours de santé d'une personne en particulier, et identifier son refus comme une cause directe et certaine du dommage. Dans ce cas de figure, la preuve de la transmission demeure tout de même incertaine. Il reste alors les cas où il peut être apporté la preuve de circonstances graves, précises, fiables et concordantes, permettant d'établir un lien causal relativement sérieux, justifiant l'admission d'une présomption de causalité. En tout état de cause, bien que le terrain probatoire ne soit pas propice à notre proposition, les difficultés qui en découlent n'empêchent pas que dans certaines hypothèses au moins, la victime puisse, à juste titre, obtenir réparation de ses préjudices, conformément au droit de la responsabilité civile. On peut par ailleurs souligner, en faveur de l'admission du lien causal, le fait que la jurisprudence opte pour une appréciation libérale de la causalité : en principe, l'existence d'une multitude de causes ne fait pas obstacle à l'établissement d'un lien causal, dès lors que le fait générateur envisagé a effectivement contribué à la réalisation du dommage[1249].

[1248] Malgré le silence des articles 1240 et 1241 du Code civil, le préjudice est réparable s'il est légitime et certain. La légitimité du préjudice, dans le cadre de la présente étude, est à écarter d'emblée, dès lors qu'il ne fait aucun doute.
[1249] G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 257, § 355.

Conclusion du chapitre II

720. Dès lors que l'abstention fautive d'une personne cause un préjudice réparable à un tiers, celui-ci doit pouvoir être réparé, fût-ce à titre d'exception. Le fait que le comportement à l'origine du dommage consiste en l'exercice d'un droit ne doit pas empêcher les juges de mettre à la charge de son auteur une faute. Ainsi, « la reconnaissance d'un droit à la santé par le droit implique nécessairement, par symétrie, celle d'une obligation à la santé »[1250], en raison notamment des conséquences dommageables liées à l'inertie fautive du titulaire du droit de consentir.

721. De ce point de vue, il paraît indiscutablement insatisfaisant de considérer que le refus, sous prétexte qu'il est un acte autorisé par la loi, ne puisse jamais ouvrir droit à indemnisation alors qu'il cause inéluctablement des préjudices, que les juges acceptent en théorie de réparer. La définition de la faute au sens du droit civil doit conduire à pouvoir considérer que le refus de se soumettre à un acte médical puisse consister en un comportement illicite, car un droit, s'il est mal exercé, devrait en tout logique être perçu comme imprudent. Ainsi, refuser un acte médical bénin, non douloureux, qui ne fait pas courir de risque au sujet, et qui par ailleurs, est de nature à améliorer l'état de santé, ne peut être un comportement qu'aurait adopté une personne normalement avisée, lorsque celui-ci est dommageable.

722. Par ailleurs, si la preuve du lien de causalité peut être difficile à établir en raison notamment de la difficulté tenant à l'identification du fait générateur initial, le libéralisme dont fait preuve la jurisprudence à l'égard de l'appréciation du lien causal, permet légitimement de penser que celui-ci peut être établi, notamment par le biais des présomptions de causalité en cas d'incertitude. En tout état de cause, en dépit des difficultés probatoires, il doit être possible, dans certaines hypothèses, fussent-elles rares, d'indemniser la victime d'une abstention fautive.

723. Par ailleurs, la tendance de la responsabilité civile à faciliter l'accès à réparation de la victime et à lui octroyer une protection renforcée milite largement en faveur de la réparation des préjudices causés par le refus de se soumettre à un acte médical, à condition

[1250]R. SAVATIER, « Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine », D. 1958, p. 95.

de ne pas le dénaturer. Or, les critères autrefois retenus par la jurisprudence conduisant à opérer une distinction entre la nature des actes, en plus de se conformer à la définition de la faute civile, conduisent utilement à établir une mise en balance, rationalisant ainsi l'exercice du droit de consentir, sans pour autant conduire à son déclin.

Conclusion du titre I

724. La responsabilité civile demeure un instrument incontournable de régulation des comportements[1251], malgré la crise qui la touche[1252]. Là encore, il paraît indispensable que le jeu de la proportionnalité au sens de mise en balance, intervienne comme outil de régulation des différents intérêts contradictoires. Pour ce faire, la responsabilité civile, puissant instrument de régulation des comportements dommageables, au regard de leurs effets sur autrui, donc outil incontestable de responsabilisation, doit pouvoir intervenir. C'est pourquoi il est utile d'user des mécanismes de responsabilité civile, afin de réguler le droit de consentir dès lors qu'il lèse les intérêts des tiers. Par ailleurs, la souplesse qui est inhérente à la responsabilité civile lui permet de pallier la rigidité de certaines solutions nées de l'application de textes spéciaux qui manquent à certains égards de nuance. Par ailleurs, rien n'empêche, sur le plan théorique, de concevoir l'hypothèse d'une responsabilité civile du fait du refus de soin tant dans sa composante préventive qu'indemnitaire.

725. La fonction préventive de la responsabilité civile présente des vertus dès lors qu'elle conduit à anticiper un risque *grave* précisément parce qu'il touche la santé d'autrui. Un effort d'anticipation est alors nécessaire dès lors que le risque engendré présente un caractère grave. Le comportement à l'origine du risque consistant en un refus de se soumettre à un acte de prévention ou de soins destiné à réduire la charge infectieuse transmissible doit en revanche remplir deux conditions. La connaissance raisonnable du risque, déjà consacrée par la jurisprudence, à laquelle nous ajouterons le *critérium* lié à la nature de l'acte et au bilan bénéfices-risques autrefois utilisé par la Cour de cassation pour limiter ou exclure le droit à indemnisation de la victime. Un tel critère est précieux parce qu'il permet non pas de dénaturer, mais de réguler le droit de refuser. L'existence du risque et du lien de causalité peut être établie, notamment par des études biologiques qui doivent pouvoir attester que l'exposition d'une personne à un risque est liée à une éventuelle

[1251] T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ. 2007, p. 227.
[1252] C. GRARE, *op. cit.*, pp. 9-10, n° 15 et 16 ; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité civile*, *op. cit.* ; Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 11 et s.

contamination. L'appréciation du risque dépend des caractéristiques de la personne exposée et demande alors un examen détaillé et concret[1253].

726. Quant à la fonction indemnitaire, elle est requise, sinon primordiale, dès lors qu'il n'est pas satisfaisant de systématiquement priver un tiers qui a subi un préjudice d'invoquer son droit à réparation. Le droit de refuser tout acte médical doit simplement conduire à ne pas imposer *manu militari* l'acte considéré, mais ne doit pas rester sans aucune conséquence, notamment lorsqu'un tiers en subit les préjudices.

727. Dans une logique de régulation du droit de consentir, il est indispensable, en recourant au critère lié à la nature de l'acte refusé et du bilan bénéfices-risques qui implique par nature une exigence de proportionnalité, qu'une mise en balance des différents intérêts puisse permettre, dans certaines conditions, de réparer le préjudice subi par un tiers. Néanmoins, d'un point de vue pratique, quelques difficultés apparaissent sur le terrain probatoire concernant notamment le lien de causalité.

728. Si dans le cadre de la responsabilité pour risque, le lien de causalité entre le risque et le fait illicite peut être établi soit par des études scientifiques soit par des présomptions, son appréciation dans la responsabilité indemnitaire est beaucoup plus exigeante, car demande une démonstration plus précise, car concrète. Dans la première hypothèse, l'analyse du lien causal entre le risque et le comportement à l'origine du risque est quelque part plus *abstraite* : nul besoin d'apporter la preuve de la réalisation effective du dommage car l'existence d'un risque suffit. En revanche, dans un objectif indemnitaire, il y a lieu de prouver la transmission, ce qui n'est pas chose aisée. En effet, le risque s'apprécie de façon quelque peu virtuelle[1254], alors que le lien de causalité entre un dommage certain et le fait générateur implique la preuve concrète de la transmission, ce qui n'est pas évident. Toutefois, la souplesse dont font preuve les juges dans l'appréciation du lien de causalité pourrait permettre de pallier cette difficulté, par le recours notamment aux présomptions de causalité. Quoiqu'il en soit, indemniser les préjudices causés par le refus de se soumettre à un acte médical, en dépit des difficultés liées notamment à la preuve du lien de causalité, doit demeurer une possibilité, car il est des hypothèses où l'établissement de

[1253] C. NOIVILLE, art. cit.
[1254] Dans la mesure où il n'y a pas à démontrer le dommage, et que le simple risque suffit, la preuve est plus facile à apporter.

la preuve est plausible, et d'ailleurs, la complexité de la preuve en matière médicale ne doit pas justifier pas que l'action soit *gelée* en toutes circonstances.

729. Quoiqu'il en soit, la régulation du droit de consentir par la responsabilité civile est nécessaire au regard des conséquences du refus de se soumettre à un acte médical sur les tiers. Dans une démarche tournée vers l'autre, nul ne conteste que le droit de la responsabilité civile doive intervenir au soutien de la responsabilisation. Si le refus de se soumettre à un acte médical ne doit pas pouvoir, en toutes hypothèses, échapper aux mécanismes traditionnels du droit de la responsabilité civile, la question demeure à ce stade de savoir si le droit pénal peut également intervenir pour sanctionner un tel refus.

TITRE II

LE REFUS FAIT GÉNÉRATEUR DE RESPONSABILITÉ PÉNALE[1255]

730. Selon une analyse classique, le droit pénal « ne saurait se limiter à une action répressive, mais se poursuit par une fonction de prévention du risque et des comportements dommageables »[1256]. Ainsi, le droit pénal remplit une double fonction : l'une de prévention, et l'autre de répression, dans un dessein unique, celui de protection des personnes et des biens. Dans ce contexte, il apparaît que « la peine a une fonction mixte conciliant à la fois des fonctions traditionnelles rémanentes et une promotion contemporaine de resocialisation »[1257].

731. Plus particulièrement, le droit pénal est perçu comme « une arme mise au service de la police sanitaire, assurant l'effectivité de celle-ci par la répression des atteintes à elle portées et, à travers ladite répression, la dissuasion, générale et spéciale »[1258]. C'est alors que se dresse un lien étroit entre protection de la santé et droit pénal. Il suffit de rappeler que jusqu'alors, en matière de vaccination, la prévention était assurée par l'article L. 3116-4 du Code de la santé publique qui sanctionnait le refus de soumettre ses enfants aux obligations de vaccination[1259]. D'ailleurs, en dépit de ce lien évident entre protection de la santé et droit pénal, la nouvelle législation sur la vaccination infantile a, de façon surprenante, supprimé la responsabilité pénale des parents qui refusaient de soumettre leur enfant mineur aux vaccins imposés par la loi.

732. Et à l'heure où la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2018[1260] a étendu les obligations vaccinales tout en supprimant la sanction pénale spécifique qui était

---

[1255] Bien que l'étude de l'aspect pénal dépasse quelque peu les limites de notre matière, lesquelles recouvrent essentiellement le droit de la responsabilité civile, il paraissait indispensable de mobiliser le droit pénal dès lors, entre autres, que les seuls textes qui ont pu consacrer explicitement une responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical, sont ceux relatifs à la vaccination obligatoire qui prévoyait une responsabilité pénale.

[1256] J. LASERAZ, art. cit.

[1257] *Ibid*., p. 81 ; v. également en ce sens S. HUREL, « Rapport sur la politique vaccinale », janv. 2016, p. 15. ; O. SAUTEL, art. cit.

[1258] L. ROUSVOAL, « Espace public, crise sanitaire et droit pénal », GPL 17 nov. 2020, n° 40, p. 65.

[1259] La violation de ces obligations était sanctionnée par six mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende.

[1260] L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017, de financement de la sécurité sociale pour 2018.

assortie au refus[1261], la question s'est posée de savoir si le droit commun de la responsabilité pénale pouvait servir d'instrument de politique sanitaire en matière de vaccination. Une telle possibilité avait d'ailleurs été mise en lumière dans le rapport sur la nouvelle loi relative aux obligations vaccinales[1262]. Ainsi, le droit pénal pourrait toujours, du moins en théorie, venir sanctionner, de façon « indirecte[1263] », ce refus[1264], bien que le contentieux se fût révélé faible[1265] en la matière[1266]. Mais cette alternative ne doit pas se cantonner au domaine de la vaccination. La possibilité de mobiliser le droit pénal commun devrait pouvoir s'étendre, au-delà des vaccinations, à tout refus de se soumettre à un acte médical, pourvu qu'il mette en danger un tiers ou la collectivité dans son ensemble.

733. Dans ce contexte, il a pu être identifié trois incriminations qui peuvent utilement être mises en perspective avec le refus de se soumettre à un acte médical. Deux d'entre elles renvoient à l'autorité parentale qui pèse sur les mère et père qui prennent les décisions pour leur enfant concernant sa santé ; et l'autre, plus générale, peut s'imposer tant aux parents qu'à l'agent titulaire du droit de refuser *pour lui-même*. Le refus est dans un premier temps envisagé dans ses rapports avec les infractions imputables aux parents (Chapitre I). Dans un deuxième temps, il est envisagé dans ses rapports avec l'infraction consistant en l'exposition à un risque (Chapitre II).

[1261] Avant que la loi du 30 décembre 2017 ne l'abroge, l'article L. 3116-4 du Code de la santé publique prévoyait que « le refus de se soumettre ou de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale ou dont on assure la tutelle aux obligations de vaccination prévues aux articles L. 3111-2 L. 3111-3 et L. 3112-1 ou la volonté d'en entraver l'exécution sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende ».

[1262] S. HUREL, « Rapport sur la politique vaccinale », *op. cit.*, p. 15.

[1263] O. SAUTEL, art. cit.

[1264] Le rapport mettait mentionnait notamment l'article 227-17 du Code pénal, sanctionne de façon large la mise en péril des mineurs, susceptible ainsi de s'appliquer au refus vaccinal, bien qu'il n'y fasse pas référence de façon explicite

[1265] V. en ce sens, C. LEQUILLERIER, « La vaccination au prisme du droit pénal », RDSS 2018, p. 877 ; M.-A. AGARD, « Droit pénal et vaccinations », *in* M. BELANGER (dir.), *Droit, éthique, et vaccination. L'obligation vaccinale en question*, LEH Édition, 2005, p. 107.

[1266] Le contentieux en la matière est resté relativement pauvre notamment parce que l'obligation vaccinale est une condition d'inscription dans certaines structures telles que les établissements scolaires, et que dans ce cadre, le contrôle par le médecin ou l'établissement scolaire est fréquent ; ou encore parce que le défaut de vaccination doit être dénoncé afin que des poursuites puissent être engagées. Or le constat d'un défaut de vaccination n'est pas toujours transmis aux autorités compétentes.

CHAPITRE I
LES INFRACTIONS IMPUTABLES AUX PARENTS

734. D'une manière générale, les parents pouvant être défaillants[1267], le législateur accepte que le juge pénal intervienne dans les relations intrafamiliales, notamment lorsque, par leur comportement, ils exposent le mineur à un risque[1268]. D'ailleurs, le Code pénal contient un chapitre sur les atteintes aux mineurs et à la famille. Plus particulièrement, il contient de nombreuses dispositions concernant les infractions commises sur l'enfant, dès lors qu'il est une victime particulièrement vulnérable[1269]. Or, le refus de soumettre son enfant à un acte médical préconisé par le médecin ou obligé par la loi est à l'évidence de nature à exposer l'enfant à un risque susceptible de compromettre sa santé.

735. Au demeurant, la sanction par le droit pénal se révèle être un instrument de régulation du droit de consentir, conduisant à la responsabilisation des parents, qui ne refusent pas pour eux-mêmes, mais pour autrui, qui plus est, est vulnérable et doit alors bénéficier d'une protection renforcée. Ainsi, particulièrement vigilant quant à l'intégrité corporelle des mineurs, le législateur a incriminé plusieurs actes imputables aux parents qui menacent leur santé. À ce titre, deux comportements semblent pouvoir s'adapter à notre objet d'étude[1270] et retiennent particulièrement notre attention. D'une part, le refus des parents de soumettre leur enfant mineur à un acte médical est envisagé dans ses rapports avec la privation d'aliments ou de soins (Section I). D'autre part, il est envisagé dans ses rapports avec la mise en péril des mineurs (Section II).

[1267] On sait que le médecin, face au refus des parents de ne pas soumettre leur enfant à un acte médical nécessaire pour la santé, peut toujours passer outre en cas de risque pour la santé du mineur. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique est clair sur ce point. Néanmoins, les parents peuvent être défaillants avant même de se rendre chez le médecin, et donc en l'absence de recommandation et d'intervention du médecin. Au surplus, le médecin confronté au refus des parents doit, avant d'intervenir, demander l'aval au procureur de la République qui n'est pas toujours en mesure d'apprécier la complexité des faits et sa réponse, si elle est favorable à une intervention, nécessite que les parents reviennent consulter le médecin, ce qui ne peut leur être imposé.

[1268] E. DREYER, *Droit pénal spécial*, LGDJ, coll. Manuels droit privé, 2020, p. 729 ; C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les infractions parentales », D. 2013, p. 1846.

[1269] F. CAPELIER, « Responsabilité et protection de l'enfance – Aide-mémoire », Journal du droit des jeunes, Éd. Association jeunesse et droit, 2016, n° 355, pp. 71-75.

[1270] D'autres incriminations menaçant l'intégrité de l'enfant ont été prévues, mais qui n'intéressent néanmoins pas notre hypothèse de travail. Il s'agit notamment de l'abandon matériel et moral de l'enfant ou encore du délaissement du mineur.

SECTION I. LA PRIVATION D'ALIMENTS OU DE SOINS

736. Contenu du texte. Certains devoirs s'imposent à ceux qui ont la charge d'un enfant, qui doivent lui apporter l'aide et la nourriture nécessaires à son développement. L'article 227-15 du Code pénal incrimine le fait de priver un mineur d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé[1271]. Plus précisément, en vertu de ce texte, « le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ». Par analogie à ce texte, il semble de prime abord que des poursuites pourraient théoriquement être engagées à l'encontre des parents qui refusent de soumettre leur enfant à des actes médicaux qui compromettraient la santé de l'enfant.

737. Il est à noter que cette infraction n'est punissable que si elle est commise par un ascendant ou par toute autre personne exerçant sur ce mineur une autorité de fait, comme le concubin de la mère par exemple, ou de droit, lorsque l'autorité découle de l'autorité parentale ou d'une décision de placement[1272]. Par ailleurs, elle n'est applicable qu'à l'enfant mineur de quinze ans. Le mineur de quinze ans ne pouvant subvenir seul à ses besoins, la personne qui en a la charge est condamnée si elle s'en désintéresse.

De manière relativement classique, l'infraction est subordonnée à la réunion d'un élément matériel (§1) et d'un élément moral (§2), qu'il convient d'analyser successivement.

§1. L'élément matériel

738. Un acte d'omission. Cette infraction consiste en une omission, dès lors qu'il s'agit de sanctionner celui qui prive un mineur de quinze ans de soins ou d'aliments. Le refus de soumettre son enfant à un acte médical préconisé, par nature, constitue un acte

[1271] Art. 227-15 du C. pén. : « Le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ».
[1272] E. DREYER, *op. cit.*, p. 730, n° 1341.

d'omission. Il est à noter que toute privation de soins ne rentre pas dans le cadre de cette incrimination : « elle doit atteindre une certaine intensité »[1273]. Cela suppose en d'autres termes que la privation soit sévère « au point de compromettre » la santé de l'enfant mineur[1274], tel que l'exige le Code pénal. Il faut, dès lors, que la privation ait été *de nature* à affecter l'intégrité physique ou psychique de l'enfant[1275]. Il n'est même pas nécessaire que la santé du mineur ait été compromise, il suffit qu'elle ait *risqué* de l'être[1276].

739. *Aliments* et *soins* selon les textes. Le terme *aliments* renvoie aux éléments essentiels à sa subsistance tels que notamment, la nourriture et la boisson. Les *soins* désignent « l'aide dont le mineur a besoin en fonction de son état développement »[1277]. C'est bien évidemment cette seconde notion qui nous intéresse. Si le terme *aliments* semble évocateur, celui de *soin*s est plus large et renvoie à une forme d'hygiène, mais aussi aux soins médicaux que tout enfant est en droit de recevoir[1278]. Ainsi, les soins qui renvoient à l'aide dont le mineur a besoin selon son état de développement se traduisent en termes de « logement, d'hygiène et de traitements médicaux notamment »[1279]. La dernière catégorie mentionnée renvoie explicitement à notre hypothèse de travail.

740. Privation d'aliments et de soins appliquée au refus. Appliqué à notre hypothèse de travail, le premier élément matériel lié à la privation de soins semble pouvoir être retenu aisément : le refus de soumettre son enfant à un acte médical nécessaire au maintien ou à l'amélioration de sa santé revient par définition à *priver* l'enfant de « traitements médicaux »[1280]. Il en ressort ainsi que, de prime abord, le refus des parents

[1273] *Ibid*., n° 1342.
[1274] Formule de l'article 227-15 du Code pénal.
[1275] CA Douai, 15 févr. 2006 : JCP G 2006, IV 2874.
[1276] L'alinéa 2 de l'article 227-15 du Code civil ajoute que la privation de soin peut être qualifiée par « le fait de maintenir un enfant de moins de 6 ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs dans le but de solliciter la générosité des passants ». La question s'est posée de savoir si dans ne elle hypothèse le délit est constitué. La Cour de cassation ne l'a pas admis explicitement, mais elle a rappelé que la santé de l'enfant a été compromise : v. en ce sens Crim., 12 oct. 2005 : Bull. crim. n° 259 ; D. 2006, p. 2446, note J.-Y. MARÉCHAL ; JCP G 2006, II 10022, note J. LEBLOIS-HAPPE.
[1277] E. DREYER, *op. cit.*, p. 730, n° 1342.
[1278] A.-S. CHAVENT-LECLERE, « § 1. Actes négatifs de mise en péril du mineur », « Chapitre 622, Intégrité de l'enfant », *in* S. BERNIGAUD, A.-S. CHAVENT-LECLERE, V. DESCHAMPS, A. DEVERS et F. DOUET, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2023-2024, § 622.131.
[1279] E. DREYER, *op. cit*., p. 730, n° 1342.
[1280] A.-S. CHAVENT-LECLERE, « § 1. Actes négatifs de mise en péril du mineur », « Chapitre 622, Intégrité de l'enfant », *in* S. BERNIGAUD, A.-S. CHAVENT-LECLERE, V. DESCHAMPS, A. DEVERS et F. DOUET, *op. cit.*, § 622.131 ; E. DREYER, *ibid.*

de soumettre leur enfant à un acte médical préconisé ou imposé peut parfaitement s'adapter à une telle qualification. Mais cela ne suffit pas, il faut que ce refus de soins ait compromis la santé de l'enfant.

741. Compromission de la santé. La privation de soins n'est punissable qu'en fonction de ses conséquences potentielles : elle doit aller jusqu'au « point de compromettre la santé » du mineur, question dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond[1281]. Soulignons que la santé de l'enfant doit avoir été *compromise*, ce qui veut dire qu'il n'est pas exigé que la santé ait été effectivement dégradée, il suffit qu'elle ait *risqué* d'être altérée. Autrement dit, si la privation d'aliments ou de soins n'exige pas une atteinte effective à la santé, elle nécessite néanmoins que l'omission ait été suffisamment grave pour être susceptible de l'entraîner[1282]. Dans ce contexte, l'élément matériel ne peut être caractérisé qu'en fonction des conséquences du refus. Il faudrait donc que l'acte médical en question, s'il est pratiqué, ait vocation à empêcher que la santé de l'enfant soit compromise. Or, par un raisonnement *a contrario*, refuser de soumettre son enfant à un acte médical destiné à améliorer ou maintenir son état de santé est *a fortiori* susceptible de dégrader son état de santé, et a donc vocation à « compromettre sa santé », selon les termes de l'article.

742. Il en ressort que la possibilité pour les parents de refuser de soumettre leur enfant à un acte médical est limitée par la gravité de ses conséquences. Ce qui s'explique par le fait que l'intérêt de l'enfant doit prévaloir, notamment lorsque c'est sa santé qui est susceptible d'être affectée car il est une victime particulièrement vulnérable. Ainsi, le droit de refuser exprimé par les parents pour leur enfant serait essentiellement régulé par l'intérêt de l'enfant, justifiant que les parents soient condamnés.

743. Exemples jurisprudentiels généraux. Une mère a déjà été reconnue coupable sur le fondement de l'article 227-15 du Code pénal parce qu'elle a régulièrement laissé seuls ses deux enfants âgés de treize et quatorze ans sans gaz, ni eau, ni électricité,

[1281] Crim., 12 oct. 2005 : Bull. crim. 2005, n° 259 ; JCP G 2006, 10022, note J. LEBLOIS-HAPPE ; D. 2006, p. 2446, note J.-Y. MARÉCHAL ; Dr. pén. 2006, n° 6 : dans cet arrêt, la Cour de cassation juge qu'il n'y avait pas d'infraction, parce que l'enfant était en bonne santé.
[1282] A.-S. CHAVENT-LECLERE, « § 1. Actes négatifs de mise en péril du mineur », « Chapitre 622, Intégrité de l'enfant », *in* S. BERNIGAUD, A.-S. CHAVENT-LECLERE, V. DESCHAMPS, A. DEVERS et F. DOUET, *op. cit.*, § 622.131

remplissant de temps en temps le réfrigérateur de nourriture qu'ils ne peuvent préparer faute de gaz[1283]. Aussi, la mère ainsi que son compagnon ont également été condamnés sur le fondement de l'article 227-15 du Code pénal pour avoir laissé un enfant âgé de moins de cinq ans et atteint d'un syndrome d'autisme, seul et sans surveillance dans un domicile dépourvu d'hygiène, sans avoir rien à boire ni à manger[1284]. En outre, une mère d'un enfant de huit ans, atteint de la myopathie de Duchenne, a été condamnée parce qu'elle a cessé de le conduire chez le kinésithérapeute, ce qui a eu pour conséquence d'aggraver son état de santé : l'enfant ne pouvait plus marcher[1285]. Si les consultations chez un kinésithérapeute ne constituent pas un acte médical à proprement dit, l'analogie avec le refus de se soumettre à un acte médical demeure plausible. Mais un arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble en 1999 fournit un exemple plus explicite.

744. Exemple jurisprudentiel de la sanction du refus de traitement sur le fondement de l'article 227-15 du Code pénal. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble[1286] mérite une attention particulière, car il sanctionne le refus des parents de soumettre leur enfant à un traitement médical préconisé, sur le fondement des articles 227-15 et 227-17[1287] du Code pénal. Dans cette espèce, une femme accouche par césarienne. L'examen néo-natal du nouveau-né révèle qu'il présente une « toxoplasmose congénitale neurologique documentée ». Le médecin, afin d'éviter le risque de cécité ou d'encéphalopathie, lui prescrit alors un traitement antibiotique qui a débuté à la maternité, contre l'avis du père. Les parents décident d'arrêter le traitement médical prescrit par le médecin, et le substituent par un traitement homéopathique reconnu comme « aléatoire » par les experts, ce qui a entraîné une dégradation de l'état de santé de l'enfant. Les parents, n'avaient par ailleurs pas procédé aux vaccinations contre le tétanos et la poliomyélite, et la mère, sage-femme de profession, ne pouvait ignorer les risques qu'elle faisait courir à son enfant. La Cour d'appel retient que l'arrêt de traitement ainsi que le défaut de vaccination rendent les parents coupables « de privation de soins par refus d'administrer un traitement médical prescrit et adapté à la pathologie ». L'arrêt se réfère explicitement à la privation de soins mentionnée à l'article 227-15 du Code pénal. Bien que la sanction du

[1283] CA Douai, 9e ch. corr., 15 févr. 2006, n° 05/01616.
[1284] CA Aix-en-Provence, 19e ch. corr., 8 févr. 2017, n° 16/03433.
[1285] CA Douai, 4e ch. corr., 17 oct. 2002, n° 02/01603.
[1286] CA Grenoble, 7 juill. 1999 : JurisData n° 1999-044838.
[1287] V. *infra*, n° 754 et s.

refus des parents de soumettre à un acte médical par l'article 227-15 du Code pénal est extrêmement rare, cet exemple montre bien qu'elle demeure admise.

745. Sur le critère tenant à la gravité. La question se pose néanmoins de savoir si le critère lié à la gravité concerne l'abstention en elle-même ou se déduit simplement des conséquences sur la santé de l'enfant. Autrement dit, les juges pourraient-ils retenir une telle infraction à l'encontre des parents qui refusent tout acte médical dès lors qu'il compromet l'état de santé, ou faut-il de surcroît que l'acte revête une certaine gravité, indépendamment des conséquences de l'acte d'omission ?

746. Si les textes et la jurisprudence ne tranchent pas explicitement la question, ils fournissent néanmoins quelques éléments de réponse. Ainsi, « si la privation d'aliments ou de soins n'exige pas une atteinte à la santé de l'enfant, elle nécessite que l'omission ait néanmoins été suffisamment grave pour être susceptible de l'entraîner » et « il n'existe pas de nécessité de multiplier les privations, mais dans la mesure où l'abstention doit être susceptible de compromettre la santé de l'enfant, si elle n'est pas répétitive, elle réclame *a minima* d'être grave ou dangereuse pour être prise en compte »[1288]. S'il n'est pas précisé de façon claire si le critère de gravité dépend uniquement du degré de gravité de l'atteinte, il semblerait, à la lecture de ces lignes, qu'il soit intimement lié au degré de *compromission* de la santé. Cette dernière apparaît en effet comme la condition première de qualification de l'infraction. Au demeurant, il est cohérent que la gravité de l'acte, dans l'absolu, puisse se déduire de la gravité de ses conséquences, car un acte, s'il est dépourvu de conséquences néfastes, ne peut *a priori* être vu comme grave.

747. L'infraction n'est pas subordonnée à la violation d'une norme particulière. Une telle infraction ne suppose pas la violation d'une norme légale ou réglementaire particulière. Ainsi, l'absence de textes en matière de consentement aux soins n'a pas vocation à faire obstacle à une telle condamnation. Les jurisprudences évoquées semblent conformes à cet esprit dès lors que le critère principal est celui lié à la compromission de la santé. Si les juges qui condamnent la mère pour avoir laissé sans eau ni électricité ni gaz empêchant l'enfant de se nourrir semblent se référer au critère de répétition en utilisant la

[1288] V. en ce sens A.-S. CHAVENT-LECLERE, « Chapitre 622, Intégrité de l'enfant », *in* S. BERNIGAUD, A.-S. CHAVENT-LECLERE, V. DESCHAMPS, A. DEVERS et F. DOUET, *op. cit.*, § 622.131.

formule « régulièrement »[1289], tel n'est pas le cas dans les deux autres affaires citées[1290]. Ainsi, il n'existe pas de nécessité de multiplier les privations. S'il n'est pas satisfaisant de condamner le parent chaque fois qu'il refuse un acte médical préconisé, il est en revanche utile que le droit intervienne pour incriminer le refus dès lors qu'il met en danger l'enfant.

748. Propos transitifs. Si l'infraction semble trouver à s'appliquer au regard de l'élément matériel, encore faut-il que l'élément moral du délit puisse être caractérisé.

§2. L'élément moral

749. **L'intentionnalité**. L'abstention doit être intentionnelle pour être punissable. Dès lors, l'auteur de l'acte de privation doit avoir été conscient des conséquences qui pouvaient en découler[1291]. Lorsqu'il s'agit de *priver* l'enfant de soins, cela fait bien référence à des soins qu'il *aurait dû* recevoir. Cela s'illustre notamment par l'hypothèse où les parents n'ont pas voulu soumettre leur enfant à l'acte médical, en dépit, entre autres, des recommandations du médecin. Sur ce point, la preuve de la connaissance du risque pourrait se déduire de l'information délivrée par le médecin au patient, ou aux parents du patient s'il est mineur, sur les risques du refus de se soumettre à l'acte médical préconisé. Encore faudrait-il alors que le médecin ait eu un moment son mot à dire, et que la preuve de l'information délivrée par le médecin puisse être apportée.

750. Toutefois, dès lors que le médecin n'intervient pas toujours, la question se pose de savoir si cet état de conscience peut être retenu en dehors de toute indication médicale. Le texte de l'article 227-15 du Code pénal ne dit rien en ce sens. Il faut uniquement pouvoir prouver que les parents avaient conscience que la privation pourrait altérer son état[1292], sans pour autant qu'ils aient voulu entraîner un dommage. En outre, la qualification ne tient pas compte des mobiles : ainsi, les convictions sectaires, ou encore la détresse d'un parent ne permettent pas d'écarter la qualification de l'infraction. De la même manière, les convictions religieuses ou morales telles que celles liées à l'éducation de l'enfant, « ne sauraient justifier l'infraction dès lors que l'agent a su que la santé du mineur risquait de

[1289] CA Douai, 9e ch. corr., 15 févr. 2006, précit.
[1290] CA Douai, 4e ch. corr., 17 oct. 2002, précit. ; CA Aix-en-Provence, 19e ch. corr., 8 févr. 2017, précit.
[1291] Crim., 11 mars 1975 : GPL 1975, 2, p. 507.
[1292] Crim., 11 mars 1975 : GPL 1975, 2, p. 507 ; RSC 1976, p. 423, obs. G. LEVASSEUR.

s'en trouver altérée »[1293]. L'appréciation de l'élément moral révèle alors une évaluation abstraite de la situation, se rapportant à des critères objectifs, dont la preuve peut être apportée par tout moyen.

751. En vertu des dispositions de l'article 227-15 du Code pénal, l'exigence liée à l'élément moral ne semble pas faire obstacle à la qualification de l'infraction dans le cadre précis de notre étude, dès lors qu'il peut, en tout état de cause, être prouvé que le parent avait conscience des conséquences qui pouvaient en découler. Ainsi, en dehors de l'intervention du médecin, lorsque par exemple, les parents refusent de soumettre leur enfant à un vaccin imposé par la loi, ils le privent nécessairement de soins qu'il était en droit de recevoir, et plus encore, qu'ils avaient le devoir de lui prodiguer, ce qu'ils ne pouvaient ni ignorer ni justifier par des convictions personnelles.

752. En outre, les parents qui, par exemple, voient leur enfant souffrir, développer des symptômes ou tout autre indice visible attestant de la dégradation de sa santé, et décident de ne rien faire ont *a priori* bien conscience des conséquences néfastes sur la santé de l'enfant. Dans cette hypothèse, il faudra prouver que la dégradation de l'état de santé de l'enfant était perceptible, si bien que les parents ne pouvaient ignorer la nécessité de le soigner.

Conclusion de la section I

753. Le refus de soumettre son enfant à un acte médical préconisé destiné à améliorer ou maintenir son état de santé revient par un raisonnement *a contrario*, à priver l'enfant de « traitements médicaux »[1294] qui plus est, serait de nature à maintenir ou améliorer son état de santé. Si le contentieux s'est avéré relativement faible en la matière[1295], les conditions de qualification de l'infraction prévue par l'article 227-15 du Code pénal peuvent trouver à s'appliquer au refus exprimé par les parents de soumettre leur enfant mineur à un acte médical. La possibilité de recourir à cette infraction est nécessaire afin

[1293] E. DREYER, *Droit pénal spécial*, LGDJ, coll. Manuels droit privé, 2e éd., 2023., p. 308, n° 652.
[1294] A.-S. CHAVENT-LECLERE, « § 1. Actes négatifs de mise en péril du mineur », « Chapitre 622, Intégrité de l'enfant », *in* S. BERNIGAUD, A.-S. CHAVENT-LECLERE, V. DESCHAMPS, A. DEVERS et F. DOUET, *op. cit.*, § 622.131 ; E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 730, n° 1342.
[1295] V. en ce sens, C. LEQUILLERIER, art. cit.

de sanctionner et responsabiliser les parents défaillants, dès lors que le droit de consentir, qu'ils exercent à l'égard de l'enfant, personne vulnérable, le met en danger : l'exemple fourni par la Cour d'appel de Grenoble[1296] en témoigne.

SECTION II. LE MAUVAIS EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

754. Contenu du texte. L'article 227-17 du Code pénal incrimine « le fait pour le père ou la mère de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur »[1297]. L'infraction est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Cette incrimination ne concerne que les parents de l'enfant : elle vise soit les pères et mères qui exercent de façon conjointe l'autorité parentale, soit l'un des deux parents qui exerce seul cette autorité, et elle protège uniquement les mineurs de moins de 18 ans[1298]. Tout parent d'un enfant mineur est susceptible d'être poursuivi sur ce fondement, sous réserve néanmoins que le lien de filiation ait été régulièrement établi. Alors la question se pose de savoir si le fait pour ceux ou celui qui exercent l'autorité parentale de refuser de soumettre son enfant à un traitement préconisé compromettant la santé de ce dernier pourrait être sanctionné par l'article 227-17 du Code pénal. Pour répondre à cette question, il convient de vérifier les conditions d'application dudit article à notre hypothèse de travail. L'infraction est subordonnée à un élément matériel (§1) et à un élément moral (§2).

§1. L'élément matériel

755. Matérialité de l'acte. L'infraction consiste, pour celui qui exerce l'autorité parentale, à se soustraire à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité, ou l'éducation de son enfant. Or, dans la mesure où les obligations vaccinales prévues dans le Code de la santé publique sont nécessairement imposées par la loi, « le non-respect de l'obligation vaccinale par un parent entre parfaitement dans le

[1296] CA Grenoble, 7 juill. 1999 : JurisData n° 1999-044838.
[1297] Art. 227-17 du C. pén. : « Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre, la sécurité, la moralité ou l'éducateur de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».
[1298] E. DREYER, *op. cit.*, p. 732, n° 1347.

champ de cette disposition »[1299]. La question se pose alors de savoir si les obligations légales dont il est fait référence dans l'article 227-17 du Code pénal renvoient à une obligation particulière ou non. En d'autres termes, un acte médical qui fait l'objet d'un refus, s'il n'est pas imposé par une loi ou un règlement, peut-il entrer dans le champ des obligations légales mentionnées à l'article 227-17 du Code pénal ? Il semblerait que oui[1300].

756. Les obligations légales auxquelles cette incrimination fait référence sont celles qui s'attachent à l'autorité parentale, dont les finalités sont évoquées à l'article 371-1 du Code civil qui dispose que l'autorité parentale « appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans (…) sa santé ». Il s'agit alors d'assurer la protection de l'enfant dans « sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement »[1301]. L'incrimination peut ainsi s'appliquer à des parents qui privent un mineur de soins, au point de compromettre sa santé[1302] ou encore aux parents qui se « désintéressent des fréquentations de leur enfant, de sa scolarité, de ses loisirs, etc., au point de menacer son avenir »[1303]. À titre d'exemple, l'infraction a été appliquée à une mère qui se prostituait à son domicile en présence de sa fille mineure[1304] ou encore à des parents trop impliqués dans leurs croyances sectaires[1305].

757. Ainsi bien que, comme le relève à juste titre E. DREYER, il ne soit pas satisfaisant de puiser dans d'autres textes, relevant d'autres qualifications, au regard notamment de la prévisibilité de la loi pénale[1306], cette incrimination, en théorie, peut néanmoins trouver à s'appliquer à notre hypothèse de travail, peu importe que l'acte médical concerné soit imposé par la loi ou le règlement. Deux arrêts en font d'ailleurs état.

[1299] D. NGIRABATWARE, *L'indemnisation des accidents vaccinaux*, LEH Édition, coll. Mémoires numériques de la BNDS, 2013, p. 18.

[1300] V. en ce sens P. ROUSSEAU, « La responsabilité pénale des parents de mineurs délinquants ou criminels », Dalloz actualité, 21 avr. 2023 ; E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 733.

[1301] L'article 227-17 du Code pénal est une infraction de commission ou de commission. V. en ce sens, E. DREYER, *op. cit.*, 2e éd., 2023, p. 733.

[1302] La privation de soins et d'aliment encadrée par l'article 227-15 du Code pénal s'applique uniquement aux mineurs de moins de 15 ans.

[1303] E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 733, n° 1350.

[1304] CA Colmar, 6 déc. 1957 : D. 1958, p. 357, note P. BOUZAT.

[1305] Crim., 11 juill. 1994 : Bull. crim., n° 269 ; JCPG 1995, II 22441, note F. EUDIER – CA Rennes, 18 févr. 1993 : JCPG 1994, II 22210, note J.-Y. CHEVALLIER – Crim., 20 juin 2018 : Bull. crim., n° 122 ; Dr. pén. 2018, n° 192, obs. P. CONTE ; GPL 6 nov. 2018, p. 51, obs. E. DREYER ; AJ pénal 2018, p. 524, obs. E. GALLARDO.

[1306] E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 730, n° 1349.

758. L'article 227-17 du Code pénal et le refus de soumettre l'enfant à un vaccin imposé par la loi : la décision du Conseil constitutionnel du 20 mars 2015. Dans une décision du 20 mars 2015[1307], le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité dans une espèce où les parents avaient justement refusé de soumettre leur enfant à l'obligation vaccinale et étaient poursuivis sur le fondement de cette disposition. En l'espèce, des époux refusent de soumettre leur fille aux vaccinations prescrites par les articles L. 3111-1[1308], L. 3111-2[1309] et L. 3111-3[1310] du Code de la santé publique. Poursuivis devant le tribunal correctionnel d'Auxerre, sur le fondement de l'article 227-17 du Code pénal, les époux posent une QPC transmise à la Cour de cassation. La chambre criminelle de la Cour de cassation décide de la renvoyer au Conseil constitutionnel en raison notamment de son caractère sérieux : « elle implique de déterminer si la protection individuelle et collective de la santé justifie de rendre obligatoires certaines vaccinations de mineurs, sauf contre-indication médicalement reconnue, et de poursuivre les titulaires de l'autorité parentale qui s'opposent à leur réalisation comme étant dangereuse pour l'enfant ». Les requérants estiment que les dispositions du Code pénal et du Code de la santé publique méconnaissent le droit à la santé garanti par le onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 dès lors que, notamment, certains vaccins imposés présentent un risque pour la santé, en particulier pour les jeunes enfants, à défaut d'examen médical préalable propre à détecter d'éventuelles contre-indications médicales. Ces arguments n'ont pas convaincu le Conseil constitutionnel.

759. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel, selon une analyse désormais classique, retient qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination

[1307] Cons. const., 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC : AJDA 2015, p. 611 ; D. 2015, p. 687, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE.
[1308] Art. L. 3111-1 du CSP : « La politique de vaccination est élaborée par le ministre chargé de la Santé qui fixe les conditions d'immunisation, énonce les recommandations nécessaires et rend public le calendrier des vaccinations après avis de la Haute Autorité de santé. (…) »
[1309] Art. L. 3111-2 du CSP : « Les vaccinations antidiphtérique et antitétanique par l'anatoxine sont obligatoires, sauf contre-indication médicale reconnue ; elles doivent être pratiquées simultanément. Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement responsables de l'exécution de cette mesure, dont la justification doit être fournie lors de l'admission dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants. (…) »
[1310] Art. L. 3111-3 du CSP : « La vaccination antipoliomyélitique est obligatoire, sauf contre-indication médicale reconnue, à l'âge et dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Académie nationale de médecine et de la Haute Autorité de santé. Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement de l'exécution de cette obligation. »

afin de protéger tant la santé individuelle que collective. Cette solution n'étonne guère aujourd'hui, bien que le débat soit toujours aussi vif. En revanche, ce qui peut surprendre, est que le Conseil constitutionnel écarte le débat relatif à l'application de l'article 227-17 du Code pénal, lequel pourtant constituait le fondement de la poursuite, afin de ne discuter que des dispositions du Code de la santé publique qui punissent le refus de se soumettre ou de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale à l'obligation de vaccination[1311]. Il estime que selon le onzième alinéa du préambule de la Constitution qui protège la santé de tout individu, et en particulier celui de la mère et de l'enfant, justifie que le législateur adopte les dispositions que les requérants contestent. Il considère qu'en imposant une vaccination aux enfants mineurs contre certaines maladies, le législateur entend « lutter contre trois maladies graves et contagieuses ou insusceptibles d'être éradiquées » en affirmant que le législateur poursuit « l'objectif de protection de la santé ». Par ailleurs, cette décision s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui consacre « une véritable réserve de loi en matière de santé publique »[1312]. À travers cette décision, on voit que le législateur et le juge constitutionnel œuvrent ensemble pour la protection de l'enfant contre ses parents[1313] et si le juge constitutionnel écarte les discussions relatives à l'article 227-17 du Code pénal, il retient que le législateur dispose d'une large latitude en matière de santé, si bien qu'on peut en déduire que les dispositions du Code pénal trouveraient à s'appliquer aux parents qui refusent de soumettre l'enfant à un acte médical imposé par la loi.

760. L'article 227-17 du Code pénal et le refus de soumettre l'enfant à un acte médical non imposé par la loi : l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble. Plus explicite, l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble[1314] déjà mentionné, s'il sanctionne les parents ayant refusé de soumettre leur enfant aux vaccins obligatoires, sur le fondement de l'article 227-15 du Code pénal[1315], il vise également l'article 227-17 du même code. Ainsi, la Cour d'appel condamne les parents d'un enfant mineur non seulement sur le fondement des deux articles pour avoir arrêté le traitement médical de leur enfant atteint à la naissance de

[1311] Art. L. 3116-4 du CSP.
[1312] H. DAÏMALLAH, « L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel », Constitutions, avril-juin 2015, n° 2015-2, pp. 267-275 ; X. BIOY, « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », RDSS 2013, p. 45 et s.
[1313] C. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, coll. Bibl. droit privé, 1984.
[1314] CA Grenoble, 7 juill. 1999 : JurisData n° 1999-044838.
[1315] L'article 227-15 prévoit le délit de privation d'aliments et de soins.

toxoplasmose, pour le soumettre à un traitement homéopathique, et de ne pas l'avoir soumis aux vaccins obligatoires contre le tétanos et la poliomyélite.

761. En outre, les dispositions de cet article font état de ce que la caractérisation de l'élément matériel de l'infraction implique une double exigence. Les parents doivent s'être soustraits à certaines obligations légales, mais aussi, cette soustraction doit « compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant ». Sur la soustraction aux obligations légales, l'arrêt illustre bien le fait que les obligations légales ne renvoient pas à des obligations particulières, et que le refus de soumettre son enfant à un acte médical préconisé, en dépit d'une obligation particulière imposant l'acte médical en question, entre dans le champ de ces obligations. En tout état de cause, le fait pour les parents de refuser de soumettre un enfant à un acte médical, au regard tant des dispositions de l'article 227-17 du Code pénal que des applications jurisprudentielles, semble pouvoir constituer un manquement à l'une des obligations visées par le texte, de nature à compromettre la santé de l'enfant comme cela a déjà été démontré[1316].

762. L'absence de motif légitime. La rédaction de l'article 227-17 du Code pénal prévoit que les parents, pour être condamnés sur le fondement dudit article, doivent s'être soustraits, « sans motif légitime » à leurs obligations légales. Ainsi, l'absence de motif légitime est un élément constitutif de l'infraction. Néanmoins, cette notion est vague[1317], et l'appréciation est laissée au juge et relève d'une nature politique[1318]. Si la justification, traditionnellement, est subordonnée à l'appréciation du juge[1319], la nécessité quant à elle, suppose la réunion de critères définis par le législateur[1320]. En tout état de cause, l'appréciation des motifs légitimes est assez large. En effet, *l'absence de motif légitime* est une notion pour laquelle ni le législateur ni le juge n'ont déterminé de critères précis. Il est admis que le motif légitime suppose « que le sacrifice de la valeur pénalement protégée (sécurité, santé, moralité ou éducation de l'enfant) soit d'utilité sociale en ce qu'il permet la préservation d'une autre valeur »[1321]. Or, il n'y aurait pas d'utilité sociale à sacrifier la

[1316] V. supra, n°736 et s.
[1317] P. ROUSSEAU, art. cit.
[1318] P. ROUSSEAU, *La légitimité de l'infraction*, thèse, université de Nantes, 2019, n° 29 et s.
[1319] *Ibid*.
[1320] Par exemple, pour que la légitime défense prévue à l'article 122-5 du Code pénal soit retenue, il y a une nécessité que dans l'hypothèse d'une agression injuste, réelle et actuelle.
[1321] P. ROUSSEAU, « La responsabilité pénale des parents de mineurs délinquants ou criminels », Dalloz actualité, 29 juin 2021.

santé d'un enfant en le privant de soins destinés à maintenir ou améliorer son état de santé, car cela reviendrait à le mettre en danger. En outre, selon son sens commun, la légitimité renvoie à ce qui est fondé en droit, en justice ou en équité. Or qu'est ce qui pourrait rendre le refus de soumettre un enfant à un acte médical préconisé infondé si ce n'est que l'absence de bilan bénéfice-risques positif ou encore le caractère particulièrement invasif ou douloureux de l'acte médical en question ?

763. Si l'enfant est en danger parce que les parents ont refusé de le soumettre à un acte médical nécessaire au maintien ou à l'amélioration de son état de santé, on pourrait considérer que le refus des parents n'était pas pourvu de caractère légitime : dans ce cas-là, le sacrifice ne peut être justifié, ni même d'utilité sociale. De façon générale, le refus exprimé par les parents de soumettre leur enfant à un acte médical préconisé est susceptible de revêtir un caractère infondé ou illégitime, dès lors qu'il est de nature à mettre en péril la santé de l'enfant. En tout état de cause, les juges ont le libre choix d'apprécier la légitimité du refus, dès lors qu'elle n'a pas été définie de façon précise par le législateur. Cette condition, au demeurant, n'empêche pas l'application de l'article 227-17 au refus des parents de soumettre leur enfant à un acte médical préconisé, tel qu'en témoigne d'ailleurs l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble. L'incrimination est par ailleurs subordonnée à un élément moral.

§2. L'élément moral

764. L'élément moral. L'infraction relative au mauvais exercice de l'autorité parentale suppose l'intentionnalité, ce qui veut dire que le manquement doit être volontaire, mais également que le ou les parents aient eu conscience de compromettre la santé de l'enfant[1322]. La caractérisation de l'état de conscience mentionnée à l'article 227-17 du Code pénal ne diffère pas de celle prévue à l'article 227-15. Ainsi, la preuve de la conscience peut être apportée par tout moyen, en démontrant par exemple que le médecin a bien informé les parents des risques afférents au refus de soumettre leur enfant à un acte médical, pourvu que le médecin ait eu à un moment son mot à dire. Outre cette possibilité, d'autres indices peuvent appuyer la véracité de l'état de conscience des parents : la

[1322] E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 734, n° 1352.

dégradation visible de l'état de santé de l'enfant, mais aussi la méconnaissance des parents de l'obligation vaccinale imposée par la loi.

765. En outre, aujourd'hui, une telle preuve est facilitée par le fait qu'il n'est plus nécessaire d'établir que la défaillance parentale a gravement nui au mineur : cela a donc pour effet de déduire le dol spécial du dol général et donc de déduire la conscience d'exposer à un risque, de la conscience de manquer à ses obligations[1323]. Un rapport relatif à l'incrimination prévue à l'article 227-17 du Code pénal[1324] confirme une telle approche.

766. Adaptabilité de l'incrimination au refus de se soumettre à un acte médical. Malgré l'analogie certaine entre le refus de soumettre son enfant à un acte médical et l'infraction prévue par l'article 227-17 du Code pénal, cette incrimination est peu appliquée en cas de refus vaccinal, et est ainsi « peu usitée par les parquets »[1325]. Le fait qu'il n'y ait que très peu d'application dans notre matière n'est pas tout à fait surprenant. L'infraction, d'après l'interprétation jurisprudentielle, semble être subordonnée à un manquement répété et grave aux obligations légales des parents, tel qu'en témoignent les rares décisions rendues en la matière. Mais tel n'est pas la raison principale.

767. En effet, au regard de l'incrimination prévue à l'article 227-15 du Code pénal relative à la privation d'aliments et de soins, cette incrimination apparaît comme subsidiaire, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble en 1999[1326]. La difficulté tient à ce que la formulation n'est pas vraiment explicite, et il n'existe pas de liste d'obligations légales des parents à l'égard de leurs enfants[1327]. On peut retrouver, dans le Code civil, de telles obligations, énumérées aux articles 378 et suivants du Code civil, qui suppose que le mauvais exercice soit avéré. E. DREYER ajoute à ce propos qu'il ne s'agit pas non plus de punir des incriminations assez proches, mais qui relèvent d'autres dispositions spéciales, telles que la privation d'aliments ou de soins[1328], ou l'acte de

[1323] C. LAZERGES, « La sanction des mineurs : la fuite en avant ? », in *Questions sur le droit. Mélanges offerts à Claude Lombois*, PULIM, 2004, p. 528.
[1324] Rapp. M. PEZET, Doc. Ass. nat. n° 2121, p. 233.
[1325] P. PEDRON, « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », JCl. Pénal Code 2015, n° 181 ; C. LEQUILLERIER, art. cit. ; P. ROUSSEAU, art. cit., 21 avr. 2023.
[1326] CA Grenoble, 7 juill. 1999 : JurisData n° 1999-044838.
[1327] E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 730, n° 1349.
[1328] Art. 227-15 du C. pén. : « Le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros

délaissement[1329], ou encore l'abandon de famille[1330]. Il en ressort assez clairement qu'afin de sanctionner la défaillance du parent compromettant la santé de l'enfant, il est plus convaincant de recourir aux dispositions de l'article 227-15 du Code civil et que l'article 227-17, du moins en matière d'atteinte à la santé de l'enfant, paraît secondaire.

768. Néanmoins, les sanctions prévues par les deux articles, notamment par l'article 227-15,[1331] interrogent quant à l'intérêt de l'enfant qui ne peut toujours être préservé si les parents en venaient à être privés de liberté. Toujours est-il que le juge pénal adapte la peine par application du principe de proportionnalité, ce qui devrait le conduire à pouvoir concilier entre la nécessité de réprimer et responsabiliser le parent défaillant d'une part, et l'intérêt de l'enfant d'autre part, sans que ce dernier soit altéré par l'exécution de la peine subie par ses parents.

Conclusion de la section II

769. Théoriquement, rien n'empêche que l'incrimination prévue par l'article 227-17 du Code pénal trouve à s'appliquer au parent qui refuse de soumettre son enfant à un acte médical préconisé, sans motif légitime, de sorte à compromettre son état de santé. Une telle possibilité rejoindrait la suggestion dont certains auteurs[1332] avaient fait état, de puiser dans le droit commun, afin de sanctionner le refus vaccinal, en dépit de la suppression, par la nouvelle loi sur les vaccinations infantiles, de la responsabilité qui l'accompagnait.

---

d'amende. Constitue notamment une privation de soins le fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants ».

[1329] Art. 227-1 du C. pén. : « Le délaissement d'un mineur de quinze ans en un lieu quelconque est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, sauf si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci ».

[1330] Art. 227-3 du C. pén. : « Le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou l'un des titres mentionnés aux 2° à 6° du I de l'article 373-2-2 du Code civil lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

[1331] Prévoyant que l'infraction est punie de 100 000 euros d'amende et de sept ans de prison, alors que l'article 227-17 du Code pénal prévoit que l'infraction est punie de 30 000 euros d'amende et de deux ans d'emprisonnement.

[1332] V. en ce sens O. SAUTEL, art. cit.

770. Néanmoins, l'application de l'article 227-17 du Code pénal semble subsidiaire — notamment au regard de l'article 227-15 du même code —, et sans contours précis, son appréciation est laissée aux juges, ce qui peut être délicat[1333] dès lors qu'il est difficile de concevoir l'idée selon laquelle le juge répressif doive juger de la moralité de l'éducation des parents. Au surplus, le texte de la disposition n'est pas vraiment explicite, et le législateur ne fournit pas de liste d'obligations légales des parents à l'égard de leurs enfants[1334]. Il existe quelques applications lesquelles restent éparses.

771. Ainsi, comme le relève à juste titre E. DREYER, il n'est pas satisfaisant de puiser dans d'autres textes, relevant d'autres qualifications, au regard notamment de la prévisibilité de la loi pénale[1335]. D'ailleurs, probablement pour toutes ces raisons, les incriminations sont rares sur ce fondement[1336]. L'infraction prévue à l'article 227-17 du Code pénal ne semble en effet s'appliquer très restrictivement, qu'aux parents dont la défaillance est multiple[1337], mettant gravement en péril la santé de leur enfant, étant précisé que la condamnation est extrêmement sévère.

772. On peut alors comprendre que les juges soient prudents, et qu'ils puissent disposer d'une certaine marge de manœuvre pour raisonner au cas par cas, et appliquer une telle infraction dans des cas très isolés dès lors que le refus apparaît grave et que la proportionnalité le permet. Une telle exigence de proportionnalité est d'ailleurs d'autant plus nécessaire que le mauvais exercice de l'autorité parentale expose son auteur à 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

[1333] E. DREYER, *op. cit.*, p. 732, n° 1349.
[1334] *Ibid*., p. 730, n° 1349.
[1335] *Ibid*.
[1336] V. en ce sens J.-P. ROSENCZVEIG, *L'enfant délinquant et la justice*, éd. ASH, 2016, p. 69 ; E. DREYER, *ibid.*, p. 733, n° 1349.
[1337] V. en ce sens CA Grenoble, 7 juill. 1999 : JurisData n° 1999-044838.

Conclusion du chapitre I

773. Le droit pénal amorce un système de protection des mineurs permettant, tout en responsabilisant les parents, de protéger les intérêts de l'enfant. Ainsi, si les parents sont défaillants à l'égard de leur enfant mineur, il est requis que la société, par le biais du droit pénal, puisse les sanctionner. Alors, en dépit de l'absence de textes spéciaux incriminant le refus de soumettre son enfant à un acte médical préconisé, le droit pénal peut toujours intervenir indirectement afin de condamner le parent qui, en refusant de prodiguer à son enfant les actes médicaux nécessaires au maintien ou à l'amélioration de sa santé, le met en danger.

774. Si on s'en tient aux dispositions des articles 227-15 et 227-17 du Code pénal, rien n'empêche de pouvoir retenir, à l'encontre des parents, les infractions liées à la privation d'aliments et de soins d'une part, et au mauvais exercice de l'autorité parentale d'autre part, dès lors qu'ils ont refusé de soumettre leur enfant à un acte médical, compromettant sa santé. Bien que les décisions rendues sur ce fondement soient rares, la jurisprudence atteste de cette possibilité.

775. Si ces fondements sont peu usités par les parquets[1338], c'est notamment parce qu'ils conduisent les juges à s'immiscer dans l'éducation des parents, mais aussi à limiter leur droit de consentir pour leur enfant, alors même que la loi l'autorise. Toujours est-il qu'une telle ingérence est « d'utilité sociale » dès lors qu'il en va de l'intérêt de l'enfant. Et si l'application de l'article 227-17 du Code pénal semble subsidiaire et sans contours précis[1339], l'article 227-15 doit pouvoir être mobilisé dès lors qu'il est favorable à l'enfant dont la santé est menacée.

776. Le recours à ce fondement par les juges ne semble pas suffisant et il faudrait qu'il soit davantage généralisé, bien que cela implique que les juges adoptent une position quelque peu politique[1340], qui peut être délicate dans notre société contemporaine ou vie privée et libertés individuelles tiennent une place particulière. Alors, bien qu'il n'existe

[1338] P. PEDRON, art. cit. ; C. LEQUILLERIER, art. cit. ; P. ROUSSEAU, art. cit., 21 avr. 2023.
[1339] E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 732, n° 1349.
[1340] P. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 29 et s.

pas de véritable vide juridique en la matière, il est opportun que le droit pénal généralise les incriminations à l'encontre des parents dont l'inertie compromet la santé de leur enfant.

777. Il reste en revanche impératif que les sanctions soient adaptées, et qu'elles n'aillent pas à rebours de l'intérêt de l'enfant dont le père ou la mère serait condamné, par exemple, à une peine de prison. Une telle exigence ne devrait pas soulever de difficultés particulières dès lors que la proportionnalité est un principe essentiel, sinon fondateur du droit pénal : le juge pénal a toujours respecté la proportionnalité, sans nécessairement employer explicitement le terme, notamment en ce qui concerne la peine.

778. Outre les incriminations prévues par les articles 227-15 et 227-15 du Code pénal qui s'appliquent de façon spécifique aux parents, le droit pénal prévoit une autre infraction qu'il convient de mettre en perspective avec le refus de l'acte médical : il s'agit de l'exposition d'autrui à un risque.

CHAPITRE II
L'EXPOSITION D'AUTRUI À UN RISQUE GRAVE

779. Le Code pénal avait posé le principe selon lequel l'imprudence pouvait constituer un délit, dès lors qu'elle avait causé un dommage à un être humain. Néanmoins, ce système ne tenait compte que des comportements ayant effectivement causé un dommage, et non pas des comportements *susceptibles* de créer un dommage. Ainsi, l'affaire du sang contaminé qui a conduit à la relaxe de personnes ayant distribué du sang dont elles savaient qu'il pouvait transmettre le SIDA, parce que les victimes auraient pu contracter le virus autrement que par une transfusion sanguine, donne à penser que justice n'a pas été rendue[1341]. Ce constat exprimé par les sénateurs lors de la proposition de loi relative à la délinquance d'imprudence et à une modification des dispositions de l'article 223-1 du Code pénal instituant le délit de « mise en danger délibérée de la personne d'autrui » les a conduits à penser que le caractère délictueux de l'imprudence devrait davantage être apprécié en fonction des éléments qui caractérisent l'imprudence, plus que de l'effectivité de ses conséquences, afin de tenir compte des imprudences qui n'ont pas encore provoqué le dommage.

780. C'est dans ce contexte que le législateur a adopté l'article 223-1 du Code pénal dans ses dispositions actuelles, conduisant à incriminer les comportements qui exposeraient autrui à un risque, sans que le dommage ait à être caractérisé. Or, tout le monde en convient, le refus de se soumettre ou de soumettre une personne dont on a la garde à un acte médical est susceptible d'exposer autrui à un risque. Composé d'éléments constitutifs originaux, ce délit de nature préventive peut jouer un rôle utile dans le domaine de la santé[1342], si bien qu'il est perçu comme un outil de protection de la santé[1343].

781. Le refus sera alors mis en perspective avec les conditions de qualification du délit d'exposition d'autrui à un risque (Section I). Néanmoins, au regard du principe de

[1341] V. en ce sens, proposition de loi, P. FAUCHON, F. ZOCCHETTO et J.-R. LECERF, « Mise en danger délibérée de la personne d'autrui », texte n° 223 (2010-2011) déposé au Sénat le 13 janv. 2011. Site internet : https://www.senat.fr/leg/ppl10-223.html
[1342] A. ZELCEVIC-DUHAMEL, « Les risques causés à autrui en matière de santé », GPL 2011, n° 155, p. 18.
[1343] B. DENIS, « Le délit de mise en danger d'autrui comme outil de protection de la santé et de l'environnement », JSS 6 févr. 2019, n° 10, p. 6.

prévisibilité en matière pénale[1344], la difficulté qui peut d'ores et déjà être relevée tient au fait que la plupart des textes ne prévoient pas, en dehors des vaccins obligatoires d'obligation de se soumettre à un acte médical. L'analyse du refus dans ses rapports avec l'exposition d'autrui à un risque rend compte de cette insuffisance. Ce constat conduit à mettre en exergue quelques pathologies à risques dont les moyens de s'en prémunir ou de les traiter ne sont pourtant pas encadrés, interrogeant de nouveau l'opportunité de renforcer la démarche normative en matière de consentement aux soins (Section II).

SECTION I. MISE EN ŒUVRE

782. Contenu du texte. L'article 223-1 du Code pénal incrimine le « fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement »[1345]. Cette infraction est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. La caractérisation de l'infraction recouvre trois exigences : elle suppose « une action ou une abstention reprochable à l'agent », exposant autrui « à un risque, de sorte que le lien de causalité entre cette action ou abstention et ce risque ne peut être mis en doute »[1346]. Il y a lieu de mettre en perspective le refus et le comportement incriminé (§1), avant de vérifier l'existence d'un risque (§2) et d'un lien de causalité entre le risque et le comportement illicite (§3).

§1. Le comportement incriminé

783. Distinction : exposition *involontaire*, violation *volontaire*. L'exposition *involontaire* d'autrui à un risque est « le fait d'exposer involontairement la vie ou l'intégrité physique d'autrui à un risque grave en violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement »[1347]. L'emploi de la notion *involontaire* ne doit pas porter à confusion. Si la violation de l'obligation doit être

[1344] V. en ce sens Crim., 22 nov. 2005, n° 04-87.451 : Bull. crim. n° 307 ; Dr. soc. 2006, p. 693, obs. F. DUQUESNE.
[1345] Art. 223-1 du C. pén.
[1346] E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 824, n° 1516.
[1347] *Ibid*., p. 730, n° 1510.

intentionnelle — raison pour laquelle on parle de mise en danger délibérée de la personne d'autrui —, l'exposition au risque est quant à elle involontaire. C'est pourquoi E. DREYER[1348] qualifie cette infraction d'involontaire. Ainsi, si la preuve du caractère délibéré de la violation doit être apportée, la preuve de l'intention de nuire n'est, quant à elle, pas exigée. Cette qualification est séduisante en ce qu'elle ne suppose pas l'intention de préjudicier aux intérêts d'autrui, tel que c'est le cas pour la plupart des mises en danger. Si elle implique la preuve d'une « violation délibérée », elle ne suppose pas l'intention de nuire, c'est-à-dire d'exposer autrui à un risque.

784. Condition préalable : l'existence d'une obligation particulière. L'interprétation stricte de la loi pénale suppose une appréciation rigoureuse de l'existence des éléments constitutifs de la mise en danger d'autrui. Les dispositions de l'article 223-1 du Code pénal supposent qu'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement imposait de prendre des précautions ou de s'abstenir de certains actes pouvant causer un accident impliquant des personnes[1349]. Le juge doit alors vérifier la méconnaissance par un individu d'une obligation particulière ou de sécurité qui s'imposait à lui[1350]. En effet, l'article 223-1 prévoit que l'infraction peut être qualifiée uniquement en cas de « violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ». En d'autres termes, le comportement visé doit déterminer précisément l'action ou l'abstention[1351]. C'est le cas lorsque par exemple, des propriétaires de chiens dangereux laissent divaguer leurs animaux ou n'assurent pas leur isolement en méconnaissance des règles qui s'appliquent en l'espèce[1352] ; ou encore, lorsque des automobilistes adoptent des comportements en

[1348] *Ibid*.
[1349] V. en ce sens, *ibid.*, p. 823, n° 1511.
[1350] V. en ce sens, *ibid.*, p. 825, n° 1516.
[1351] V. en ce sens Crim., 25 juin 1996 : Bull. crim., n° 274 ; Dr. pén. 1996, n° 265, obs. M. VÉRON. Dans cette affaire, la Cour de cassation retient que le comportement n'est pas précis lorsqu'un texte se limite à confier, d'une manière générale, aux maires le soin de prévenir et faire cesser tous les événements survenant sur le territoire de leur commune qui sont de nature à compromettre la sécurité des personnes. V. également Crim., 18 mars 2008, n° 07-83.067 : Bull. crim., n° 67 ; JCP G 2008, II 10127, note P. MISTRETTA. Dans cette espèce, la Cour de cassation retient que ne constitue pas une obligation particulière le texte des articles R. 4127-32 et R. 4127-33 du Code de la santé publique qui se contentent de mettre à la charge des médecins une obligation de vigilance.
[1352] CA Paris, 9 nov. 1995 : Dr. pén. 1996, n° 57, obs. M. VÉRON – CA Paris, 25 févr. 2000 : JCP G 2000, IV 2861. Comp., art. R. 622-2 du C. pén. ; Crim., 2 mai 2018 : Dr. pén. 2018, n° 120, obs. P. CONTE.

violation des dispositions du Code de la route[1353]. Ainsi, toute violation d'obligation de prudence ou de sécurité ne peut être prise en compte. Il faut qu'elle soit issue d'une norme déterminée et qu'elle présente un caractère particulier. Partant, la Cour de cassation[1354] a censuré un arrêt qui avait retenu la responsabilité d'un médecin de garde pour la mise en danger d'autrui, sans établir l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par les articles 32 et 33 du Code de déontologie[1355] qui avaient été invoqués en l'espèce.

785. La source de l'obligation de prudence ou de sécurité. L'obligation de prudence ou de sécurité doit être prévue de façon explicite par un texte. Elle ne peut pas découler d'un raisonnement *in abstracto* opéré par les juges qui compareraient le comportement d'une personne avec celui d'une autre normalement avisée placée dans les mêmes circonstances, tel que l'admet le droit civil[1356]. Ainsi, la simple violation d'un devoir général de prudence ne suffit pas ; il doit s'agir d'une obligation particulière. Il est exigé qu'un texte ait imposé un comportement déterminé que l'agent n'a pas eu[1357]. Une telle exigence est renforcée par le fait que la décision de condamnation des juges doit préciser le texte en question pour permettre à la Cour de cassation de s'assurer qu'il énonçait effectivement une obligation particulière de prudence ou de sécurité[1358]. Aussi, il n'est pas nécessaire que la violation de cette obligation préalable soit pénalement sanctionnée : il suffit qu'elle soit prévue par un texte de nature légale ou réglementaire.

786. La source de ces obligations est donc appréciée de façon restrictive[1359]. Ainsi, lorsque le texte qui prescrit l'obligation est un règlement, sa légalité peut être discutée devant le juge répressif[1360]. Ensuite, la Cour de cassation retient que l'obligation de prudence ou de sécurité résulte d'une loi ou d'un règlement « au sens constitutionnel du

[1353] V. par ex. Crim., 12 mars 1997 : Bull. crim., n° 102 – Crim., 11 mars 1998 : Bull. crim., n° 99 ; JCP G 1999, II 10064, note K. HOYEZ.
[1354] Crim., 18 mars 2008, n° 07-83.067.
[1355] Art. R. 4127-32 et R. 41-33 du CSP.
[1356] Crim., 22 sept. 2015 : Bull. crim., n° 205 ; JCP G 2015, 1284, note H. MATSOPOULOU ; RSC 2016, p. 854, obs. Y. MAYAUD.
[1357] CA Rouen, 25 mars 2004 : JCP G 2005, IV 1428 – CA Grenoble, 19 févr. 1999 : D. 1999, p. 480, note M. REDON ; JCP G 1999, II 10171, note P. LE BAS – CA Bordeaux, 15 mai 1997 : JCP G 1998, IV 1647 – CA Aix-en-Provence, 22 nov. 1995 : D. 1996, p. 405, note J. BORRICAND.
[1358] Crim., 12 janv. 2016: Bull. crim., n° 5 ; RSC 2016, p. 72, obs. Y. MAYAUD.
[1359] V. en ce sens A. ZELCEVIC-DUHAMEL, art. cit.
[1360] Art. 111-5 du C. pén. ; v. CA Paris, 17 déc. 1996 : Dr. pén. 1997, n° 46, obs. M. VÉRON.

terme »[1361]. En sus des conditions liées à la source, le droit positif consacre des conditions liées à la particularité de l'obligation de prudence ou de sécurité.

787. Seules les lois imposant des vaccins sont comprises comme des obligations particulières. À ce stade, peuvent déjà être exclus tous les actes médicaux qui ne sont pas obligés par la loi. Seule alors la législation sur la vaccination semble pouvoir constituer une source valable de qualification : ainsi les obligations vaccinales infantiles[1362], ainsi que les obligations vaccinales spécifiques imposées à certaines professions, constituent des obligations particulières. L'article L. 3111-2 du Code de la santé publique en disposant que « les vaccinations suivantes sont obligatoires, sauf contre-indication médicale reconnue, dans des conditions d'âge déterminées par décret en Conseil d'État, pris après avis de la Haute Autorité de santé (…) » ; ou encore les articles L. 3111-4[1363] et R. 3112-1[1364] du même code qui énumère les établissements qui doivent imposer à leurs salariés de se faire vacciner contre les pathologies mentionnées, à l'évidence, prescrivent un comportement déterminé à adopter : celui de se soumettre ou de soumettre son enfant aux vaccins mentionnés. D'ailleurs, la jurisprudence admet de prendre en considération des obligations qui s'adressent à des catégories larges de destinataires[1365], tel que c'est le cas pour les lois qui imposent des vaccins.

788. L'élément moral : l'intentionnalité. Le délit de « risques causés à autrui » est subordonné à un élément moral « particulier » et « une faute délibérée est nécessaire »[1366]. La faute délibérée suppose une « adhésion psychologique au comportement lui-même »[1367]. À ce titre, l'intentionnalité ne concerne pas le risque, c'est-à-dire la mort ou les blessures, mais bien la violation de l'obligation particulière de prudence ou de

[1361] V. en ce sens E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 82, n° 15122.
[1362] Art. L. 3111-2 du CSP, mod. par L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017.
[1363] Art. L. 3111-4 du CSP : « Une personne qui, dans un établissement ou organisme public ou privé de prévention de soins ou hébergeant des personnes âgées, exerce une activité professionnelle l'exposant ou exposant les personnes dont elle est chargée à des risques de contamination doit être immunisé contre l'hépatite B, la diphtérie, le tétanos, la poliomyélite et la grippe ».
[1364] Art. R. 3112-1, 1° du CSP : « sont soumis à la vaccination obligatoire par le vaccin antituberculeux BCG : 1° Professions à caractère sanitaire : aides-soignants ; ambulanciers ; audio prothésistes ; auxiliaires de puériculture ; ergothérapeutes ; infirmiers et infirmière ; manipulateurs d'électroradiologie médicale ; (…). »
[1365] V. en ce sens Crim., 16 nov. 2016 : Bull. crim. n° 299 ; GPL 24 janv. 2017, p. 47, obs. E. DREYER ; AJ pénal 2017, p. 83, obs. J.-P. CÉRÉ – Crim., 23 juin 1999 : Bull. crim. n° 154 ; Dr. pén. 2000, n° 4, obs. M. VÉRON.
[1366] E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 827, n° 1520.
[1367] Y. MAYAUD, « Retour sur la culpabilité intentionnelle en droit pénal », D. 2000, p. 604.

sécurité[1368]. En d'autres termes, les juges doivent établir que l'obligation particulière a été violée de manière délibérée[1369], sans pour autant que le fait d'exposer autrui à un risque ait été souhaité. Et comme d'aucuns ne peuvent se prévaloir de la méconnaissance d'une loi pour échapper à une incrimination, les parents par exemple, ne peuvent ignorer l'existence des obligations vaccinales infantiles. Le refus de se soumettre ou de soumettre son enfant aux vaccins imposés par la loi constitue *a fortiori* une violation délibérée. L'élément moral ne semble pas poser de difficulté particulière dès lors que l'incrimination implique la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence consacrée par la loi. Mais apporter la preuve d'une méconnaissance délibérée ne suffit pas, il faut que celle-ci ait exposé autrui à un risque d'une particulière gravité[1370].

§2. Le risque

789. **Le risque**. L'article 223-1 du Code pénal n'est applicable qu'aux situations de risque d'une extrême gravité. Plus précisément, les juges doivent établir les circonstances de fait dans lesquelles autrui a été exposé à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente[1371]. Tel est le cas, par exemple, du risque d'hyper stimulation susceptible d'entraîner une infirmité permanente chez des personnes souffrant de troubles de fécondité[1372]. Il faut qu'au moins une personne ait effectivement été exposée au risque[1373]. Le risque ne peut être hypothétique, sa réalité doit être vérifiée[1374]. Au regard de ces exigences, le fait de franchir un feu rouge alors que la visibilité est bonne et que personne ne vient en face de la voiture au moment où elle commet le délit ne suffit pas à caractériser l'exposition au risque et donc l'incrimination[1375]. À l'inverse, l'infraction est constituée lorsque la voiture franchit un feu rouge, même si elle a marqué un temps d'arrêt, dès lors qu'un véhicule se trouvait en

[1368] V. en ce sens E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 828, n° 1521 ; E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002, p. 441, n° 337.
[1369] Crim., 16 oct. 2007 : Bull. crim., n° 247.
[1370] V. par ex. Crim., 16 déc. 2015 : Bull. crim. n° 310 ; Dr. pén. 2016, n° 43, obs. P. CONTE.
[1371] Crim., 12 janv. 2016 : Bull. crim. n° 5 ; RSC 2016, p. 72, obs. Y. MAYAUD.
[1372] Crim., 29 juin 2010 : Bull. crim., n° 120.
[1373] V. en ce sens E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 825, n° 1518.
[1374] V. not. V. MALABAT, « Le délit dit de "mise en danger", la lettre et l'esprit », JCP G 1999, I 208, cité par E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 825, n° 1518.
[1375] V. en ce sens E. DREYER, *ibid.*, p. 826, n° 1518.

face alors qu'il bénéficiait de la priorité : un risque immédiat de collision existe effectivement[1376].

790. La relativité du risque grave généré par le refus de se soumettre à un vaccin obligatoire. La violation par une personne de son obligation vaccinale a vocation à constituer un risque pour autrui. En effet, le vaccin a pour effet d'apporter une immunité tant individuelle que collective. Il protège la personne qui s'est vu administrer le vaccin contre la pathologie concernée, et conduit également à protéger les tiers des risques de contamination. L'action du vaccin, en effet, « induit une réponse immunitaire spécifique et protectrice. Au-delà de la personne vaccinée, cette protection assure une immunité de groupe, quand le nombre de personnes ainsi immunisées devient suffisant pour enrayer la transmission de l'agent infectieux dans la population »[1377]. Ainsi, il a été établi que la vaccination a participé de façon significative à l'effondrement de la mortalité liée aux maladies infectieuses. Elle a entre autres conduit à éradiquer la variole, à faire chuter l'incidence mondiale de la poliomyélite de 99 % depuis 1988 et à faire baisser de 79 % le nombre de décès dû au virus de la rougeole dans le monde[1378]. Par un raisonnement *a contrario*, il est admis que ne pas se prémunir contre ces pathologies emporte des risques pour soi-même, mais aussi pour la collectivité et *a fortiori,* les tiers.

791. Au demeurant, il semble évident que le législateur, lorsqu'il adopte des mesures conduisant à obliger l'administration de certains vaccins, c'est sur la base d'études scientifiques ayant démontré que le défaut du vaccin entraîne un risque tant pour l'individu qui ne se vaccine pas que pour les tiers, d'autant plus que la personne qui a été exposée au risque peut ou non être déterminée[1379]. Autrement dit, le caractère obligatoire des vaccinations est précisément fondé sur le risque afférent au défaut de vaccination. Toutefois, si dans l'absolu, le risque pour autrui peut exister à l'égard de tous, y compris ceux qui sont immunisés, il doit néanmoins revêtir une certaine gravité. Le fait d'être en contact avec une personne non vaccinée n'engendre pas nécessairement un risque d'une

[1376] Crim., 6 juin 2000 : Bull. crim. n° 213 ; Dr. pén. 2000, n° 124, obs. M. VÉRON.
[1377] Rapp. public annuel de la Cour des comptes, « La politique vaccinale : un enjeu de santé publique, une confiance à conforter », févr. 2018, p. 205.
[1378] D. LEVY-BRUHL, D. FLORET « La vaccination des enfants en France : enjeux et défis actuels », La Revue du praticien, 2016, vol. 66, n° 8, pp. 835-840.
[1379] V. en ce sens E. DREYER, *op. cit.*, p. 825, n° 1518.

particulière gravité, tel qu'il est entendu au sens de l'article 223-1 du Code pénal : tout dépend du contexte.

792. Ainsi, la réalité de la gravité du risque dépend des circonstances de fait, et en matière médicale, des caractéristiques de la personne exposée notamment. D'ailleurs, l'existence du risque se déduit le plus souvent du contexte[1380]. De ce point de vue, une personne vaccinée, qui n'est pas immunodéprimée, et en bonne santé, si elle est en contact avec une personne non vaccinée n'est *a priori* pas exposée à un risque de contamination d'une particulière gravité. En revanche, lorsqu'une personne n'est pas immunisée, il y a lieu de nuancer. Une personne non immunisée est exposée à un risque accru de contamination. Cela concerne essentiellement les personnes immunodéprimées, ne répondant pas au vaccin qui leur a pourtant été administré, ou encore les personnes qui n'ont pas reçu le vaccin, soit parce que le médecin le leur a contre-indiqué, soit par choix personnel.

793. Néanmoins, dans la mesure où l'absence d'immunité n'est pas suffisante pour caractériser le risque au sens de l'article 223-1 du Code pénal, dès lors que celui-ci doit être d'une particulière gravité, il y a lieu de procéder à un examen rigoureux des circonstances. En effet, d'une personne non immunisée à l'autre, le degré de gravité du risque peut également varier, en fonction notamment de l'état de santé initial de la personne. Par exemple, une personne vulnérable soit parce qu'elle est malade, soit qu'elle est une personne à risques en raison de son âge, de ses prédispositions ou antécédents médicaux, si elle est exposée à un risque de contamination, car en contact avec une personne non vaccinée, pourrait être exposée à un risque dont le caractère grave peut *a priori* être avéré. Pour ces personnes, le risque de contracter la pathologie en question est susceptible d'entraîner des complications dont les répercussions peuvent être graves pour la santé, voire conduire au décès, ce qui relève bien d'un « risque de mort ou de blessures »[1381]. Cette affirmation n'est *a priori*[1382] pas toujours vraie, notamment dans l'hypothèse où une personne, bien que non immunisée, est en bonne santé, sans

[1380] V. en ce sens A. ZELCEVIC-DUHAMEL, art. cit.
[1381] En vertu de l'article 223-1 du Code pénal, est incriminé « le fait d'exposer (…) autrui à un risque immédiat de more ou de blessure ».
[1382] L'aléa thérapeutique n'est jamais nul.

antécédents connus, et d'un âge relativement jeune. Dans ce cas, il ne semble pas que la personne, bien qu'exposée à un risque de contamination, soit exposée à un risque grave.

794. En outre, un parent qui refuse de soumettre son enfant aux vaccinations obligatoires l'expose à un risque de contamination dont les conséquences peuvent être dramatiques pour l'enfant. Selon l'Organisation mondiale de la santé, chaque année, la vaccination permet d'éviter environ 2,5 millions de décès d'enfants[1383]. Les études révèlent par exemple qu'un enfant non vacciné contre le tétanos risque de l'attraper, et, le cas échéant, une simple petite coupure ou une plaie mineure qui renferme un peu de terre peut provoquer l'infection. Or plus de 10 % des enfants et des adultes qui contractent le tétanos en meurent[1384].

795. En tout état de cause, le degré de gravité du risque doit être apprécié au cas par cas, à l'aune des circonstances précises d'espèce. Il est alors souvent nécessaire de recourir à une expertise afin d'établir l'existence du risque et la gravité de celui-ci, surtout dans le domaine de la santé[1385]. Une fois la réalité du risque et de sa gravité établie, les juges doivent en dernier lieu vérifier l'existence d'un lien de causalité entre la violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité, et le risque qui en résulte[1386].

§3. Le lien de causalité

796. Il est nécessaire, pour que l'infraction soit constituée, de démontrer que l'acte en cause, en l'occurrence la violation de l'obligation vaccinale, peut produire le résultat redouté par le législateur[1387]. Le lien de causalité est subordonné à deux caractères. D'une part, le lien de causalité entre le comportement de l'agent et le risque tel qu'il a été défini

[1383] V. en ce sens A. DOUBA et al. « Facteurs sociodémographiques associés à la vaccination incomplète des enfants de 12 à 59 mois dans six pays d'Afrique de l'Ouest », *Santé Publique*, 2015, vol. 27, n° 5, pp. 723-732.
[1384] *Ibid*.
[1385] Crim., 4 oct. 2005 : Bull. crim., n° 250.
[1386] Crim., 16 févr. 1999 : Bull. crim., n° 24 ; D. 2000, p. 9, note A. CERF, Somm., p. 34, obs. Y. MAYAUD ; RSC 1999, p. 837, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE – Crim., 19 avr. 2000 : Bull. crim., n° 161.
[1387] V. en ce sens Crim., 4 oct. 2005 : Bull. crim. n° 250 ; Dr. pén. 2006, n° 10, obs. M. VÉRON.

doit être certain : il ne doit y avoir aucun doute sur la causalité[1388] (I). D'autre part, le lien de causalité entre le comportement de l'agent et la mort ou les blessures graves causées à autrui ne peut être indirect[1389] (II).

I. Le caractère certain du lien de causalité

797. Pour que le lien de causalité puisse être établi entre la violation de l'obligation particulière et le risque généré, il faut qu'il n'existe aucun doute[1390]. En principe, il a été établi, par des études scientifiques, que tous les vaccins imposés par la loi diminuent le risque de transmission[1391]. Ainsi, si la preuve a été apportée par des expertises qu'une personne est exposée à un risque grave si elle contracte une pathologie donnée, il semblerait que des études déjà existantes attestent de la certitude du lien causal entre l'absence de vaccination, et la transmission de l'agent infectieux concerné. Une telle hypothèse ne soulève pas de difficulté particulière, et est soumise à une appréciation scientifique souvent déjà établie. Et si tel n'est pas le cas, il y a lieu de recourir à des expertises scientifiques. En outre, le caractère certain du lien de causalité suppose que soit apportée la preuve que la personne exposée au risque est en contact avec la personne non vaccinée, susceptible de lui transmettre l'agent infectieux. Ainsi, il demeure possible d'établir un lien causal certain entre le défaut de vaccination, et les risques que cela engendre pour la personne exposée.

798. Il reste que la preuve du caractère direct du lien de causalité peut se révéler plus complexe.

II. Le caractère direct du lien de causalité

799. Propos liminaires. Le lien de causalité entre le comportement de l'agent et le risque de mort ou de blessures graves causé à autrui ne peut être indirect[1392]. L'existence

[1388] Crim., 19 avr. 2017 : Bull. crim. n° 107 ; JCP G 2017, 610, note F. ROUSSEAU ; AJ pénal 2017, p. 340, note V. COHEN-DONSIMONI ; RSC 2017, p. 285, obs. Y. MAYAUD.
[1389] V. en ce sens Crim., 30 oct. 2007 : Dr. pén. 2008, n° 65, obs. J.-H. ROBERT.
[1390] Crim., 19 avr. 2017 : Bull. crim. n° 107 ; JCP G 2017, 610, note F. ROUSSEAU ; AJ pénal 2017, p. 340, note V. COHEN-DONSIMONI ; RSC 2017, p. 285, obs. Y. MAYAUD.
[1391] V. en ce sens le rapport public annuel de la Cour des comptes 2018, *op. cit*., p. 205.
[1392] V. en ce sens Crim., 30 oct. 2007 : Dr. pén. 2008, n° 65, obs. J.-H. ROBERT.

du risque ne doit dès lors pas dépendre du comportement d'un tiers[1393] et ne doit pas dépendre des prédispositions de la victime[1394]. Ce point est particulièrement intéressant dès lors que certains sujets ne peuvent, du fait de leurs prédispositions, ressentir les effets bénéfiques du vaccin, notamment lorsqu'elles sont immunodéprimées. Dans de tels cas, il est certain que le défaut de vaccination de l'agent expose ces populations fragiles à un risque, qu'on ne peut leur reprocher. Néanmoins, la preuve du lien de causalité interroge davantage dans certains cas, notamment lorsque le risque ne découle pas uniquement de la violation de l'obligation particulière de sécurité et de prudence.

800. Hypothèse où l'agent ainsi que la personne potentiellement exposée au risque contribuent au risque. Il se peut que la personne qui s'expose au risque de contamination ait fait le choix elle-même de ne pas se faire vacciner. Il arrive également que certaines personnes ne se soient pas soumises à l'obligation vaccinale parce que la loi leur permet[1395], ou encore que le tiers exposé au risque soit immunodéprimé. Dans ces cas, le risque découle concomitamment du défaut de vaccin de l'agent et du défaut de vaccin du sujet même. Lorsque la personne ne s'est pas soumise aux vaccins obligatoires en violation de la loi, la question est soulevée de savoir si on ne peut pas opposer au sujet potentiellement exposé sa faute, auquel cas cela romprait le lien de causalité entre le fait de l'agent et l'exposition d'autrui au risque. Lorsque la personne ne s'est pas soumise à la vaccination concernée, parce qu'elle lui a été contre-indiquée, ou lorsque la personne est immunodéprimée, la question se pose de savoir si, en contribuant à la réalisation, cela conduit à exclure la responsabilité de l'agent.

801. La réponse à cette question dépend de la manière dont le lien de causalité est apprécié. Sur ce point, il existe désormais, en droit pénal, une dualité de régime de responsabilité. Avant la réforme du 10 juillet 2000, la faute non intentionnelle était toujours sanctionnée, qu'importent ses conséquences sur le dommage, qu'elle ait contribué directement ou indirectement à la réalisation du dommage[1396]. Aujourd'hui, la causalité varie en fonction que le dommage est ou non le produit direct de la faute. L'article 121-3

[1393] E. DREYER, *op. cit.*, 2020, p. 827, n° 1519.
[1394] V. en ce sens Crim., 6 oct. 2009 : Dr. pén. 2010, n° 15, obs. M. VÉRON.
[1395] Art. L. 3111-2 du CSP : « Les vaccinations suivantes sont obligatoires, sauf contre-indication médicale reconnue (…) ».
[1396] Y. MAYAUD, Rép. pén. Dalloz, 2022, v° Violences involontaires : théorie générale – antisocialité des violences, n° 463.

du Code pénal a été modifié en ce sens : « dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ». Ainsi, en cas de faute indirecte, seule la faute qualifiée est prise en compte à l'exclusion de la faute ordinaire.

802. Partant, seule la démonstration d'une faute délibérée ou d'une faute caractérisée, au sens de 121-3 du Code pénal peut conduire à retenir la responsabilité de l'agent. Lorsque la faute est directe, à l'inverse, toute faute en lien direct avec le dommage, peut engager la responsabilité de son auteur[1397]. Dès lors, même si le refus de se soumettre à un acte médical n'a pas directement causé le dommage, il pourra être opposé à son auteur, qui pourra alors voir sa responsabilité engagée. La faute que la victime a pu commettre n'exonère nullement le prévenu de la condamnation qu'il encourt du fait de ses propres agissements[1398], dès lors que finalement, cette faute ne fait pas disparaitre le lien de causalité entre la faute du prévenu, et le dommage[1399].

803. Au surplus, si la victime a contribué à la réalisation de son dommage, en ne se soumettant pas au vaccin que la loi lui impose, cela n'empêche pas que la responsabilité de celui qui aurait pu la contaminer puisse être retenue. Ainsi, la responsabilité pénale du prévenu peut être engagée même si la victime a contribué à son propre dommage. Dès lors, si la violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité doit être la cause directe et immédiate du risque créé, il n'est pas pour autant exigé qu'elle en soit la cause exclusive, tel que le retient la Cour de cassation dans un arrêt du 30 octobre 2007[1400].

[1397] *Ibid*.
[1398] Crim., 14 févr. 1989, n° 88-80.439 : Bull. crim., n° 75 – Crim., 17 mai 1994, n° 93-84.458 : Dr. pén. 1994, Comm., p. 229 – Crim., 4 août 1998, n° 97-85.021 : Bull. crim., n° 223 ; D. 1999, Somm., p. 183, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES.
[1399] Crim., 8 janv. 1979, n° 76-91.791 : Bull. crim., n° 11 – Crim., 13 févr. 1992, n° 88-87.154 : GPL 1992, 2, Somm., 373.
[1400] Crim., 30 oct. 2007, n° 06-89.365.

804. *In fine*, la réponse à la question de l'influence du fait de la victime contributive au dommage est unitaire dès lors que d'une part, la faute de la victime dans le cadre de l'exposition d'autrui à un risque n'empêche pas la responsabilité de l'agent, et que, d'autre part, il n'est pas exigé que la faute de l'agent soit la cause exclusive du dommage**.** Ainsi, le fait que la victime ait contribué à son dommage, fût-ce fautivement, n'amoindrit pas la responsabilité du prévenu. Seule l'absence de lien de causalité direct entre la violation de l'obligation particulière et le risque, est de nature à exclure la responsabilité de l'agent. La preuve peut néanmoins être difficile à rapporter, d'où l'intérêt, en tout état de cause, de recourir à des expertises scientifiques.

Conclusion de la section I

805. Le délit d'exposition d'autrui à un risque grave a vocation à jouer un rôle utile dans le domaine de la santé[1401] et apparaît comme un outil de protection de la santé[1402]. Ainsi, l'infraction d'exposition d'autrui à un risque peut sans conteste être perçue comme un instrument intéressant de régulation du droit de consentir, lorsque l'exercice de ce dernier menace la santé d'autrui. Il permettrait ainsi d'éviter la réalisation d'un risque grave tel qu'il est entendu au sens de l'article 223-1 du Code pénal.

806. Néanmoins, il ne permet pas de transcender tous les aspects de notre matière. La difficulté majeure réside en effet dans l'exigence d'une « obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement »[1403]. Cette condition nous conduit à exclure toutes les hypothèses où un tiers est gravement menacé par le refus d'une personne de se soumettre à un acte médical non imposé par la loi. Or, en dehors des obligations vaccinales, aucun texte n'impose d'obligation de se soumettre à un acte médical.

807. Toujours est-il que, théoriquement, rien n'empêche que le délit puisse être appliqué à l'agent, qui, en refusant de se soumettre à l'une des vaccinations que la loi impose, expose autrui à un risque particulièrement grave. En effet, le manquement aux obligations vaccinales constitue bien une violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi. Concernant le risque, celui-ci ne doit pas simplement

[1401] A. ZELCEVIC-DUHAMEL, art. cit.
[1402] B. DENIS, *op. cit.*
[1403] Art. 223-1 du C. pén.

exister, il doit revêtir un caractère particulièrement grave qui, nécessairement, doit se déduire du contexte : il varie en fonction notamment des caractéristiques personnelles de la personne exposée. Quant au lien de causalité, étant parfois difficile à démonter, il implique qu'il faille souvent recourir à des expertises scientifiques. Par ailleurs, dès lors qu'il importe peu que la victime ait contribué à la réalisation de son préjudice, le fait que la personne exposée à un risque ne soit pas immunisée, fût-ce fautivement[1404], n'amoindrit pas la responsabilité de l'agent.

808. Il reste que, dans la mesure où le refus de se soumettre à un acte médical peut compromettre la santé d'autrui, et donc l'exposer à un risque grave, il est regrettable que le principe de légalité qui conditionne cette infraction empêche cette qualification. C'est la raison pour laquelle on peut se demander s'il ne serait pas opportun d'étendre les obligations de se soumettre à un acte médical.

SECTION II. L'OPPORTUNITÉ D'ÉTENDRE LES OBLIGATIONS À D'AUTRES ACTES ET PATHOLOGIES

809. La tentative d'articulation entre droit pénal et protection de la santé nous donne parfois le sentiment d'inachevé, et révèle une certaine incomplétude des textes de droit en la matière. L'analyse du refus de se soumettre à un acte médical dans ses rapports avec l'exposition d'autrui à un risque en témoigne. Pourtant, il n'y a pas de « concordance nécessaire entre l'édiction d'une norme législative ou réglementaire et la création d'un risque, création qui, par nature, peut parfaitement échapper à la vigilance du législateur, alors surtout que le développement des techniques ou l'imagination malfaisante créent chaque jour de nouvelles circonstances potentiellement dangereuses »[1405].

810. L'effort de protection de la santé publique par la voie pénale impliquerait alors d'étendre les obligations à d'autres actes médicaux. C'est pourquoi il est opportun de penser, à partir de quelques exemples qui nous ont semblé pertinents, l'extension des obligations à d'autres pathologies et actes médicaux. Les exemples cités, s'ils ne sont pas

[1404] Si par exemple la victime ne s'est elle-même pas soumise à la vaccination en question en violation de la loi, c'est-à-dire, en dehors de toute contre-indication, ou d'état immunodéprimé.
[1405] V. P. FAUCHON, F. ZOCCHETTO et J.-R. LECERF, « Mise en danger délibérée de la personne d'autrui », précit.

exhaustifs, ont pour principal objet d'attester l'insuffisance de la législation en la matière. L'intérêt est surtout de démontrer la nécessité d'adopter une démarche davantage normative en matière de régulation du droit de refuser l'acte médical. Alors, si l'extension des obligations permettrait avant tout de mobiliser le droit pénal commun afin de sanctionner le refus préjudiciable aux tiers et à la collectivité, les exemples décrits témoignent, en dehors même du cadre pénal, de la trop grande prudence des politiques quant à l'encadrement du droit de consentir. Quelques exemples de pathologies à risques ne faisant pas l'objet d'un encadrement légal ont été identifiés (§1), avant que puisse être discutée la validité de l'obligation (§2).

§1. De quelques pathologies à risque non encadrées

811. Cas du Virus de l'Immunodéficience Humaine (VIH). Pensons par exemple au cas du VIH, sexuellement transmissible. La solution qui suit ne concerne nullement le refus de se soumettre à un acte médical, mais présente tout de même un intérêt en ce sens qu'elle permet d'introduire dans un second temps la question de la prévention de la transmission du VIH. Un arrêt de principe, très commenté, a été rendu sur le fondement de l'article 222-15 du Code pénal, par la chambre criminelle le 5 octobre 2010[1406], retenant que « se rend coupable du délit d'administration de substances nuisibles ayant entraîné une infirmité permanente l'individu atteint par le virus du sida qui a des relations sexuelles non protégées avec la victime, en toute connaissance de cause, et contamine ainsi cette dernière, désormais porteuse d'une affection engendrant pour elle des conséquences physiques et psychologiques irréversibles ». Si le droit pénal sanctionne la personne qui transmet le virus à un partenaire, dès lors qu'il avait connaissance de sa contamination, aucune mesure n'existe préalablement à la réalisation du dommage, c'est-à-dire une mesure de prévention qui pallierait les conséquences d'un tel comportement de la part du contaminé. Une telle mesure s'apparenterait à l'obligation de se soumettre à un traitement contre le VIH. On le sait maintenant, « l'intervention du droit pénal ne saurait se limiter à une action répressive, mais se poursuit par une fonction de prévention du risque et des comportements dommageables[1407] ».

[1406] Crim., 5 oct. 2010, n° 09-86.209.
[1407] J. LASERAZ, art. cit.

812. Ainsi, le droit pénal devrait être mobilisé non pas uniquement pour réprimer *a posteriori* un acte qui aurait causé des dommages, mais également pour supprimer tout risque de contamination. Il reste qu'une telle position suppose en tout premier lieu une mise en balance des intérêts, notamment du point de vue du bilan bénéfices-risques du traitement, lequel doit apparaître comme nettement positif. On ne saurait imposer à une personne un traitement lourd qui lui ferait courir des risques. Il faut néanmoins souligner que la propagation par voie sexuelle ne constitue pas en soi un danger qui viserait une population de masse — du moins pas autant qu'une pathologie dont la transmission est aéroportée ou manu portée telle que la covid-19, le rhume ou la grippe. Il reste que le VIH constitue un danger pour potentiellement plusieurs sujets. Pourtant, il existe bien un traitement contre le VIH[1408] qui réduit de façon considérable la charge virale, rendant la personne contaminée non contagieuse[1409].

813. Alors que le droit pénal dispose également d'un rôle préventif dans l'apparition de risques dommageables, théoriquement, rien n'empêche que le traitement puisse être obligatoire, car emporte potentiellement de lourdes conséquences sur la santé d'autrui. Le résultat obtenu permettra par la suite de juger de la proportionnalité entre la nécessité d'imposer le traitement et l'atteinte au droit de consentir. Car pour adopter une mesure qui viendrait enfreindre l'exercice d'un droit constitutionnel, il est indispensable que la mesure n'apparaisse pas disproportionnée au regard du résultat, à la lumière de ce qui a été fait pour la législation sur l'obligation vaccinale[1410].

[1408] Les médicaments recommandés en première intention sont Truvada ou Kivexa, associé soit à l'efavirenz (Sustiva), soit à une antiprotéase parmi le lopinavir/r (Kaletra), le fosamprénavir/r (Telzir) ou l'atazanavir/r (Reyataz).

[1409] V. en ce sens, ONUSIDA, « Santé publique et surpression de la charge virale du VIH », 2018 ; M.S. COHEN, Y.Q. CHEN, M. MCCAULEY et *al.*, « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy », N. Engl. J. Med., 2011 ; ONUSIDA, « Estimations et analyses spéciale », 2018 ; A.J. RODGER, V. CAMBIANO, T. BRUUN et *al.*, « Sexual Activity Without Condoms and Risks of HIV Transmission in Serodifferent Couples When the HIV-Positive Partner Is Using Suppressive Antiretroviral Therapy », JAMA, 2016 ; A. GRULISH et *al.*, « HIV Transmission in Male Serodiscordant Couples in Australia, Thailand and Brazil », Conference on Retroviruses and Opportunistic Infections (CROI), Seattle, USA, 2015.

[1410] Cons. const., 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC : AJDA 2015, p. 611 ; D. 2015, p. 687, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE.

814. Or le traitement contre le VIH présente un bilan bénéfices-risques nettement positif[1411]. Environ 6 000 contaminations[1412] sont déplorées chaque année en France. Les traitements, conduisant à réduire considérablement la charge virale, sont en outre très bien supportés par les patients[1413]. Il semblerait alors qu'il ne soit pas invraisemblable d'imposer le traitement, comme outils de prévention, aux personnes contaminées. En effet, non seulement la diminution par le traitement de la charge virale est bénéfique pour le patient, mais aussi elle conduit à minimiser les chances de contamination. Alors que le risque ne se réalise qu'en cas de rapports sexuels, une telle mesure de droit pénal aurait pour seul rôle la prévention.

815. Mais d'autres pathologies, pour être transmissibles, ne supposent pas une action de la part du sujet contaminé, ce qui rend la contagion difficilement contrôlable et constitue un réel danger pour toute une population, justifiant alors que des mesures plus restrictives soient prises. C'est le cas par exemple de la tuberculose.

816. Exemple du refus de traitement tuberculeux. Notons qu'en ce qui concerne cette maladie, il existe un vaccin — non obligatoire, dont le rôle est donc purement préventif. S'il n'est aujourd'hui plus obligatoire, le vaccin contre la tuberculose était imposé par la loi avant 2007. Sa suppression a été notamment justifiée par le fait que la maladie était présente de façon inégale sur le territoire français[1414]. D'une part, pour les

---

[1411] V. en ce sens, ONUSIDA, « Santé publique et surpression de la charge virale du VIH », 2018 ; M.S. COHEN, Y.Q. CHEN, M. MCCAULEY et *al.*, « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy », N. Engl. J. Med., 2011 ; ONUSIDA, « Estimations et analyses spéciale », 2018 ; A.J. RODGER, V. CAMBIANO, T. BRUUN et *al.*, « Sexual Activity Without Condoms and Risks of HIV Transmission in Serodifferent Couples When the HIV-Positive Partner Is Using Suppressive Antiretroviral Therapy », JAMA, 2016 ; A. GRULISH et *al.*, « HIV Transmission in Male Serodiscordant Couples in Australia, Thailand and Brazil », Conference on Retroviruses and Opportunistic Infections (CROI), Seattle, USA, 2015.

[1412] Données référencées par l'Institut Pasteur. Site internet :
https://www.pasteur.fr/fr/centre-medical/fiches-maladies/sida-vih.

[1413] V. en ce sens, ONUSIDA, « Santé publique et surpression de la charge virale du VIH », 2018 ; M.S. COHEN, Y.Q. CHEN, M. MCCAULEY et *al.*, « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy », N. Engl. J. Med., 2011 ; ONUSIDA, « Estimations et analyses spéciale », 2018 ; A.J. RODGER, V. CAMBIANO, T. BRUUN et *al.*, « Sexual Activity Without Condoms and Risks of HIV Transmission in Serodifferent Couples When the HIV-Positive Partner Is Using Suppressive Antiretroviral Therapy », JAMA, 2016 ; A. GRULISH et *al.*, « HIV Transmission in Male Serodiscordant Couples in Australia, Thailand and Brazil », Conference on Retroviruses and Opportunistic Infections (CROI), Seattle, USA, 2015.

[1414] V. en ce sens C. MANAOUIL, C. GARNIER, M. GIGNON et O. JARDÉ, « Comment en est-on arrivé à suspendre l'obligation vaccinale du BCG ? », Archives de Pédiatrie, juin 2008, vol. 15, pp. 1100-1106.

mêmes raisons qui ont poussé le législateur à rendre certains vaccins obligatoires, il ne serait pas surprenant qu'une disposition impose une obligation contre ladite pathologie, comme d'ailleurs contre toute autre pathologie dangereuse dont la transmission peut considérablement être limitée par un vaccin. D'autre part, au-delà des mesures de vaccination, il existe, comme pour le VIH, des traitements qui permettent de réduire la charge virale lorsque le sujet est contaminé. Cela permet d'anticiper le risque de contamination, lequel est, en l'occurrence, certain. Tel est le cas en ce qui concerne la tuberculeuse.

817. À ce propos, l'avis n° 87 du Comité consultatif national d'éthique [1415] déjà cité[1416], aborde le sujet du refus de traitement antituberculeux, en soulignant qu'il soulève un problème de santé publique. À juste titre, les membres du comité affirment qu'« un malade porteur de bacilles tuberculeux qui refuse de se traiter continue à disperser dans l'atmosphère des bacilles contaminants. Ici, deux formes d'adaptations entrent en contradiction, celle de la société aux malades, et celle des malades à la société ». Dans la même lignée, le même comité, dans un avis du 22 juin 2006[1417], s'il n'a pas pris parti dans le débat sur le rapport entre les bénéfices et les risques de la vaccination par le BCG, il a néanmoins recommandé la plus grande prudence dans la démarche de suppression de la vaccination généralisée.

818. Et s'il est certain qu'une telle pathologie, si elle n'est pas traitée, constitue un danger réel pour la population, pourquoi le droit pénal ne pourrait-il pas intervenir au titre de police sanitaire[1418] ? Une telle position d'une part serait nécessaire au regard de la nécessité de protection de l'ordre public, et des tiers, et d'autre part, ne serait pas nouvelle compte tenu de la position politique déjà adoptée en ce qui concerne les lois vaccinales.

819. Mais ce n'est visiblement — et de façon regrettable — pas dans l'air du temps, dès lors que la suppression de cette sanction pénale s'explique notamment par la volonté

[1415] Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, « Refus de traitement et autonomie de la personne », *op. cit.*, p. 13.
[1416] V. *supra*, n° 96.
[1417] Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, « Avis sur le dépistage de la tuberculose et la vaccination par le BCG », avis n° 92, 22 juin 2006.
[1418] V. en ce sens S. HUREL, « Rapport sur la politique vaccinale », *op. cit.*, p. 15. ; O. SAUTEL, art. cit. ; J. LASERAZ, art. cit.

des politiques de restaurer la confiance dans les vaccins[1419], dans l'objectif d'une « prise de conscience collective sur l'importance de la vaccination de nature à assurer un haut niveau de couverture vaccinale »[1420]. Dès lors, cet objectif a pu paraître incompatible avec le maintien d'une sanction par la mise en jeu de la responsabilité. En tout état de cause, le danger que constitue le défaut de traitement de soins ou de prévention de certaines maladies envers la collectivité et les tiers conduit à arguer en faveur de l'extension de l'obligation déjà prévue pour certains vaccins, à d'autres pathologies ou actes médicaux et montre l'extrême prudence des politiques à encadrer le droit de consentir.

820. Encore faudrait-il qu'une telle mesure constituant une atteinte à l'inviolabilité du corps humain et aux principes constitutionnels desquels elle découle ne soit pas « inappropriée »[1421].

§2. La conformité de l'obligation

821. Sur la conformité de l'obligation. Le Conseil d'État retient que « Le droit à la protection de la santé garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 n'impose pas de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé »[1422]. Cette solution n'est admise que si le principe de proportionnalité[1423] le permet, dès lors que la sanction du refus de se soumettre à un acte médical constitue une atteinte aux libertés fondamentales.

822. Ainsi, une loi imposant au sujet de se soumettre à un acte médical n'est valide que si la nécessité d'adopter une telle mesure afin de protéger la santé publique, est proportionnée au regard de l'atteinte à la liberté de refuser un traitement. Dès lors, la loi

---

[1419] V. en ce sens C. LEQUILLERIER, art. cit.
[1420] Rapport public annuel de la Cour des comptes 2018, *op. cit.*, p. 225.
[1421] Cons. const., 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC : AJDA 2015, p. 611 ; D. 2015, p. 687, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE – CE, 28 janv. 2022 : Lebon 2022, n° 457879.
[1422] Recueil Lebon – recueil des décisions du Conseil d'État, « l'obligation vaccinale imposée aux soignants ne porte pas atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé » : CE, 28 janv. 2022 : Lebon 2022 ; v. également Cons. const., 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC : AJDA 2015, p. 611 ; D. 2015, p. 687, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE.
[1423] Cons. const., 20 mars 2015, précit. : AJDA 2015, p. 611 ; D. 2015, p. 687, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE.

sur les obligations vaccinales adoptée en 2017[1424], ainsi que la dernière loi en la matière relative au vaccin contre la covid-19 ont été jugées conformes à la Constitution. À la manière de ce qui a été décidé en 2015[1425] concernant l'obligation vaccinale, la loi imposant le vaccin contre la covid-19 aux soignants[1426] ne porte pas atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé. Le législateur doit alors s'assurer que la consécration d'une obligation imposant à un sujet de droit de se soumettre à un acte médical est proportionnée au but poursuivi. Une telle exigence est sans doute utile, en ce qu'elle a pour effet, non pas d'inverser le principe, mais à le rationaliser, afin d'établir la plus juste balance qui soit entre les intérêts du titulaire d'un côté, et ceux de la collectivité et des tiers, de l'autre.

823. Or, tant les actes de prévention que les actes de traitement de la tuberculose comme du VIH présentent un bilan bénéfices-risques nettement positif et sont très bien supportés par les patients[1427]. Dans ces conditions, l'exigence de protection de la santé des tiers ne paraît pas manifestement inappropriée à l'objectif visé, notamment, en ce qui concerne la tuberculose qui représente un danger pour le groupe, tel que le soulignent d'ailleurs les deux rapports du Comité national d'éthique à ce propos[1428].

824. VIH. Le fait que la contagion par le VIH ne se répercute pas sur une population de masse ne semble pas constituer un enjeu d'ordre public. Néanmoins, elle peut apparaître comme nécessaire dès lors qu'elle est de nature à emporter de lourdes conséquences sur potentiellement plusieurs sujets, bien que, par ailleurs, la contagion soit davantage

[1424] L. n° 2017-1837, 30 déc. 2017 de finances pour 2018 et D. n° 2018-42, 25 janv. 2018, relatif à la vaccination obligatoire

[1425] Cons. const., 20 mars 2015, précit. : AJDA 2015, p. 611 ; D. 2015, p. 687, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE.

[1426] L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire.

[1427] Concernant le VIH, v. ONUSIDA, « Santé publique et surpression de la charge virale du VIH », 2018 ; M.S. COHEN, Y.Q. CHEN, M. MCCAULEY et *al.*, « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy », N. Engl. J. Med., 2011 ; ONUSIDA, « Estimations et analyses spéciale », 2018 ; A.J. RODGER, V. CAMBIANO, T. BRUUN et *al.*, « Sexual Activity Without Condoms and Risks of HIV Transmission in Serodifferent Couples When the HIV-Positive Partner Is Using Suppressive Antiretroviral Therapy », JAMA, 2016 ; A. GRULISH et *al.*, « HIV Transmission in Male Serodiscordant Couples in Australia, Thailand and Brazil », Conference on Retroviruses and Opportunistic Infections (CROI), Seattle, USA, 2015 ; concernant le cas de la tuberculose, v. en ce sens C. MANAOUIL, C. GARNIER, M. GIGNON, O. JARDÉ, art. cit. ; Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, « Refus de traitement et autonomie de la personne », avis n° 87, avr. 2005, p. 13.

[1428] Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *ibid.* ; « avis sur le dépistage de la tuberculose et la vaccination par le BCG », *op. cit.*

contrôlable, car elle suppose une action de la part de l'agent contaminé. Il ne s'agirait pas ici de réprimer le comportement générateur de trouble, mais de le prévenir, dès lors que le droit pénal sanctionne déjà la contamination par le VIH d'un sujet qui en avait connaissance. Elle permettrait d'anticiper les éventuelles atteintes, avant même que la contamination soit effective.

825. Tuberculose. En ce qui concerne la tuberculose, cela questionne davantage. Ce n'est qu'à partir de 2007, que l'obligation de vaccination contre la tuberculose a été suspendue par décret[1429]. S'en sont précédés de longs débats sur l'opportunité de supprimer l'obligation. Notamment, à l'occasion d'une audition publique sur la vaccination infantile par le BCG organisée par la société française de la santé publique[1430], un bon nombre de professeurs, y compris de droit, chercheurs, médecins, comités scientifiques tels que le Comité consultatif national d'éthique, se sont prononcés sur l'opportunité de suspendre l'obligation. Les avis sur la question étaient partagés[1431]. Les questions, notamment d'ordre éthique et juridique qu'a soulevées le débat, méritent d'être évoquées.

826. La principale difficulté concernant la tuberculose est que cette pathologie existe de façon inégale sur le territoire français. Dès lors, la maladie ne concerne que des populations ciblées, et imposer une vaccination uniquement aux populations concernées remettrait en doute le principe d'équité, entre autres. En effet, si la menace de mise en péril de la santé publique ne concerne que quelques régions, l'obligation vaccinale ne peut s'étendre au-delà dès lors que l'obligation doit être proportionnée et qu'une telle exigence est souvent subordonnée à l'objectif de protection de l'ordre public. Partant, cela impliquerait concrètement que seulement certains sujets ciblés soient soumis à une telle obligation, ce qui, de prime abord, ne paraît pas tout à fait satisfaisant.

827. Or, selon la jurisprudence administrative, constitutionnelle ou encore européenne, une différence de traitement peut être légitimée par une différence de situation. Dans ce contexte, le fait d'imposer à seulement une partie de la population, un

[1429] D. n° 2007-1111, 17 juill. 2007, relatif à l'obligation vaccinale par le vaccin antituberculeux BCG.
[1430] Société française de santé publique à la CNAMTS, « Audition publique sur la vaccination des enfants par le BCG. Levée de l'obligation vaccinale ? », coll. Santé et Société, mai 2007, n° 12.
[1431] V. pour davantage de précisions, *ibid.*

vaccin, ne viole pas le principe d'égalité si elle est objectivement justifiée par une différence de situation et qu'elle respecte bien l'exigence de proportionnalité[1432]. En pratique, il peut néanmoins être difficile de mettre en œuvre une telle obligation ciblée, dès lors qu'elle implique de déterminer en amont les groupes cibles…

828. En tout état de cause, l'obligation vaccinale, bien qu'elle porte atteinte au droit de consentir et aux principes constitutionnels sur lesquels elle repose, reste salutaire compte tenu des intérêts en jeu. Ainsi, il est louable qu'une démarche davantage coercitive puisse être adoptée chaque fois que la santé collective ou d'autrui est mise en péril. Dès lors qu'il ne nous appartient pas de nous prononcer sur les données à caractère purement scientifique, notre contribution ne peut aller au-delà d'une simple piste de réflexion.

829. Toujours est-il que sont vivement félicitées les décisions qui, malgré l'atteinte aux libertés individuelles qu'elles causent, se révèlent davantage soucieuses de l'équilibre entre les différents intérêts en jeu, notamment lorsqu'il est évident que les intérêts collectifs doivent l'emporter sur l'intérêt individuel, par le jeu de la proportionnalité.

830. En revanche, il est regrettable que des mesures plus coercitives ne soient pas adoptées par le droit. Et alors que des mesures de répression avaient été salutairement consacrées, le législateur a opéré un retour en arrière. On ne saurait ainsi contester l'argument en vertu duquel il serait « utopique de croire à une quelconque efficacité en l'absence de menace de sanction »[1433].

831. En outre, la sanction par le droit pénal, si elle est indispensable dès lors que c'est la collectivité dans son ensemble qui est menacée, ne doit pas s'y limiter. Il est nécessaire de considérer au cas par cas les intérêts d'autrui, qui doivent être mis en balance avec l'utilité de refuser l'acte médical en question : si la santé d'une ou de plusieurs personnes est en péril, cela doit – au même titre que la protection de l'ordre public – justifier la sanction.

[1432] V. en ce sens, *ibid.*, p. 348.
[1433] J. LASERAZ, art. cit., p. 79.

Conclusion de la section II

832. Le cas de la tuberculose et celui du VIH illustrent encore une fois la trop grande prudence des politiques et du législateur en matière de prévention et traitements obligatoires. Si certaines infractions prévues par le droit pénal sont subordonnées au principe de légalité, limitant alors l'intervention du droit pénal en matière de santé, les exemples décrits interrogent sur l'opportunité d'étendre les obligations de prévention ou de traitement, et éventuellement de les assortir de sanctions spécifiques. Dans les deux cas, l'introduction de nouvelles obligations de traitements ou de soins dans la législation française aurait pour effet de satisfaire la nécessité de dissuader l'adoption des comportements qui mettraient en péril les intérêts d'autrui.

833. Une telle approche faciliterait l'intervention du droit pénal, contribuant ainsi à l'objectif de responsabilisation, revêtant un intérêt considérable dès lors qu'il conduit à la sauvegarde des intérêts d'autrui et de la collectivité. Les exemples décrits semblent vraisemblablement illustrer une incomplétude de la loi pénale. Ils révèlent par ailleurs une position politique qui peine, dans une société qui prône la liberté et l'individualisme, à atteindre un juste équilibre entre intérêts d'autrui et libertés individuelles. Alors, si le droit commun offre quelques possibilités incertaines au regard tant du principe de légalité, que de la prise de décision politique de la part des juges, étendre les obligations de prévention ou de soins mérite d'être débattu.

834. Si les conséquences des pathologies décrites militent en faveur d'une démarche davantage coercitive et tournée vers l'autre pour que le droit pénal puisse intervenir, elles constituent de surcroît un exemple supplémentaire de l'approche excessivement individuelle de l'exercice du droit de consentir. Mais dans l'absolu, tout refus de se soumettre à un acte de prévention ou de soins, dès lors qu'il expose une personne à un risque grave ou qu'il préjudicie aux intérêts des tiers, devrait, par une mise en balance d'intérêts, conduire à une sanction, fût-ce à titre dérogatoire.

835. Partant, ces exemples révèlent une double préoccupation : celle, générale, d'adopter une approche davantage coercitive avec moins de réserve ; et celle, plus

spécifique, de permettre au droit pénal d'intervenir afin de protéger toute personne atteinte dans son corps, conformément à ses fonctions.

Conclusion du chapitre II

836. Le principe de prévisibilité de la loi pénale est susceptible d'empêcher l'intervention du droit pénal en matière de protection de la santé, alors qu'elle est requise, notamment lorsque la santé d'autrui est menacée par le refus de se soumettre ou de soumettre son enfant à un acte médical. Le délit consistant en l'exposition d'autrui à un risque en témoigne. Partant, cette infraction peut tout à fait s'appliquer au manquement à une obligation vaccinale imposée par la loi. Néanmoins, elle s'y limite. Ainsi, en dehors du cadre des vaccins obligatoires, tout acte médical refusé exposant pourtant autrui à un risque grave ne pourra être sanctionné sur ce fondement. Or, l'intérêt de protéger la santé des autres justifie parfois que le droit de refuser puisse être sacrifié[1434] : il n'y a parfois pas de « motif légitime » à refuser un soin préjudiciable à autrui, notamment lorsque celui-ci est de nature à améliorer ou à maintenir l'état de santé de lui qui s'y soumet, sans contraintes particulières liées au caractère douloureux ou invasif de l'acte médical concerné.

837. Cette insuffisance interroge sur l'opportunité d'étendre les obligations à d'autres actes médicaux, nécessaires à la protection de la santé des tiers. Les exemples du VIH et de la tuberculose, s'ils ne prétendent pas à l'exhaustivité, constituent des arguments supplémentaires en faveur de la nécessité d'adopter une démarche davantage coercitive pour que la loi pénale puisse intervenir au service de la protection de la santé, mais révèlent également une autre préoccupation, plus générale. Alors que la suppression de la sanction qui accompagnait les vaccins obligatoires avait déjà marqué un pas supplémentaire vers une approche trop libérale et peu convaincante, les exemples montrent une nouvelle fois, en dehors du droit pénal, une vigilance excessive quant à l'encadrement du droit de refuser. Cette conception doit nécessairement être assouplie en faveur d'une approche politique et juridique plus conciliante, ne faisant pas systématiquement passer les intérêts d'autrui au second plan.

[1434] Référence à la condition tenant à l'absence de motif légitime prévue par l'article 223-1 du Code pénal.

Conclusion du titre II

838. « L'intervention du droit pénal ne saurait se limiter à une action répressive, mais se poursuit par une fonction de prévention du risque des comportements dommageables.[1435]» En outre « (…) se dessine un lien étroit entre la santé et le droit pénal de sorte que la protection de la première justifie l'omniprésence et la mise en œuvre du second »[1436]. En matière de protection de la santé, le droit pénal est primordial, sinon essentiel, tant pour sanctionner que pour prévenir les comportements qui menacent la santé d'autrui. Pourtant, les sanctions du refus de se soumettre à un acte médical par le droit pénal sont extrêmement rares.

839. Le caractère particulièrement parcellaire des textes qui ont été présentés laisse un sentiment d'inachevé. Certains auteurs dénoncent d'ailleurs l'incomplétude des dispositions existantes[1437]. Dans notre matière, cela est particulièrement vrai. Si de prime abord, l'absence de textes pénaux spécifiques prévoyant une sanction du refus de se soumettre à un acte médical, peut faire l'objet d'un contournement par le biais d'autres infractions telles que la soustraction d'un parent à ses obligations légales ou encore l'infraction consistant à exposer autrui à un risque, elles restent extrêmement difficiles à caractériser[1438]. Or l'objectif de protection de la santé publique appelle nécessairement l'intervention du droit pénal.

840. Par ailleurs, bien qu'il y ait des incriminations — celles imputables aux parents — qui s'adaptent entièrement à notre hypothèse dès lors qu'elles ne sont pas conditionnées par la violation d'une norme légale particulière[1439], le juge peine à sanctionner l'abstention des parents. Le fait qu'il n'existe pas de textes spéciaux imposant certains actes médicaux, hormis le cas des vaccins obligatoires, semble empêcher le juge de prendre l'initiative d'adopter une position relevant de la politique. Alors, s'il n'y a pas de réel vide juridique en la matière, il y a un sentiment d'incomplétude, qui tient en deux points essentiels.

[1435] J. LASERAZ, art. cit., p. 79.
[1436] *Ibid*., p. 81.
[1437] V. en ce sens L. LETURMY, « La maltraitance en droit pénal », RDSS 2006, p. 981 ; F. CAPELIER, art. cit.
[1438] V. en ce sens J. LASERAZ, art. cit., p. 81.
[1439] Tel est le cas en ce qui concerne les infractions imputables aux parents, comme la privation d'aliments ou de soins, ainsi que le mauvais exercice de l'autorité parentale.

841. Tout d'abord, les infractions imputables aux parents[1440] qui ont été analysées dans leurs rapports avec le refus de se soumettre à un acte médical, si elles trouvent en théorie à s'appliquer, les juges peinent à recourir à ces délits pour incriminer les parents. Cela implique entre autres qu'ils doivent prendre l'initiative d'aller à rebours de l'esprit de notre société contemporaine qui place les libertés individuelles au premier rang, mais aussi d'interférer dans les relations familiales. Les critères d'appréciation retenus par les juges en témoignent d'ailleurs. Ils sont assez réducteurs : les incriminations ne sont retenues que dans des cas pour le moins extrêmes, en cas de comportements défaillants répétés[1441] ou encore en cas d'influence sectaire sur l'enfant[1442].

842. Ensuite, l'exposition d'autrui à un risque suppose la violation d'une norme légale déterminée or seuls certains vaccins sont obligés par la loi. Tous les autres actes médicaux ne peuvent être soumis à de telles qualifications puisqu'ils ne sont pas imposés par la loi ou le règlement. Or le refus de se soumettre à un acte médical nécessaire pour éviter la transmission d'un agent infectieux est de nature à exposer autrui à un risque pour sa santé dont les conséquences peuvent être extrêmement graves, voire conduire au décès.

843. Au demeurant, aucune autre infraction ne peut venir réprimer un refus qui serait ou a été préjudiciable à un tiers. Pourtant, traditionnellement, le droit pénal est présenté comme un droit qui sanctionne, afin de réparer les troubles causés à la société. Sa fonction prophylactique conduit par ailleurs à responsabiliser les personnes qui adopteraient des comportements dangereux pour autrui afin de prévenir la réalisation de certains risques. La participation du droit pénal est essentielle pour la protection de la santé si bien d'ailleurs qu'il est classiquement admis que le droit pénal est un outil au service de la police sanitaire[1443]. Dans le cas des parents, leur responsabilisation est d'autant plus sollicitée, qu'ils expriment un choix pour leur enfant, victime particulièrement vulnérable. Pour le reste, et de façon générale, la responsabilisation de chacun est requise dès lors que le comportement individuel qui se traduit par un refus de se soumettre à certains actes médicaux est de nature à léser un intérêt pour le moins supérieur : la santé d'autrui. Si un

[1440] Il s'agit de la privation d'aliments et de soins et du mauvais exercice de l'autorité parentale, respectivement consacrés par les articles 227-15 et 227-17 du Code pénal.
[1441] CA Grenoble, 7 juill. 1999 : JurisData n° 1999-044838.
[1442] CA Pau, 19 mars 2002, 2002/00234.
[1443] V. en ce sens S. HUREL, « Rapport sur la politique vaccinale », *op. cit.*, p. 15. ; O. SAUTEL, art. cit. ; J. LASERAZ, art. cit., p. 81.

temps, le droit de la responsabilité pénale s'est montré, fût-ce laconiquement, attentif à l'aspect collectif de la santé, dès lors qu'il a pu intervenir à travers notamment les sanctions spéciales que prévoyaient les anciennes législations[1444], son intervention reste aujourd'hui par trop limitée, conduisant à des solutions qui ne sont pas toujours proportionnées au regard des différents intérêts en jeu.

844. Pourtant, la proportionnalité est un principe essentiel, sinon fondateur du droit pénal : le juge pénal a toujours respecté la proportionnalité, sans nécessairement employer explicitement le terme, notamment en ce qui concerne la peine. Et si le droit pénal est en principe imprégné d'une logique de proportionnalité, le refus de soin tel qu'il est traité semble y échapper.

845. Alors, si le droit pénal a pour objectif de prévenir et réprimer tout comportement dommageable en vue de protéger les tiers et la collectivité, il doit pouvoir, conformément à sa fonction[1445], être mobilisé[1446] chaque fois que le refus de se soumettre ou de soumettre une personne dont on est responsable à un acte médical constitue une menace pour autrui, et que, bien entendu, le principe de proportionnalité le permet. Si la nécessité de protéger la santé publique justifie de limiter le droit de refuser de se soumettre à un acte médical, les tiers doivent également pouvoir être considérés en dehors de la sphère publique, laquelle implique une prise en considération trop large de la collectivité. Nombreuses sont les hypothèses où il peut être considéré que le refus de soins expose *injustement*, ou encore, *démesurément* autrui à un risque.

846. La nécessité de faire intervenir le droit pénal invite alors les juges à faire preuve d'une plus grande souplesse. Du côté du législateur, on se demande s'il ne serait pas opportun d'étendre les obligations de prévention ou de traitement, et éventuellement de les accompagner de sanctions spécifiques. En tout état de cause, le simple fait pour le législateur d'introduire de nouvelles obligations aurait pour effet d'octroyer aux juges une certaine marge de manœuvre pour qu'ils puissent apprécier le caractère illicite du refus au

[1444] La loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018 et le décret n° 2018-42 du 25 janvier 2018 relatif à la vaccination obligatoire sont venus supprimer la sanction.
[1445] S. HUREL, « Rapport sur la politique vaccinale », *op. cit.*, p. 15.
[1446] V. en ce sens S. HUREL, « Rapport sur la politique vaccinale », *op. cit.*, p. 15. ; O. SAUTEL, art. cit. ; J. LASERAZ, art. cit., p. 81.

regard du droit commun, dès lors que certaines infractions sont subordonnées à la violation d'une obligation légale particulière. Le laconisme des textes de droit pénal en la matière n'est pas pleinement satisfaisant. La place du droit pénal est contestable du point de vue de l'objectif de protection de la santé publique et de la nécessité de préserver un lien étroit entre droit pénal et objectif de prévention et de protection de la santé.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

847. « Il m'apparaît opportun d'introduire dans notre législation un principe de la responsabilité personnelle. La maladie n'est pas toujours l'expression malheureuse d'un destin. Elle est trop souvent le résultat d'imprudence ou d'abus. Le droit ne doit-il pas s'interroger, car l'impunité ne nous semble pas légitime ?[1447] » Tels étaient les mots que ARON a exprimés en mentionnant la nécessité d'introduire dans le droit français un régime de responsabilité personnelle du fait du refus de se soumettre à un acte médical.

848. Le droit de refuser est susceptible de générer des troubles aux tiers et à la collectivité dans son ensemble. Or, tant le droit pénal que le droit de la responsabilité civile placent à l'excès, les intérêts des tiers au second plan. Responsabilité pénale comme responsabilité civile doivent pourtant œuvrer afin de réguler le droit de consentir lorsqu'il nuit ou est susceptible de nuire à autrui, dans l'objectif de sanctionner un comportement illicite, de réparer une atteinte corporelle de laquelle peut découler divers préjudices tels que des dommages économiques ou moraux, ou encore prévenir la réalisation de certains risques, conformément à leurs fonctions. Elles constituent de puissants instruments de régulation des comportements troublant la cohésion sociale, si bien qu'il est nécessaire qu'elles entretiennent des liens étroits avec protection de la santé des tiers.

849. Du côté du droit de la responsabilité civile, les textes et la jurisprudence se sont toujours montrés silencieux sur une responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical, alors même que le refus est susceptible de causer à un préjudice, ou un risque de préjudice, que le droit de la responsabilité civile protège pourtant. Quant au droit pénal, bien qu'il n'existe pas de véritable vide en la matière, les textes sont lacunaires, de sorte que certains comportements attentatoires à la santé d'autrui ont échappé à la vigilance du législateur. Le juge pénal se révèle particulièrement prudent quant à la sanction du refus de soumettre à un acte médical, que ce dernier soit imputable aux parents, ou au titulaire lui-même du droit de consentir. D'où l'intérêt de puiser dans le droit commun afin d'obtenir des solutions conformes au droit et davantage soucieuses de l'équilibre entre les différents intérêts en jeu. Toutefois, cela suppose un changement de paradigme dans la façon d'appréhender le droit de refuser. Si le droit commun offre certaines possibilités,

[1447] É. ARON, art. cit.

elles ne peuvent être effectives que sous réserve que les juges adoptent une position politique qui n'octroie pas au droit de consentir un caractère absolu.

850. D'une part, théoriquement, rien n'empêche que le refus puisse être considéré comme fautif, conduisant à la mise en œuvre de la responsabilité civile, tant dans sa composante indemnitaire que préventive. En matière de responsabilité pour risque, cela est d'autant plus vrai que l'objectif d'anticipation des risques, s'il s'est en tout premier lieu manifesté en droit de l'environnement[1448], s'est ensuite étendu au domaine de la santé[1449] qui renvoie aujourd'hui à de « nouveaux standards de décisions »[1450], bien que la jurisprudence n'ait jamais appliqué les principes de prévention et de précaution au refus de se soumettre à un acte médical. Si la démonstration du lien de causalité et de la réalité du risque implique de recourir à des expertises scientifiques, la difficulté majeure réside dans le fait que les principes de prévention et de précaution ne sont pas des faits générateurs de responsabilité : leur application est subordonnée aux conditions classiques de la responsabilité civile. Ainsi, pour appliquer la responsabilité pour risque à notre hypothèse de travail, le refus de se soumettre à un acte médical doit être fautif. Si le refus consiste en la violation d'une norme légale déterminée, tel que c'est le cas en cas de refus

[1448] L'exigence de prévenir le risque créé à l'environnement prenait tout d'abord la forme de principe de précaution. En effet, l'article L. 200-1 du Code rural issu de l'article 1er de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 devenu l'article L. 110-1, II, 1°, du Code de l'environnement : « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économique acceptable ». Cette loi avait été adoptée à la lumière du droit international et de la déclaration finale du Sommet de la Terre de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 : « en cas de risques de dommages graves et irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». L'article 191 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en matière environnementale mentionnera par la suite les principes de précaution et d'action préventive. En France, l'article 5 de la Charte de l'environnement du 1er mars 2005 constitutionnalise ce principe de précaution : « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Le principe de prévention, lui aussi, s'est principalement manifesté en matière d'environnement. L'article 3 de la Charte constitutionnelle dispose que toute personne doit « dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ». Le principe de prévention se manifeste aussi dans la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 et la loi de transposition du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale qui imposent aux autorités publiques et à l'exploitant d'un site des mesures de prévention des dommages à l'environnement risquent de se produire dans un avenir proche ou quand il est encore possible de limiter les effets d'un dommage qui a déjà commencé à se réaliser.

[1449] J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 645, § 25.

[1450] *Ibid.*, p. 649, § 26.

de se soumettre aux vaccinations imposées par la loi, il n'y a pas de difficulté majeure : la faute est caractérisée. Néanmoins, lorsque le refus est autorisé par la loi, il y a lieu de se référer à la faute de prudence et de diligence, analysée en référence à l'adulte normalement avisé. Il reste que l'appréciation du comportement illicite à l'origine du dommage est déjà subordonné à un critère, traditionnellement admis par la jurisprudence : le risque en question doit être raisonnablement connu[1451]. Néanmoins, un tel critère ne suffit pas dès lors qu'il conduirait à dénaturer le droit de consentir, c'est pourquoi il faudrait de nouveau au critère lié à la nature des actes en question, qui viendrait s'ajouter au premier. Le raisonnement ainsi adopté au stade exonératoire est transposable au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, dès lors que la faute, qu'elle soit génératrice de responsabilité ou exonératoire, ne diffère point. Rappelons de surcroît que la souplesse dont est empreinte la définition de la faute en droit civil ne nous empêche pas de considérer que la faute puisse consister à refuser un acte médical, si ce refus relève d'une imprudence. Mobiliser les critères autrefois utilisés par la Cour de cassation pour considérer le refus de fautif, milite largement en faveur d'une régulation du droit de consentir, dès lors qu'ils ne conduisent pas à engager la responsabilité de celui qui refuse, chaque fois que ce refus génère un risque.

851. Quant à la fonction indemnitaire, elle est requise, sinon primordiale, dès lors qu'il n'est pas satisfaisant de systématiquement priver un tiers qui a subi un préjudice, d'invoquer son droit à réparation. En matière d'indemnisation, la faute serait caractérisée selon les mêmes critères[1452], dès lors la faute est appréciée de façon analogue, quel que soit l'objectif poursuivi, préventif ou indemnitaire. En outre, le droit français offre une définition très large du préjudice réparable tel qu'en témoigne le libéralisme dont font preuve les juges à ce sujet[1453], la preuve du lien de causalité est plus complexe car il peut exister plusieurs causes. Néanmoins, le recours aux présomptions de causalité, admises par la jurisprudence, pourrait permettre de pallier cette difficulté. En dépit des difficultés rencontrées sur le terrain probatoire, qui d'ailleurs ne sont pas propres à notre hypothèse de travail, la mise en œuvre de la responsabilité civile est envisageable.

[1451] V. en ce sens, G.-J. MARTIN, « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », AJDA 2005, p. 2222 et s. ; J. ROCHFIELD, *op. cit*, p. 645, § 24 ; J. LEFEBVRE, art. cit.

[1452] En fonction de la nature des actes impliquant d'apprécier le critère lié au bilan bénéfices-risques.

[1453] V. en ce sens G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, p. 21, § 248-1.

852. Du côté du droit pénal, le législateur et les juges se montrent extrêmement prudents pour sanctionner le refus de se soumettre à un acte médical. Si certaines infractions, notamment celles imputables aux parents[1454] restent d'un point de vue théorique une voie que l'on peut emprunter pour sanctionner le parent défaillant, les juges peinent à l'appliquer. Par ailleurs, le principe de légalité qui gouverne le droit pénal empêche que l'infraction d'exposition d'autrui à un risque[1455] puisse s'appliquer à tous les refus préjudiciables ou susceptibles de léser autrui. Les textes de droit pénal en la matière laissent alors un sentiment d'inachevé. Si elles étaient en tout état de cause insuffisantes, on peut de surcroît regretter quelques solutions antérieures[1456], qui adjoignait à l'obligation vaccinale une responsabilité pénale.

853. Les solutions actuelles, par leur caractère excessivement protecteur des libertés individuelles, qu'elles s'inscrivent en droit de la responsabilité pénale ou civile, entravent dans tous les cas l'objectif de responsabilisation du patient devenu acteur de sa santé, et par analogie, empêche l'effet prophylactique du droit, n'encourageant pas l'individu à être attentif à sa santé et à celle des autres. La responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical préconisé doit pouvoir exister en tant qu'outil de rationalisation du refus, qui ne doit pas être traité comme un droit absolu, dès lors que son exercice porte démesurément atteinte à autrui ou à la collectivité dans son ensemble. Le droit de la responsabilité civile, comme le droit de la responsabilité pénale, doivent pouvoir être mobilisés, conformément à leurs attributions, chaque fois que le refus est générateur de dommage ou de risque pour autrui ou la collectivité.

854. La conception du droit de refuser doit être réformée, car si « les gens bien portants sont des malades qui s'ignorent »[1457], les lois qui prévoient une obligation de se soumettre à un acte de prévention ou de soins et sanctionnent leur violation aspirent à maintenir cet état de bien-être physique et mental afin d'éviter l'apparition de nouvelles pathologies[1458] préjudiciables à autrui. Au demeurant, certains comportements illégitimes susceptibles de léser les tiers peuvent échapper à l'attention du législateur, raison pour laquelle il faut

[1454] Infractions prévues aux articles 227-15 et 227-17 du Code pénal.
[1455] Infraction prévue à l'article 223-1 du Code pénal.
[1456] L. n° 2007-293, 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance.
[1457] J. ROMAINS, Knock ou le Triomphe de la médecine, Folio, 1924, p. 31.
[1458] Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, tel qu'adopté par la Conférence nationale sur la Santé, New York, 19 juin et 22 juill. 1946.

pouvoir intégrer pleinement une responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical dans le système juridique français, serait-ce sous-jacente au principe d'autonomie.

CONCLUSION GÉNÉRALE

855. « Il n'y a pas de système juridique organisé, marqué par son unicité et sa complexité, sans qu'il n'y ait également, en son épicentre, un système de responsabilité, lui-même plus ou moins articulé (…) »[1459]. Pourtant, il est aujourd'hui certain que s'il existe un droit de consentir, une place excessivement réductrice est donnée à la responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical.

856. Mise en perspective avec le droit de consentir, la responsabilisation implique nécessairement une démarche tournée vers l'autre. Dans ce contexte, l'intérêt de l'individu passe au second plan, et on assiste à « une responsabilisation » de ce dernier[1460]. La sanction prend les apparences d'outils de responsabilisation au sens d'incitation aux bonnes pratiques, permettant de rationaliser l'exercice du droit de consentir afin de protéger les intérêts des autres. Si le législateur n'a pas *in extenso* ignoré l'importance de sanctionner l'exercice du droit de refuser lorsqu'il porte atteinte aux intérêts d'autrui, les sanctions prévues[1461] ne tiennent pas compte de l'ensemble des situations où les tiers pâtissent des conséquences dommageables d'un refus de se soumettre à un acte médical. Aussi, convient-il d'admettre que l'objectif de responsabilisation, selon une approche primaire, est le processus conduisant l'individu à être *responsable*. Analysée dans sa composante *altruiste*, la responsabilité devient alors une conséquence logique de la responsabilisation.

857. En matière de consentement aux soins, SAVATIER estimait à juste titre que le refus de soins, lorsqu'il était illégitime en raison de l'absence de risques de l'intervention, « était constitutif d'une faute d'abstention, parce qu'il allait à rebours d'un devoir de santé »[1462].

858. Or, les solutions tant jurisprudentielles que législatives ne semblent pas empreintes d'une telle conception. Le droit de refuser tout acte médical occupe une place

---

[1459] S. RIALS, D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2003, v° Responsabilité.
[1460] A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, coll. Thémis, 3e éd., 2012, PUF ; A. LAUDE, « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », art. cit.
[1461] V. titre préliminaire.
[1462] R. SAVATIER, obs. sous Crim., 3 juill. 1969 : JCP 1970, II 16447.

exorbitante qui conduit à des situations pour le moins iniques. Si l'on peut approuver ces solutions du point de vue de la protection des libertés individuelles, on regrette néanmoins qu'une place plus importante ne soit pas donnée aux intérêts d'autrui.

859. De façon générale, que le refus de se soumettre à un acte médical soit appréhendé comme une cause de limitation du droit à réparation ou comme fait générateur de responsabilité tant pénale que civile, les solutions aujourd'hui adoptées laissent un sentiment d'inachevé, en dépit de l'effort indiscutablement salutaire de protection du statut du patient et des droits individuels : elles pèchent par un manque de cohérence et enlèvent à la responsabilité civile toute trace de sa fonction moralisatrice, conduisant par ailleurs à des situations inéquitables, et tendent vers une stérilisation de la faute et du lien de causalité, et en somme, vers le déclin de la responsabilité civile[1463].

860. Dans un premier temps, à la question de savoir si le refus de se soumettre à un acte médical préconisé peut être opposé à la victime pour diminuer ou exclure son droit à réparation, la jurisprudence apporte une réponse dualiste. D'une part, l'absence d'incidence du refus sur le droit à réparation en raison de l'inviolabilité du corps humain a toujours été favorablement accueillie tant par la doctrine[1464] que par la jurisprudence[1465]. D'autre part, lorsque le refus a contribué à l'aggravation du dommage, au-delà de la prise en considération du statut particulier du patient, l'absence d'incidence du refus se justifie au regard du principe de réparation intégrale[1466]. Il reste que si ces deux solutions sont indiscutablement conformes à la tendance de la responsabilité civile favorisant *a maxima* le droit à réparation de la victime, ainsi qu'au droit médical qui se veut particulièrement protecteur du droit de consentir, elles semblent néanmoins ignorer les principes essentiels, sinon fondateurs du droit de la responsabilité civile.

[1463] Titre de thèse, G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013.
[1464] V. en ce sens R. SAVATIER, obs. sous Crim., 3 juill. 1969, JCP 1970, II 16447.
[1465] V. en ce sens Civ. 1re civ., 16 déc. 1912 : Dr. pén. 1917, p. 15 ; CA Angers, 19 janv. 1955 : JCP 1955, II 8531.
[1466] Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203 ; Rapp. C. cass. 2003, p. 460 ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 2004, I 101, n° 9, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; D. 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RGDA 2003, p. 506, obs. J. LANDEL.

861. Notamment, les positions adoptées méconnaissent l'exigence liée à la causalité ainsi que le principe de réparation intégrale, sans compter qu'elles créent un déséquilibre significatif entre les intérêts du débiteur et ceux du créancier. S'il n'existe pas de devoir général d'accepter un acte médical, il suffit de se rappeler que la faute de la victime est de nature à exonérer le responsable[1467] et que la faute ne consiste pas seulement en la violation d'une norme légale déterminée, mais s'apprécie également, en l'absence de loi ou de règlement, *in abstracto* en référence à un comportement raisonnable. Il n'est alors possible de considérer la chaîne de causalité rompue que si la victime n'a pas mis en œuvre les moyens raisonnables pour limiter ses préjudices[1468]. *A contrario*, on ne peut accepter aisément que le débiteur assume la charge des préjudices qui, non seulement ne découlent pas de sa faute, mais ont été causés par un choix arbitraire de la victime.

862. C'est pourquoi la thèse propose des solutions intermédiaires, davantage soucieuses de l'équilibre entre les différents intérêts en jeu, et par ailleurs marquées d'un *traditionalisme* certain vis-à-vis des principes et règles qui gouvernent notre droit positif. Ces solutions, intégrées dans un système de responsabilité et perçues comme des conséquences logiques d'une liberté conférée à l'individu dans la décision médicale, apparaissent comme des outils de responsabilisation, dès lors que la responsabilité se révèle être un puissant outil de régulation des comportements imprudents. Tout en préservant une certaine prééminence du droit de consentir, il y a lieu d'user de nos propres règles et mécanismes pour arriver à des solutions mesurées et conformes à l'environnement institutionnel français

863. Le refus de la victime doit, dans certaines conditions, pouvoir conduire à une limitation de l'assiette de réparation, car comme l'affirmait à juste titre DEMOGUE, « à un droit rigide, se substitue un droit solidariste obligeant la victime à travailler modérément dans l'intérêt général, c'est-à-dire pour empêcher le dommage de continuer »[1469]. Si le droit de la responsabilité civile est largement lié au développement des assurances, ce dernier doit uniquement être considéré comme un support à l'indemnisation de la victime, mais ne doit pas remettre en cause les principes qui

[1467] Civ. 1re, 17 janv. 2008, n° 06-20.107 : D. 2008, p. 1256, note A. DUMÉRY.
[1468] V. en ce sens J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.
[1469] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. IV, *op. cit.*, n° 463 bis.

gouvernent la responsabilité civile, au risque de causer le « déclin de la responsabilité civile »[1470] ou encore la « disparition » de sa cohérence[1471]. Ne tenir compte que des mécanismes assurantiels pour justifier l'indemnisation en toutes circonstances, conduirait à « stériliser la responsabilité »[1472], et « dénaturer ses concepts »[1473]. Si un tel résultat n'est évidemment pas souhaitable, il n'est pas non plus cohérent, car aujourd'hui, en dépit d'un mouvement d'objectivation de la faute[1474], celle-ci est maintenue, du moins dans le cadre du régime du fait personnel, au même titre que l'exigence tenant à la causalité. Or si l'indemnisation ne se justifiait que par les mécanismes assurantiels, la mise en jeu de la responsabilité civile ne serait subordonnée à aucune condition, ce qui, malgré une tendance certaine à « ultra-indemnisation »[1475], n'est pas encore le cas. Ainsi, en fonction des situations, deux alternatives peuvent être utilement envisagées : raisonner en termes de causalité au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, ou recourir à un mécanisme largement admis en matière d'exonération, celui de la faute de la victime.

864. Pour ce faire, la thèse propose des distinctions. Si *causer* n'est pas *aggraver*[1476] et qu'une cause étrangère ne peut être exonératoire que si elle a contribué à la réalisation du préjudice[1477], le refus qui a aggravé le dommage ne peut en principe être appréhendé comme une cause d'exonération, sauf dans une seule hypothèse. Il se peut que l'aggravation ne crée pas de préjudices distincts du dommage initial, auquel cas, *l'aggravation* est assimilée à la *contribution.* Ainsi, pour fonder le comportement aggravant sur la faute de la victime exonératoire, il suffirait de « reconnaître la spécificité de la faute de la victime postérieure au fait dommageable initial et contributive au seul dommage final »[1478]. Cette possibilité implique néanmoins de recourir à la théorie de l'équivalence des conditions dès lors que si c'est la causalité adéquate qui est adoptée, la jurisprudence pourrait retenir que la faute la plus légère est absorbée par la faute la plus

[1470] G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle, op. cit.*
[1471] V. en ce sens C. GRARE, *op. cit.*, « Première partie. La cohérence disparue », p. 13 et s., n° 20 et s.
[1472] V. en ce sens B. MARKESENIS, art. cit.
[1473] *Ibid.*
[1474] C. GRARE, *op. cit.*, « Titre I. Le recul de la faute subjective au sens des fondement de la responsabilité délictuelle », p. 15 et s., n° 21 et s.
[1475] J.-P. CHAZAL, « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », art. cit.
[1476] V. en ce sens E. PETITPREZ, « Aggraver n'est pas causer : retour sur la faute de la victime comme cause d'exonération du producteur d'un produit défectueux », art. cit.
[1477] Civ. 1re, 2 juin 2021, n° 19-19.349.
[1478] S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, p. 154, n° 258.

grave[1479], ce qui aurait pour conséquence de ne pas tenir compte, dans l'évaluation du préjudice, de la faute de la victime postérieure à la réalisation du dommage. Il s'agit alors certes d'adopter une conception extensive de la causalité, mais qui est néanmoins déjà largement admise par la jurisprudence. Les juges français ont en effet adopté la théorie la plus libérale[1480] pour définir le lien de causalité, si bien que la théorie de l'équivalence des conditions permet à bon droit d'envisager de prendre en considération le comportement de la victime, si celui-ci intervient après la réalisation du dommage. En revanche, lorsque l'abstention fautive de la victime a été concomitante ou, à la limite antérieure au fait générateur initial, elle est par nature contributive au dommage final, si bien qu'elle pourra être sans difficulté appréhendée comme une cause d'exonération.

865. Toutefois, il demeure essentiel que le droit de refuser ne soit pas dénaturé, mais simplement régulé. Si l'on se réfère aux règles appliquées en matière d'exonération, tout fait de la victime ne peut être exonératoire, car selon une formule rappelée par la Cour de cassation, « seule la faute de la victime peut exonérer (…) le praticien de sa responsabilité »[1481]. Or les critères d'appréciation de la faute servent déjà d'instrument de régulation dès lors que c'est le caractère prudent ou diligent du comportement qui conditionne la qualification. La question s'est alors posée de savoir, selon quel critérium le refus pourrait être qualifié de fautif. Les suggestions qu'avaient faites Henri et Léon MAZEAUD, qui proposaient, pour apprécier le caractère fautif du refus, de se fonder sur le caractère dangereux ou douloureux de l'acte médical en question, nous paraissent cohérentes et de surcroît plus soucieuses de l'équilibre entre les intérêts du débiteur et du créancier que les solutions actuelles. C'est d'ailleurs le chemin que la jurisprudence[1482] a emprunté avant de revenir, avec regret, sur une solution bien moins mesurée[1483].

[1479] V. par ex. Civ. 2e, 10 janv. 1962 : Bull. civ. II, n° 47 – Civ. 2e, 1er avr. 1963 : D. 1963, p. 403 ; JCP 1963, II 13199 ; GPL 1963, 1, p. 50 – Civ. 2e, 15 avr. 1999 : Resp. civ. et assur. 1999, comm. n° 221 – Civ. 2e, 24 févr. 2000 : Resp. civ. et assur. 2000, comm. n° 144.

[1480] Civ. 2e, 27 mars 2003 : Bull. civ. II, n° 76 ; JCP G 2003, IV 1935 ; G. VINEY, « Chronique : responsabilité civile », art. cit, n° 13.

[1481] V. en ce sens, Civ. 1re, 17 janv. 2008, n° 06-20.107 : D. 2008, p. 1256, note A. DUMÉRY : « Seule la faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité ».

[1482] V. par ex. Crim., 30 oct. 1974, n° 73-93.381 : JCP 1975, II 18038, note L. MOURGEON.

[1483] Civ. 2e, 19 juin 2003 (deux arrêts), n° 00-22.302 : Bull. civ. II, n° 203 ; Rapp. C. cass. 2003, p. 460 ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 2004, I 101, n° 9, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; D. 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RGDA 2003, p. 506, obs. J. LANDEL ; Resp. civ. et assur. 2004, chron. n° 2, M.-A. AGARD.

866. En tout état de cause, il est certain que, comme le préconisait M. AZARD, la victime d'un délit ou quasi-délit a le devoir de « lutter contre l'adversité et de coopérer à l'œuvre indemnitaire en évitant tout préjudice évitable »[1484]. Cette injonction rejoint l'idée de TUNC qui souligne que « la victime ne peut assister passive au déclenchement des diverses conséquences de la faute, mais doit réagir de toute sa vigueur d'homme contre ses conséquences dans la mesure où elles aggraveraient le dommage »[1485].

867. *A contrario*, si le refus, en aggravant le dommage initial, crée des préjudices distincts découlant de causes distinctes identifiées, il ne peut s'assimiler à une cause d'exonération, et doit être examiné au regard du lien de causalité, au stade des conditions de mise en œuvre de la responsabilité. Certains auteurs[1486] avaient proposé de fonder l'obligation de ne pas aggraver son dommage sur le lien de causalité. Or cette possibilité, à notre sens, ne peut s'appliquer de façon absolue et se justifie uniquement si la faute du professionnel et la passivité de la victime font naître des préjudices distincts dont les différentes causes peuvent être identifiées. Dans cette hypothèse, il y a lieu d'écarter, au stade de l'examen des conditions, la responsabilité du débiteur pour tous les préjudices qui ne découlent pas de sa faute. Dans ce cas, il faut considérer le lien de causalité rompu entre le fait générateur initial imputable au professionnel de santé, et les préjudices nés du comportement de la victime.

868. Dans un second temps, le refus peut être source de dommages et est susceptible de se muer en fait générateur de responsabilité pénale et civile. Du côté du droit civil, le refus peut être appréhendé au regard de la composante tant préventive qu'indemnitaire de la responsabilité civile.

869. Dans sa composante préventive, la responsabilité civile a quelque chose d'intéressant en ce qu'elle permet d'anticiper la réalisation d'un risque sur la santé qui constitue un risque grave. D'ailleurs, les principes de prévention et de précaution trouvent

---

[1484] Note sous CA Montpellier, 9 déc. 1965 : D. 1967, p. 477 citée par D. GENCY-TANDONNET, art. cit.

[1485] A. TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », RID comp. 1953, p. 29.

[1486] V. en ce sens S. REIFEGERSTE, *op. cit.*, pp. 172-176, n° 310 et s. ; J.-S. BORGHETTI, « L'incidence du refus de soins sur le droit à indemnisation de la victime d'un dommage corporel », RDC sept. 2015, n° 03, p. 461, comm. sous Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-21.180.

aujourd'hui dans la santé « un lieu d'application (…) privilégié »[1487]. Pour appliquer la responsabilité pour risque, il faut pouvoir qualifier le fait illicite à l'origine du risque : si la jurisprudence retient que le caractère illicite est subordonné à la connaissance d'un risque raisonnablement connu, appliqué à notre hypothèse de travail, il s'avère insuffisant dès lors qu'il serait de nature à vider le droit de consentir de sa substance. À nouveau, les critères liés à la nature des soins nous semblent des critères de régulation intéressants, s'ils sont combinés avec le critère lié à la connaissance du risque déjà usité par les juges. Sur l'existence du risque, nul doute que le refus de se soumettre à un acte médical peut être vecteur de risque pour autrui, et le lien de causalité doit pouvoir être établi par des études biologiques.

870. Dans sa composante indemnitaire, *non jus deficit sed probatio*[1488] dès lors notamment qu'il est parfois impossible d'identifier le fait générateur, et quand bien même certaines technologies rendent possible la traçabilité, cela ne prouverait pas totalement la transmission. Si sur le terrain probatoire, les choses ne sont pas toujours aisées, ce constat irrigue l'ensemble de la responsabilité civile. Ce pourquoi, les juges ont mis en place des présomptions de causalité[1489], auxquelles il convient de recourir si besoin est. Quant à la faute, dès lors qu'elle est appréciée de la même manière qu'elle soit génératrice de responsabilité ou exonératoire, le critère lié à la nature des actes reste le meilleur moyen d'établir un équilibre, et de réguler le droit de consentir au regard des intérêts d'autrui.

871. Du côté du droit pénal, dans le silence des textes spéciaux, il y a lieu de mobiliser le droit commun, à la lumière de ce que préconisait le rapport sur la nouvelle loi vaccinale supprimant la responsabilité qu'avait instituée l'ancienne loi[1490]. L'intervention du droit pénal est nécessaire, sinon conforme à ses attributions, dès lors qu'elle conduit à protéger les tiers d'un risque potentiellement grave tout en responsabilisant l'auteur d'un comportement qui menacerait la santé des autres. Trois infractions ont retenu notre

[1487] C. NOIVILLE, art. cit.
[1488] Adage du droit français : ce n'est pas le droit qui est défaillant, mais sa preuve.
[1489] V. Civ. 1re, 18 oct. 2017 (deux arrêts), n° 14-18.118 et n° 15-20.791 : la Cour de cassation retient qu'en l'absence de certitude scientifique, le lien de causalité entre l'administration du vaccin contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques doit être juridiquement prouvé par la réunion d'indices graves, précis et concordants ; v. aussi Civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645 : la Cour de cassation a pu retenir que pour mettre en application le principe de précaution, un lien de causalité suffisamment caractérisé doit être démontré entre le fait générateur de responsabilité, et le risque.
[1490] Rapp. public annuel de la Cour des comptes, « La politique vaccinale : un enjeu de santé publique, une confiance à conforter », *op. cit.*, p. 225.

attention. Deux d'entre elles sont imputables aux parents[1491] et l'une peut également s'appliquer au titulaire du droit de consentir[1492]. Si en théorie, les incriminations imputables aux parents peuvent s'appliquer à notre hypothèse, la possibilité de recourir au délit d'exposition d'autrui à un risque pour sanctionner le refus de se soumettre à un acte médical est, quant à elle, limitée à certaines hypothèses. En effet, ledit délit est subordonné à la violation d'une norme légale particulière : seuls les refus de se soumettre à des vaccins imposés par la loi peuvent entrer dans le champ de cette incrimination. Or, nombreuses sont les hypothèses qui nécessitent un encadrement légal dans l'objectif de protéger la santé d'autrui lorsqu'elle est menacée par un refus de se soumettre à un acte médical, en dehors du domaine de la vaccination.

872. L'articulation entre le droit pénal et le droit de refus de se soumettre à un acte médical compromettant la santé d'autrui révèle une certaine incomplétude, et rend nos propositions quelque peu laconiques. C'est pourquoi il est utile que le législateur donne l'impulsion à une prise de position politique qui se voudrait davantage attentive aux limites du droit de consentir au bénéfice des tiers. Dans ce contexte, quelques pathologies identifiées mettent en lumière l'opportunité que la loi consacre des obligations particulières permettant de pallier la problématique liée à la prévisibilité de la loi pénale, et par ailleurs, facilitent l'initiative des juges lorsqu'ils doivent adopter une position politique contredisant celle consacrée par le législateur. Concernant les infractions imputables aux parents, celles-ci, peu usitées des parquets[1493], révèlent une vigilance des juges qui, bien qu'insatisfaisante, peut se comprendre dès lors qu'il s'agit non seulement de sanctionner un droit, mais aussi de s'immiscer dans l'éducation des parents. Mais l'intérêt de l'enfant ne doit-il pas dépasser cette crainte ?

873. En somme, les solutions acquises, si elles présentent des vertus certaines du point de vue de la protection de l'inviolabilité du titulaire du droit de consentir, se montrent néanmoins très peu attentives aux intérêts d'autrui, conduisant parallèlement à une déculpabilisation de l'individu devenu pourtant acteur de sa santé, à l'heure où sa responsabilisation est plus que jamais requise.

[1491] Il s'agit de la privation d'aliments et de soins prévue par l'article 227-15 du Code pénal et du mauvais exercice de l'autorité parentale, prévus par l'article 227-17 du Code pénal.
[1492] Il s'agit de l'exposition d'autrui à un risque, prévue par l'article 223-1 du Code pénal.
[1493] P. PEDRON, art. cit. ; C. LEQUILLERIER, art. cit. ; P. ROUSSEAU, art. cit., 21 avr. 2023.

874. La position de la jurisprudence ainsi que celle du législateur se construisent à certains égards en marge du système français de responsabilité aboutissant à des solutions inéquitables, et parfois incohérentes, méconnaissant des règles et mécanismes essentiels, sinon fondateurs de l'environnement institutionnel français. L'exercice d'un droit doit être sanctionné s'il n'est pas exercé *vertueusement,* car « tout individu est en faute quand, volontairement ou par négligence, il viole les lois et les règlements ou quand il transgresse les normes de la conduite honnête, diligente et prudente »[1494].

875. La conception individualiste ne doit en aucun cas conduire à la recherche de la seule satisfaction personnelle et privée, mais doit être le résultat d'une conciliation, car selon la formule incontestable de CARBONNIER, « l'amour du droit est réductible en cas d'excès ».[1495]

[1494] J. DABIN, « Fait dommageable envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches », Ann. dr. 1965, p. 122 et in *Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye*, Éd. Bière, 1967, pp. 141-157, spéc. p. 146.
[1495] J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, « Scolie sur le non-droit », LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2001, p. 51.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

AUBRY (C.), RAU (C.), *Cours de droit civil français*, 4e éd., 1871.

BACACHE (M.), *Traité de droit civil : les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, Economica, coll. Corpus Droit privé, 4e éd., 2021.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité de droit civil*, t. III, 3e éd., 1908.

BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 6e éd., 2023.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, coll. Thémis, 22e éd., 2000.

CHABAS (F.), *Obligations, théorie générale*, t. II., vol. 1, Montchrestien, coll. Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud, 9e éd., 1998.

DE MALEVILLE (J.), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. III, 2e éd., 1807.

DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, responsabilité civile, délit et quasi-délit*, LexisNexis, 8e éd., 2019.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. IV, Librairie Arthur Rousseau, 1924.

DEMOLOMBE (C.), *Cours de code Napoléon*, t. XXXI, 1882.

DESSERTEAUX (M.), *Abus de droit ou conflits de droit*, Hachette livre, 1906.

DOMAT (J.),

- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T. I, Livre III, Titre V, Section III, éd. Rollin et fils, 1745.

- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre III, Titre V, Section II, *Œuvres de J. Domat*, par M. CARRÉ, Erasme Kleffer, t. IV, 1823.

DREYER (E.),

- *Droit pénal spécial*, LGDJ, coll. Manuels droit privé, 2020.

- *Droit pénal spécial*, LGDJ, coll. Manuels droit privé, 2e éd., 2023.

FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi- contrat*, PUF, coll. Thémis, 2021.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique,* Sirey, coll. Université, 14e éd., 2011.

FOUCHARD (P.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

HERON (J.), LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 7e éd., 2019.

JOSSERAND (L.),

- *De l'abus des droits*, A. ROUSSEAU, 1905.

- *De l'esprit des lois et de leur relativité*, 1927.

- *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Dalloz, 2e éd., 1939.

- *Cours de droit civil positif français*, t. II, 1re éd., 1930, n° 440.

JOURDAIN (P.), *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 10e éd., 2021.

KESSLER (F.), *Droit de la protection social*, Dalloz, coll. Cours, 8e éd., 2022.

LALOU (H.), *La responsabilité civile*, 2e éd., 1932.

Lamy, *Le droit de la responsabilité*, Lamy expert.

LAUDE (A.), MATHIEU (B.) et TABUTEAU (D.),

- *Droit de la santé*, PUF, coll. Thémis, 2e éd., 2009.

- *Droit de la santé*, PUF, coll. Thémis, 3e éd., 2012.

LE TOURNEAU (P.),

- *La responsabilité civile*, « Les fondements de la responsabilité civile et son évolution », PUF, coll. QSJ ?, 2003, p. 9.

LE TOURNEAU (P.), CADIET (L.), *Droit de la responsabilité*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 13e éd., 2023/2024.

MAZEAUD (H. et L.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. II, 3e éd., 1939.

MAZEAUD (H. et L.), A. TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, Montchrestien, 5e éd., 1960.

MÉMETEAU (G.), *Cours de droit médical*, LEH Édition, 4e éd., 2001.

MÉMETEAU (G.), GIRER (M.), *Cours de droit médical*, LEH Édition, 5e éd., 2016.

PLANIOL (M.),

- *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 1re éd., 1900.

- *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 3e éd., 1905.

PLANIOL (M.), BOULANGER (J.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3e éd., 1949.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.) et ESMEIN (P.), *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2e éd.

POTHIER (J.), *Œuvres*, t. III, *Traité des obligations*, Beaucé, 1761, pp. 1817-1820, n° 162.

RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité de droit civil, d'après le Traité de M. PLANIOL*, t. 2, 1957, n° 978.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions de droit privé*, PUF, coll. Thémis, 3e éd., 2022.

ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999.

SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile*, t. II, 1939.

SAVATIER (R.), PÉQUINOT (H.), AUBY (J.-M.) et SAVATIER (J.), *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956, p. 22.

SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey, 1961.

SOURDAT (A.), *Traité général de la responsabilité*, 2e éd., 1872.

STARCK (B.), ROLAND (H.), et BOYER (L.), *Obligations*, t. I, *Responsabilité délictuelle*, Litec, 5e éd., 1996.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 13e éd., 2022.

VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité civile*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4e éd., 2019.

V1NEY (G.), JOURDAIN (P.), *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 2e éd., 2001.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.),

- *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), 4e éd., 2013.

- *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), 4e éd., 2017.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, TRAVAUX COLLECTIFS, THÈSES ET MONOGRAPHIES

ABONDO (M.), « Les soins psychiatriques sous contrainte », *in* LE GUEUT (M.) (coord.), *Médecine légale, droit de la santé*, Ellipses, coll. Réussir l'ECN, 2012, pp. 93-171.

AGARD (M.-A.), « Droit pénal et vaccinations », *in* M. BELANGER (dir.), *Droit, éthique, et vaccination. L'obligation vaccinale en question*, LEH Édition, 2005, p. 107.

AUBERT (J.-L.), « Quelques remarques sur l'obligation de la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité », in *Études offertes à Geneviève Viney. Liber amicorum*, LGDJ, coll. Mélanges, 2008, p. 55.

AUDIT (B.), « *Recents Revisions of the French Civil Code* », Louisiana Law Review, 1978, vol. 38, n° 132, p. 747.

BERTHET (A.-C.), *L'acte médical imposé*, thèse, université d'Aix-Marseille, 2012.

BLAIS (M.-C.), *La solidarité. Histoire d'une idée*, Gallimard, coll. Bibl. des idées, 2007.

BLOCH (C.), *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, vol. 71, 2008.

BONDON (M.-S.), *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, thèse, université de Montpellier, 2019.

BOUTONNET (M.), *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 444, 2005.

BORDAIS (P.), *Essai d'une théorie générale de l'autodétermination de la personne humaine*, thèse, université de Montpellier, 2019.

CABROL (P.), RIBEYROL (M.), *Leçons de Droit des obligations*, « Leçon 24. Le lien de causalité », Ellipses, 2018, pp. 184-189.

CADIET (L.),

- *Le préjudice d'agrément,* thèse, université de Poitiers, 1983.

- « Les faits et méfaits de l'idéologie de réparation », in *Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 495 et s.

CANGUILHEM (G.), *Le Normal et le Pathologique*, PUF, coll. Quadrige, 12e éd., 2013.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, « Scolie sur le non-droit », LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2001, p. 51.

CARVAL (S.),

- *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 250, 1995.

- *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*, PUF, coll. Doctrine juridique, 2001.

CASTAING (C.), « L'ingérence dans l'exercice du droit au consentement », *in* AFDS, A. LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, PUF, coll. Droit et santé, 2007, p. 138.

CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 380, 2002.

CHARTIER (Y.), *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983.

CHAVENT-LECLERE (A.-S.), « § 1. Actes négatifs de mise en péril du mineur », « Chapitre 622, Intégrité de l'enfant », *in* S. BERNIGAUD, A.-S. CHAVENT-LECLERE,

V. DESCHAMPS, A. DEVERS et F. DOUET, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2023-2024, § 622.131.

CORNU (G.), « La lettre du code à l'épreuve du temps », in *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, pp. 157-181.

CRAWFORD (R.), « You Are Dangerous to Your Health : the Ideology and Politics of Victim Blaming », International Journal of Health Services, vol. VII, n° 4, p. 663, trad fr. : « C'est de ta faute. L'idéologie de la culpabilisation de la victime et ses applications dans les politiques de santé publique », *in* L. BOZZINI, M. RENAUD, D. GAUCHER et *al*., *Médecine et société. Les Années 80*, Québec, Éd. coopératives Albert Saint-Martin, 1981, p. 481.

CRISTOL (D.), « Information et consentement en droit de la santé », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *Sécurité des patients, sécurité des consommateurs : convergences et divergences*, PUF, coll. Droit et santé, 2009, pp. 35-91.

J. DABIN, « Fait dommageable envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches », in *Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye*, Éd. Bière, 1967, pp. 141-157.

DARMSTÄDTER-DELMAS (A.), *Les soins psychiatriques sans consentement*, LexisNexis, 2017.

DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997.

DECCACHE (A.), E. LAVENDHOMME, *Information et éducation du patient, des fondements aux méthodes*, De Boeck-Wesmael, coll. Avoirs et santé, 1989.

DELAHAYE (T.), *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruylant, 1984.

DEMICHEL (A.), « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 720.

DENIZOT (A.), *Responsabilité civile et quasi-contrats. 24 exercices d'application*, « Séquence 1. Les fonctions de la responsabilité civile », Ellipses, coll. Exos droit, 2022, pp. 11-19.

DESCARPENTRIES (F.), *Le Consentement aux soins en psychiatrie*, L'Harmattan, coll. Santé, sociétés et cultures, 2007.

DI FAZIO (S.), *Approche juridique des obligations et des devoirs des personnes hospitalisées*, thèse, université de Montpellier 1, 2010.

DIERKENS (R.), *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson & Cie, 1966.

DUBOIS (C.), *Responsabilité civile et responsabilité pénale, à la recherche d'une cohérence perdue*, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 570, 2016.

DUHAMEL (G.), « Les enjeux de l'observance », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, coll. Droit et santé, 2007, p. 23.

FONTAINE (M.), *Les droits et les obligations du patient face à l'assurance maladie*, thèse, Université Paris Descartes, 2016.

A. GOLSE, « De la médecine de la maladie à la médecine de la santé », *in* P. ARTIÈRES et E. DA SILVA (dir.), *Michel Foucault et la médecine. Lectures et usages*, Kimé, 2001, pp. 271-300.

GRARE (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, vol. 45, 2005.

GREVY (M.), *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, coll. Bibl. dr. social, t. 36, 2002.

HEUZÉ (V.), *La vente internationale de marchandises*, GLN Joly, 1992.

HOCQUET-BERG (S.), « Les prédispositions de la victime », in *Études offertes à Hubert Groutel. Responsabilité civile et assurances*, Litec, coll. Mélanges, 2006, p. 169.

HONORAT (J.), *L'idée d'une acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 98, 1969.

HUGO (V.), *Actes et paroles*, 1875-1876.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.) et BUK LAMENT (J.), *La technique de cassation*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 9e éd., 2018.

KANT (E.),

- *Théorie et pratique*, [1793], FB Éditions, 2015.

- *Métaphysique des mœurs*, [1795], FB Éditions, 2015.

LAMIRAUD (K.), *Méthode d'évaluation de l'utilité du patient, une analyse économique et économétrique du comportement d'observance dans un essai clinique*, thèse, EHESS, 2004.

LAMOUR (P.), BRIXI (O.), « L'éducation pour la santé : entre conceptions dominantes et conceptions alternatives », *in* F. BOURDILLON, D. TABUTEAU et G. BRÜCKER, *Traité de santé publique*, Flammarion, coll. Médecine-Sciences, 2e éd., 2007.

LAMOUREUX (P.), « L'éducation thérapeutique », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, coll. Droit et santé, 2007, p. 62.

LAPOYADE-DESCHAMPS (C.), *La responsabilité de la victime*, thèse, université Bordeaux 1, 1975, p. 504 et s.

LAUDE (A.), « Les programmes d'aide à l'observance », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, coll. Droit et santé, 2007, p. 99.

LAUDE (A.) (dir.), AFDS, *Consentement et santé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014.

LAUDE (A.), TABUTEAU (D.) (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, coll. Droit et santé, 2007.

LAZERGES (C.), « La sanction des mineurs : la fuite en avant ? », in *Questions sur le droit. Mélanges offerts à Claude Lombois*, PULIM, 2004, p. 528.

LE MAGUERESSE (Y.), *Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations*, PUAM, 2007.

LE TOURNEAU (P.),
- *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz, 2000.
- « Obligation de moyens du médecin », in *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Action, 12e éd., 2020.

LEMOINE (E.), *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002.

LEROUX-CAMPELLO (M.), *Les sanctions en droit de la consommation*, thèse, université Paris-Assas, 2018, dir. A. LEPAGE, D. MAZEAUD.

LEQUETTE (Y.), MOLFESSIS (N.) (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015.

MALHERBE (J.), *Médecine et droit moderne*, Masson & Cie, 1969.

MALLET-BRICOUT (B.), ZEROUKI (D.), DEGOFFE (M.) et DE GRAËVE (L.), *La sanction - Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007.

MELIN-SOUCRAMANIEN (B.), *Le juge des référés et le contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2000.

MÉMETEAU (G.), « Construction et déconstruction du contrat médical par la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Jean Beauchard. Obligations, procès et droit savant*, Presses universitaires juridiques de Poitiers/LGDJ, 2013, p. 253.

NEIRINCK (C.), *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, coll. Bibl. droit privé, 1984.

NGIRABATWARE (D.), *L'indemnisation des accidents vaccinaux*, LEH Édition, coll. Mémoires numériques de la BNDS, 2013.

ORTSCHEIDT (J.), *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, 2001.

OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational,* préf. E. Loquin, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 224, 1992.

PERROT (R.), « L'évolution du référé », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université de sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 650 et s.

PETIT (B.), ROUXEL (S.), « Chapitre 2. Les attributs de la personne », *in* B. PETIT, S. ROUXEL (dir.), *Droit des personnes*, Presses universitaires de Grenoble, 4e éd., 2015, pp. 23-80.

PIALOUX (G.), « L'obligation vaccinale, une exigence éthique et politique », *in* E. HIRSH (dir.), *Une démocratie endeuillée. Pandémie, premier devoir d'inventaire*, Érès, coll. Espace éthique, 2021, p. 112.

PICHARD (M.), *Le droit à. Étude de la législation française*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006.

PORTES (L.), *À la recherche d'une éthique médicale*, PUF, 1954.

PRIEUR (E.), *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, Economica, coll. Droit civil, 1999.

REIFEGERSTE (S.),

- *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002.

- *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, OpenEdition Book, 2002.

ROMAINS (J.), *Knock ou le Triomphe de la médecine*, Folio, 1924.

ROSENCZVEIG (J.-P.), *L'enfant délinquant et la justice*, éd. ASH, 2016.

ROUJOU DE BOUBEE (M.-È.), *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 135, 1974.

ROUSSEAU (P.), *La légitimité de l'infraction*, thèse, université de Nantes, 2019.

RUSSO (C.), *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe. Contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, vol. 9, 2001.

SAUVAT (C.), *Réflexions sur le droit à la santé*, PUAM, 2004.

SENANEDJ (D.), *Le juge et les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat*, thèse, université Paris, 2021, dir. D. LEGEAIS, J. MARTIN.

TABUTEAU (D.), « La notion d'observance », *in* A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), *De l'observance à la gouvernance de sa santé*, PUF, coll. Droit et santé, 2007, pp. 9-19.

TAPINOS (D.), *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008.

THÉRON (S.),

- *Les soins psychiatriques sans consentement*, Dunod, coll. Aide-Mémoire, 2017.

- « Regards critiques sur une modalité ambivalente de soins psychiatriques : les soins ambulatoires sans consentement », *in* AFDS, A. LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 205.

TRIGEAUD (J.-M.), *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Brière, 1999.

M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, « Chapitre premier. La contrainte en droit », PUF, coll. Léviathan, 2011, pp. 7-18.

TUNC (A.), « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Éd. A. Pédone, 1975.

VÉRON (P.), « Les incidences de la faute du patient en droit de la responsabilité médicale », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH Édition, 2015.

VIALLA (F.), « Enjeux et logiques de l'information comme préalable au consentement », *in* AFDS, A. LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 35.

VINEY (G.),

- « Pour ou contre un principe général de responsabilité pour faute ? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », in *Le droit privé à la fin du XX^{e} siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 569.

- *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013.

III. RAPPORTS ET AVIS

ANSM, « Bilan de pharmacovigilance et profil de sécurité d'emploi des vaccins contre l'hépatite B », févr. 2012, www.ansm.sante.fr.

Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé,

- « Refus de traitement et autonomie de la personne », avis n° 87, 14 avr. 2005.

- « Avis sur le dépistage de la tuberculose et la vaccination par le BCG », avis n° 92, 22 juin 2006.

- « Questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale », avis n° 106, 5 févr. 2009.

CNAMTS, « SOPHIA, un service accessible à plus de 1,8 millions de patients diabétiques, une évolution positive du recours aux soins confirmée », point d'information, 21 févr. 2013.

CNCDH,

- « Avis sur la maladie mentale et les droits de l'homme », 2008.

- « Étude sur la maladie mentale et les droits de l'homme », 2008.

CNEDiMTS, « Produits et Prestations : dispositif médical à pression positive continue pour traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées », avis, 6 nov. 2012.

Conférence internationale sur la santé, New York, 1946, Actes officiels, « Préambule ».

Congressional Budget Office, « Offstetting Effects of Prescription Drug Use on Medicare's Spending for Medical Services ».

Convention collective nationale des pompes funèbres du 1er mars 1974, IDCC 759, brochure n° 3269, art. 211.

CORDIER (A.), « Un projet global pour la stratégie nationale de santé, 19 recommandations du comité des sages », rapport, 2013.

Cour des comptes 2018, « La politique vaccinale : un enjeu de santé publique, une confiance à conforter », rapport public annuel, févr. 2018, p. 205.

CRIP et IMS Health, « Améliorer l'observance. Traiter mieux et moins cher », 2014.

CRIP et QuintilesIMS France, « Observance thérapeutique, des leviers pour agir », 2017.

Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES), « Les dépenses de santé en 2017 ».

Direction générale de la santé, Comité technique des vaccinations, « Le Guide des vaccinations 2012 ».

FAUCHON (P.), ZOCCHETTO (F.) et LECERF (J.-R.), proposition de loi, « Mise en danger délibérée de la personne d'autrui », texte n° 223 (2010-2011) déposé au Sénat le 13 janv. 2011, https://www.senat.fr/leg/ppl10-223.html

FLAJOLET (A.), « Mission au profit du gouvernement relative aux disparités territoriales des politiques de prévention sanitaire », rapport, avr. 2008, spéc. p. 50.

GIRAUD (F.), DÉRIOT (G.) et LORRAIN (J.-L.), rapp. n° 174, 16 janv. 2002, fait au nom de la commission des affaires sociales.

GRULISH (A.) et *al.*, « HIV Transmission in Male Serodiscordant Couples in Australia, Thailand and Brazil », Conference on Retroviruses and Opportunistic Infections (CROI), Seattle, USA, 2015.

Haut Comité de la santé publique, *Recueil des principaux problèmes de santé en France*, déc. 2002.

Haute Autorité de santé,

- « Recommandations pour la pratique clinique. Modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux », avr. 2005.

- « Révisions des prescriptions génériques de la liste des produits et prestations remboursables. Dispositifs médicaux et prestations associées pour le traitement de l'insuffisance respiratoire et de l'apnée du sommeil », note de cadrage, 30 mars 2011, www.has-sante.fr.

HUREL (S.), « Rapport sur la politique vaccinale », janv. 2016.

Jalma, « Les enjeux de l'observance en France, cinq propositions pour renforcer l'observance des produits de santé », 2014.

JAMA, RODGER (A.J.), CAMBIANO (V.), BRUUN (T.) et *al*., « Sexual Activity Without Condoms and Risks of HIV Transmission in Serodifferent Couples When the HIV-Positive Partner Is Using Suppressive Antiretroviral Therapy », 2016.

LALONDE (M.), « Nouvelle perspective de la santé des Canadiens », rapport, 1974.

Livre blanc de la Fondation Concorde, *L'observance des traitements : un défi aux politiques de santé*, mars 2014.

IGAS,

- BRAS (P.-L.), DUHAMEL (G.) et GRASS (É.), « Améliorer la prise en charge des maladies chroniques : les enseignements des expériences étrangères de *disease* management », rapport, sept. 2006.

- MOREL (A.), LECOQ (G.) et JOURDAIN-MENNINGER (D.), « Évaluation de la prise en charge du diabète », rapport n° RM2012-033P, avr. 2012.

- LOPEZ (A.), COMPAGNON (C.), « Pertinence et efficacité des outils de politique publique visant à favoriser l'observance », rapport n° 2015-037R, juill. 2015.

Nations Unies, « World Population Prospects », 2022, transcrit sur le site de l'Institut national d'études démographiques : https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/tous-les-pays-du-monde.

ONUSIDA,

- « Estimations et analyses spéciale », 2018.

- « Santé publique et surpression de la charge virale du VIH », 2018.

Société française de santé publique à la CNAMTS, « Audition publique sur la vaccination des enfants par le BCG. Levée de l'obligation vaccinale ? », coll. Santé et Société, mai 2007, n° 12.

Organisation mondiale de la santé,

- Charte d'Ottawa, 17-21 nov. 1986.

- « Adherence to Long-term Therapies – Evidence for Action », juill. 2003.

- note d'information sur les vaccins contre l'hépatite B, www.who.int.

PEZET (M.), Rapport, Doc. Ass. nat. n° 2121, p. 233.

PIEL (E.), ROELANDT (J.-L.), « De la psychiatrie vers la santé mentale », rapport, juill. 2001.

SAOUT (C.) et *al*., « Pour une politique nationale d'éducation thérapeutique », rapport, sept. 2008.

STROHL (H.), « Groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990 », rapport.

VINEY (G.), « Motifs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », rapport, 2005.

WHITNEY (C.G.), ZHOU (F.), SINGLETON (J.) et SCHUCHAT (A.), Centers for Disease Control and Prevention (CDC), « Benefits from immunization during the vaccines for children program era - United States, 1994-2013 », 2014.

IV. DICTIONNAIRES, LEXIQUES ET RÉPERTOIRES

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2003, , v° Responsabilité, v° Sanction.

BRUN (P.), Rép. civ. Dalloz, v° Responsabilité du fait personnel – fait personnel générateur du dommage.

CADIET (L.), LE TOURNEAU (P.), Rép. civ. Dalloz, v° Abus de droit, 2015.

CORNU (G.), Association Henri Capitant,

- *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 4e éd., 2003.

- *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 11e éd., 2016.

- *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 14e éd., 2022.

Jurisprudence générale Dalloz, 1858, t. 39, v° Responsabilité.

LAMBERT-PIÉRI (M.-C.), OUDOT (P.), Rép. civ. Dalloz, v° Responsabilité : régime des accidents de la circulation.

Larousse, v° Illégitime.

Le Nouveau Petit Robert, dictionnaire de la langue française, v° Responsabilisation.

Le Robert, dictionnaire en ligne, v° Responsabiliser

LE TOURNEAU (P.), Rép. civ. Dalloz, v° Responsabilisation, v° Responsabilité : généralités, mai 2009 (actu. juin 2022), v° Spécification.

MAYAUD (Y.), Rép. pén. Dalloz, 2022, v° Violences involontaires : théorie générale – antisocialité des violences.

Trésor de la langue française informatisé, dictionnaire en ligne, http://atilf.atilf.fr/tlf.htm

V. ARTICLES, NOTES ET CHRONIQUES

« L'abus de droit », fiche d'orientation, juill. 2022.

« Faut-il moraliser le droit de la réparation du dommage ? Colloque CEDAG de l'Université Paris V », LPA 20 nov. 2002, n° 232 spéc. ; www.droit-in-situ.net

« "Les obligations du patient", Actes du colloque de l'AFDS, Paris, 13 juin 2003 », RGDM 2003, n° 11 p. 9 et s.

« Coronavirus : le pass sanitaire est un "énorme handicap pour la reprise", affirme le patron du Medef qui réclame son report au 30 septembre », 20 Minutes avec AFP, 23 juill. 2021.

« Pass sanitaire et licenciements : des syndicats dénoncent les dispositions du projet de loi anti-covid », Le Monde, 23 juill. 2021.

« Passe sanitaire : “Les employeurs ne sont pas des gendarmes” pour le Medef de l’Indre », France Bleu, 24 juill. 2021.

« Principes UNIDROIT, relatifs aux contrats du commerce international, adoptés à Rome en 1994 par l’Institut international pour l’unification du droit privé », JDI 1995, p. 583.

ABERKANE (P.), « Contribution à l’étude de l’évolution de la prise en charge des personnes hospitalisées sous contrainte », RGDM mars 2014, n° 50, p. 127.

ADÈLE (P.-A.), « Surveiller et punir par des dispositifs médicaux ? », RDSS 2015, p. 300.

ALLIX (N.), « La faute de la victime n’ayant pas causé le dommage », D. 2022, p. 29.

AMBROISE-CASTÉROT (C.), « Les infractions parentales », D. 2013, p. 1846.

ARON (É.), « Le devoir de santé », Bulletin de l’Académie nationale de médecine, 2004, vol. 188, n° 1, p. 109.

ATIAS (C.), « Le droit de nuire », D. 1997, Chron., p. 385.

AZZI (T.), « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ. 2007, p. 227.

BANSAL (A.), DUTTA (M.), « Mitigation of Losses Under Contracts Law », SSRN, 2012.

BELOT (F.),
- « Pour une reconnaissance de la notion de préjudice économique en droit français », LPA 28 déc. 2005.

- « L’évaluation du préjudice économique », D. 2007, Chron., p. 1681.

- « L’évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », D. 2008, Chron., p. 1569,

BENHAMOU (Y.), « Le contrôle du juge judiciaire sur les hospitalisations psychiatriques sous contrainte : l’exemple de la cour d’appel de Douai », GPL 26 avr. 2012, n° 117, p. 5.

BIOY (X.), « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », RDSS 2013, p. 45 et s.

BLAIS (M.-C.), « Qu'est-ce que la solidarité ? », Regards EN3S juill. 2008, n° 34.

BOUTONNET (M.), « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », D. 2010, p. 2662 et s.

BORGHETTI (J.-S.), « L'incidence du refus de soins sur le droit à indemnisation de la victime d'un dommage corporel », RDC sept. 2015, n° 03, p. 461.

CAPELIER (F.), « Responsabilité et protection de l'enfance – Aide-mémoire », Journal du droit des jeunes, Éd. Association jeunesse et droit, 2016, n° 355, pp. 71-75.

CHAZAL (J.-P.), « "L'ultra-indemnisation" : une réparation au-delà des préjudices directs », D. 2003, p. 2326.

COHEN (M.S.), CHEN (Y.Q.), MCCAULEY (M.) et *al*., « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy », N. Engl. J. Med., 2011.

COUTURIER (M.),

- « L'individu est-il juridiquement responsable de sa santé ? », RGDM 2010, num. spé., pp. 171-192.

- « La réforme des soins psychiatriques sans consentement », RDSS 2012, p. 74.

- « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », RDSS 2014, p. 120.

- « Soins psychiatriques sans consentement. Prise en charge de la maladie mentale et des troubles mentaux. Soins de santé mentale », JCI, V°, Soins psychiatrique sans consentement, juill. 2022.

CRESSIN (V.), « Institutions-Responsabilité-Acceptation des risques : des contours fluctuants », Jurisport 2015, p. 33.

CROIZE (G.), « Citoyens, patients, assurés sociaux à vos devoirs ! », Revue Droit et Santé, mars 2011, n° 40.

DABIN (J.), « Fait dommageable envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches », Ann. dr. 1965, p. 122.

DAÏMALLAH (H.), « L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel », Constitutions, avril-juin 2015, n° 2015-2, pp. 267-275.

DALCQ (R. O.), « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », RDAI 1987, p. 368, n° 10.

DE BERSAQUES (A.),

- « L'abus de droit », RCJB 1953, p. 281.

- « L'abus de droit en matière contractuelle », RCJB 1969, p. 505.

DEGUERGUE (M.), « L'obligation de mener une vie saine ? », RGDM 2003, p. 13 et s.

DENIS (B.), « Le délit de mise en danger d'autrui comme outil de protection de la santé et de l'environnement », JSS 6 févr. 2019, n° 10, p. 6.

DOLL (P.-J.), « Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures », JCP G 1970, I 2351.

DORON (C.-O.), « Le principe de précaution : de l'environnement à la santé », Les cahiers du centre Georges Canguilhem, PUF, 2009/1, n° 3, p. 3.

DOUBA (A.) et *al*., « Facteurs sociodémographiques associés à la vaccination incomplète des enfants de 12 à 59 mois dans six pays d'Afrique de l'Ouest », Santé Publique, 2015, vol. 27, n° 5, pp. 723-732.

DOUMENG (V.), « De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques… La fin de l'autorisation de soins », McGill Law Journal 2012, vol. 57, n° 3, p. 553.

DURRY (G.), « Rapport de synthèse », in « Le préjudice, questions choisies », Resp. civ. et ass., mai 1998, n° spéc., p. 32 et s.

ELLAND-GOLDSMITH (M.), « La *mitigation of damages* en droit anglais », RDAI 1987, p. 347.

FASQUELLE (D.), MESA (R.), « Les fautes lucratives et les assurances de dommage », RGDA 2005, p. 351.

FERRARI (Y.), « La santé et la télémédecine », RLDI 1er oct. 2014, n° 108.

FOURNIER (C.), « L'éducation du patient », Laennec, 2002, vol. 50, n° 1, pp. 15-24.

GABA (H. K.), « Vaccination obligatoire en milieu de travail : sanction du refus non justifié du salarié », JSL 11 oct. 2012, n° 329.

GALVIS-NARINOS (F.), MONTÉLIMARD (A.), « Le système de santé des États-Unis », Pratiques et organisation des soins, 2009, vol. 40, pp. 309-315.

GAMET (L.), « (Im)passe », *in* L. GAMET, J. JUBERT-TOMASSO, « En quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié », RDT 2021, p. 484.

GAUTIER (P.-Y.), « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD civ. 1995, p. 798.

GENCY-TENDONNET (D.), « L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle », GPL 6 mai 2004, n° 127, p. 27.

GHADI (V.), POLTON (D.), « Le marché ou le débat comme instruments de la démocratie », Revue française des affaires sociales, ministère de l'Emploi et de la Solidarité, La Documentation française, avril-juin 2000, pp. 21-33.

GHEORGHIEV (C.), RAFFRAY (P.) et MONTLEAU (F. de), « Dangerosité et maladie mentale », L'information psychiatrique, 2008, vol. 84, n° 10, pp. 941-947.

GIRARD (B.), « La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Jus Politicum, n° 21 (https://juspoliticum.com/article/La-responsabilite-civile-dans-la-jurisprudence-du-Conseil-constitutionnel-1253.html)

GIRER (M.),

- « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », RGDM 2011, n° 39, p. 45.

- « Les droit des patients : les enjeux d'une autonomie affirmée », Sciences sociales et santé, 2014, vol. 32, pp. 29-37.

GISCLARD (T.), « La victime ne peut voir son indemnisation réduite pour avoir refusé des soins médicaux », D. 2015, p. 1075.

GRABOY-GROBESCO (A.), « Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades », AJDA 2004, p. 65.

GRIMALDI (A.), « La non-observance des traitements par les patients », Raison présente, 2020, vol. 214-215, n° 2-3, pp. 111-118.

GUIGUE (J.), PENNEAU (J.), « Conséquence d'un refus de soins sur l'aggravation d'un état pathologique », GPL 2015, n° 77 à 78.

HANOTIAU (B.), « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », RDAI 1987, p. 396 et s.

HAUDIQUET (A.), ROEKENS (N.), « La parentalité à l'épreuve de la responsabilisation juridique », EMPAN, 2012/4, n° 88, pp. 123-133.

HAUTEFORT (M.), « Passe sanitaire et vaccination : comment procéder en pratique ? », Les cahiers du DRH, 1er oct. 2021, n° 290.

HÉLAINE (C.), « Programme de soins psychiatriques sans consentement et information du patient », Dalloz actualité, 23 juin 2023.

HIRSH (E.), « L'obligation vaccinale, une exigence éthique et politique », The Conversation, 16 mars 2021.

HOLZEM (J.), « Les limites du consentement éclairé », AJDA 2016, p. 364.

HUTEAU (G.), « La responsabilisation du patient assuré-social face à l'observance thérapeutique : légitimité et nécessité du reste à charge », RDSS 2017, p. 149.

JAEGER (M.), « Du principe de responsabilité au processus de responsabilisation », Vie sociale 2009, n° 3/2009, p. 78.

JESTAZ (P.), « La sanction ou l'inconnue du droit », D. 1986, Chron., pp. 197-204.

JOURDAIN (P.),

- « Causalité : les limites raisonnables de l'équivalence des conditions », RTD civ. 2008, p. 307.

- « Défectuosité du vaccin anti-hépatite B et défaut d'information sur les effets indésirables », RTD civ. 2009, p. 735.

- « Quelle est l'incidence du refus, par la victime, d'une intervention chirurgicale sur l'indemnisation de son dommage ? », RTD civ. 1997, p. 675.

- « Principe de précaution et responsabilité civile », LPA 30 nov. 2000, n° 239, p. 51.

- « Rapport introductif. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », LPA 20 nov. 2002, n° 232 spéc., p. 3.

- « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », RTD civ. 2003, p. 716.

- « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage », RTD civ. 2012, p. 324.

KAHN DIT COHEN (T.), « La suspension du contrat de travail : pari (politique) et difficultés (juridiques) », Dr. soc. 2022, p. 113.

KARAGIANNIS (S.), « Droit à la santé. Le droit à la santé dans certains textes internationaux et constitutionnels : entre généreuse utopie et mesquin pragmatisme ? », JDI 2012, doctr. 11.

KRUITHOF (R.), « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », RJCB 1989, n° 4, p. 16.

LACOEUILHE (G.), CHÉREAU (H.), « Responsabilité médicale et faute du patient », site internet droit-médical.com, rubrique actualités, jurisprudences, 18 avr. 2004.

LASCOUMES (P.), « La précaution, un nouveau standard de jugement », Esprit, nov. 1997, p. 132.

LANGLET (C. A.), HARVEY (J. E.) et PATEL (A.), « Aston Medical Adherence Study », Heart of Birmingham Teaching Primary Care Trust, 2012, p. 471.

LAUDE (A.),

- « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé française ? », LPA 20 nov. 2002, n° 232, p. 55.

- « Le patient, nouvel acteur de sa santé ? », D. 2007, p. 1151.

- « Le patient, entre responsabilité et responsabilisation », Les tribunes de la santé, 2013/4, n° 41, pp. 79-87.

- « Le comportement du patient : une condition de remboursement des soins ? », D. 2014, n° 16, p. 936.

LASERAZ (J.), « Vaccinations obligatoires, les conséquences incertaines d'une obligation non assortie d'une sanction », JDSAM 2018, n° 19, p. 79.

LEDUC (F.), « Pas de requiem prématuré pour l'arrêt Mercier », RDC 2011, n° 1, p. 345.

LEFEBVRE (J.), « La responsabilité délictuelle face aux mesures préventives », Actu-Juridique.fr 9 sept. 2020, n° AJU72835, site internet : https://www.actu-juridique.fr/civil/la-responsabilite-delictuelle-face-aux-mesures-preventives/ ; LPA 09 sept. 2020, n° 153n3, p. 5.

LEMIRE (M.), PARÉ (G.) et SICOTTE (C.), « La responsabilisation du patient dans un contexte de télésoins à domicile », Canadian Public Administration, 2008, vol. 49, pp. 441-467.

LESOUDIER (V.), « Obligation légale pour l'ouvrier victime d'un accident du travail de se soumettre au traitement prescrit », RTD civ. 1904, p. 285.

LEQUILLERIER (C.), « La vaccination au prisme du droit pénal », RDSS 2018, p. 877.

LETURMY (L.), « La maltraitance en droit pénal », RDSS 2006, p. 981.

LEVY-BRUHL (D.), FLORET (D.), « La vaccination des enfants en France : enjeux et défis actuels », La Revue du praticien, 2016, vol. 66, n° 8, pp. 835-840.

LIENARD (M.), « Les évènements qui influencent le dommage postérieurement au fait dommageable », Bull. ass. 1972, p. 395.

LOIR (R.), « La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ? », D. 2009, p. 1114 et s.

MALABAT (V.), « Le délit dit de "mise en danger", la lettre et l'esprit », JCP G 1999, I 208.

MANAOUIL (C.), GARNIER (C.), GIGNON (M.) et JARDÉ (O.), « Comment en est-on arrivé à suspendre l'obligation vaccinale du BCG ? », Archives de Pédiatrie, juin 2008, vol. 15, pp. 1100-1106.

MARKESENIS (B.), « La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance », RID comp. 1983, p. 301.

MARKUS (J.-P.), « Du vaccin obligatoire à l'obligation vaccinale », Dr. fam. 2018, étude 9.

MARTENS (R.), « Obligation, pour la victime d'un accident, de se soumettre à certaines interventions chirurgicales, à une réadaptation ou à une rééducation », Bull. ass. 1954, p. 18.

MARTIN (G.-J.), « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », AJDA 2005, p. 2222 et s.

MAURY (F.), « Le droit à l'information du patient, un droit fondamental de l'homme aux effets limités », Actu-Juridique.fr 30 avr. 2019, n° AJU52464.

MAYAUD (Y.), « Retour sur la culpabilité intentionnelle en droit pénal », D. 2000, p. 604.

MAZEAUD (D.),

- « Réflexion sur un malentendu », D. 2001, p. 332.

- « Responsabilité civile et précaution, la responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle », Resp. civ. et assur., juin 2001, chr. n° 14, hors série.

- « La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage », D. 2004, p. 1347.

MEIFFRET-DELSANTO (K.), « Obligation vaccinale contre la covid-19 : une protection de la population nocive pour l'entreprise ? », Dr. soc. 2022, p. 104.

MEKKI (M.), « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », site internet : https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2019/10/Les-fonctions-de-la-responsabilite-civile-a-l.pdf

MÉMETEAU (G.), « Le devoir d'information, ou les moulins à vent », LPA 2013, n° 5, p. 4.

MÉNARD (B.), « Le contrôle de proportionnalité : une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit », RTD civ. 2022, p. 1.

MICHAUD (A.), « *Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract* », Revue générale de droit 1984, vol. 15, n° 2, p. 309 et s.

MINGAM (C.), DUVAL (A.), « L'abus de droit, état du droit positif », Revue juridique de l'Ouest 1998, p. 351.

MISTRETTA (P.), « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », Revue internationale de droit pénal, 2011/1, vol. 82, pp. 19-39.

MOREAU (Y.), « Assurance-maladie et santé publique : un droit pour gérer des crises ou un droit pour aller vers une "une maîtrise intégrée" ? », Dr. soc. 2011, p. 1268.

MUIR-WATT (H.), « La modération des dommages en droit anglo-américain. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? Colloque du CEDAG de l'Université de Paris V », LPA 20 nov. 2002, n° 232 spé., p. 45.

NOIVILLE (C.), « Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », Les Cahiers du centre Georges Canguilhem, PUF, 2009/1, n° 3, pp. 73-89.

NORDT (M.), « Améliorer l'observance thérapeutique chez le patient chronique : une utopie ? », Sciences pharmaceutiques, 2019, https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02147810/document.

OROBON (F.), « La responsabilisation des individus vis-à-vis de leur santé a-t-elle un sens ? », Les carnets de santé, mai 2013.

PATURET (J.-B.), « La responsabilité du patient, un nouveau paradigme ? », Soins cadres, nov. 2004, n° 52, p. 40.

PÉCHILLON (E.), « Le nouveau cadre juridique des soins sous contrainte en psychiatrie : une réforme polémique », JCP A 2011, 2295.

PEDRON (P.), « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », JCl. Pénal Code 2015, n° 181.

PERNO (L.), « Argument de l'espérance de vie », Le Monde, 29 mai 2013, https://www.lemonde.fr/blog/expertiseclinique/2013/05/29/argument-de-lesperance-de-vie/#more-125.

PERREAU (E. J.), « Soins médico-chirurgicaux s'imposant aux victimes d'un accident du travail et aux assurés-accident », Rev. crit. lég. jur. 1936, p. 305 et s.

PETITPREZ (E.),

- « Les causes étrangères : dualisme ou division de la causalité ? », RRJ 2020-20, p. 851.

- « Aggraver n'est pas causer : retour sur la faute de la victime comme cause d'exonération du producteur d'un produit défectueux », LPA nov. 2021, n° 06 ; Actu-Juridique.fr 5 nov. 2021, n° AJU002a8, https://www.actu-juridique.fr/civil/responsabilite-civile/aggraver-nest-pas-causer-retour-sur-la-faute-de-la-victime-comme-cause-dexoneration-du-producteur-dun-produit-defectueux/

PHILIPPE (D.), « À propos du dommage direct et imprévisible et des clauses s'y rapportant », RDAI 1995, p. 175.

PONTIF (V.), « Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement », RDT 2012, p. 637, obs.

PORCHY-SIMON (S.), « Santé, responsabilité médicale, responsabilité pour faute d'éthique médicale : consentement libre et éclairé du patient et secret médical », JCl. Responsabilité civile et Assurances 2011, fasc. 440-443.

RADÉ (C.), « Et maintenant que vais-je faire ? », Dr. soc. 2021, p. 865.

RAMEIX (S.), « Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ? », Laennec oct. 1997.

RAOUDI (H.), « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, janv.-mars 2016, n° 1, p. 1.

RENAUD (L.), RICO DE SOTELO (C.), « Communication et santé : des paradigmes concurrents », Santé publique, 2007, pp. 31-38.

REVEL (N.), « L'Assurance maladie, partenaire ou contrôleur des professionnels de santé », Les Tribunes de la santé, 2018/1, n° 58, pp. 37-46.

RIPERT (G.),

- « L'exercice des droits et la responsabilité civile », Rev. crit. législ. et jurispr. 1906, 352.

- « Le prix de la douleur », D. 1948, Chron., p. 1.

ROEST (D.), « Les droits discrétionnaire, une catégorie juridique en voie de disparition ? », D. 1997, p. 92.

ROUAST (A.), « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », RTD civ. 1944, p. 1 et s.

ROUMEAU (E.), « La prise en compte variable du risque médical », RDSS 2022, p. 675.

ROUSSEAU (P.), « La responsabilité pénale des parents de mineurs délinquants ou criminels », Dalloz actualité, 21 avr. 2023.

ROUSSET (C.), « Regard critique sur l'injonction sanitaire en entreprise liée à l'obligation vaccinale ou à la présentation du passe sanitaire », SSL, 22 déc. 2021.

ROUSVOAL (L.), « Espace public, crise sanitaire et droit pénal », GPL 17 nov. 2020, n° 40, p. 65.

SALVAGE (P.), « Le sursis d'épreuve avec injonction de soin », Dr. pén. 2009, étude 2.

SAUTEL (O.), « Vaccination et responsabilité pénale », RGDM 2005, n° 16, p. 63.

SAVATIER (R.), « Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine », D. 1958, p. 95.

SINTEZ (C.), *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, vol. 110, 2011.

STARCK (B.), « La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle) », JCP G 1970, 2339.

TABUTEAU (D.),

- « Le secret médical et l'évolution du système de santé », D. 2009, p. 2629.

- « Santé et devoirs sociaux », RDSS 2009, p. 42

- « La métamorphose silencieuse des assurances maladie », Dr. soc. 2010, p. 85 et s.

TAMBURINI (S.), « Un patient peut-il être tenu responsable de son propre dommage ? », site de la MACSF : https://www.macsf.fr/responsabilite-professionnelle/relation-au-patient-et-deontologie/un-patient-peu-compliant-responsable

THIBIERGE (C.), « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », D. 2004, p. 77.

THIRIEZ (P.-Y.), « La mitigation ou l'obligation pour la victime de minimiser son dommage : une exception française », GPL 9 déc. 2014, n° 343, p. 5.

TIERNEY (L.), « Patient Non-Adherence Costs Underestimated Packaging World », Healthcare Packaging 2013.

TRÉMOLIÈRE (F.), « Les vaccins sont essentiels pour le contrôle des maladies infectieuses. Alors pourquoi tant de remous ? », Vidal, 30 sept. 2021 https://www.vidal.fr/actualites/27974-les-vaccins-sont-essentiels-pour-le-controle-des-maladies-infectieuses-alors-pourquoi-tant-de-remous.html

TUNC (A.), « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », RID comp. 1953, vol. 5, n° 1, p. 29.

VACARIE (I.), « Les tensions entre le droit de la santé et le droit de la sécurité sociale », RDSS 2005, p. 899.

VACARIE (I.), GINON (A.-S.), FERKANE (Y.) et LEROY (S.), « Crise de l'État providence ou crise de la régulation économique ? », Dr. soc. 2008, p. 1103.

VAN LANG (A.), « Principe de précaution : exorciser les fantasmagories », AJDA 2015, p. 2015.

VIATTE (J.), « Les pouvoirs du juge des référés », GPL 1976, II, p. 709.

VINEY (G.),

- « De la responsabilité personnelle à la répartition de risques », Archives de philosophie du droit, n°22, 1997, p. 5 et s.

- « Rapport de synthèse. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? Colloque du CEDAG de l'Université de Paris V », LPA 20 nov. 2002, n° 232 spéc., p. 66.

- « Chronique : responsabilité civile », JCP G 2004, I 101, n° 2, 4°, p. 20, n° 12.

- « La responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins », D. 2010, p. 391.

VIOUJAS (V.), « L'observance du patient, une nouvelle condition de remboursement par l'assurance maladie ? », RDSS 2014, p. 517.

VIRIOT-BARRIAL (D.), « Consentement et injonction de soins », RPDP 2010, p. 293.

ZELCEVIC-DUHAMEL (A.), « Les risques causés à autrui en matière de santé », GPL 2011, n° 155, p. 18.

ZENATI (F.), « Du droit de reproduire les biens », D. 2004, Chron., p. 962.

VI. LOIS, DÉCRETS, ARRÊTÉS, NORMES CONSTITUTIONNELLES ET CODES

Lois :

L., 30 juin 1838, sur les aliénés, dite loi Esquirol.

L. n° 70-1320, 31 déc. 1970, relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie, et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses.

L. n° 85-677, 5 juill. 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

L. n° 90-527, 27 juin 1990, relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation : JO n° 150.

L. n° 94-653, 29 juill. 1994, relative au respect du corps humain : JCP 1994, 66973.

L. n° 95-101, 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement.

L. n° 2002-303, 4 mars 2002, relative à la qualité du système de santé et aux droits des malades : JO, 5 mars 2002, p. 4118.

L. n° 2006-1640, 21 déc. 2006, de financement de la sécurité sociale pour 2007.

L. n° 2007-293, 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance.

L. n° 2008-757, 1er août 2008, relative à la responsabilité environnementale.

L. n° 2009-879, 21 juill. 2009, portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

L. n° 2010-242, 10 mars 2010, tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

L. n° 2011-803, 5 juill. 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : JO n° 0155.

L. n° 2011-2012, 29 déc. 2011, relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé : JORF 30 déc. 2011, n° 0302, p. 22667.

L. n° 2013-869, 27 sept. 2013, modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

L. n° 2014-873, 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes.

L. n° 2016-41, 26 janv. 2016, de modernisation du système de santé.

L. n° 2016-1087, 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017, de financement de la Sécurité sociale pour 2018.

L. n° 2017-1837, 30 déc. 2017, de finances pour 2018.

L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire : JORF n° 0181, 6 août 2021.

Décrets :

D. n° 2003-1095, 14 nov. 2003, relatif au règlement de fonctionnement institué par l'article L. 311-7 du Code de l'action sociale et des familles.

D. n° 2006-1260, 14 oct. 2006, relatif à l'obligation vaccinale contre la grippe des professionnels.

D. n° 2007-1111, 17 juill. 2007, relatif à l'obligation vaccinale par le vaccin antituberculeux BCG.

D. n° 2018-42, 25 janv. 2018, relatif à la vaccination obligatoire.

D. n° 2021-707, 3 juin 2021, relatif à la télésanté.

D. n° 2023-368, 13 mai 2023, relatif à la suspension de l'obligation de vaccination contre la covid-19 des professionnels et étudiants.

Arrêtés :

A. 19 mars 1965, relatif à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire.

A. 15 mars 1991, fixant la liste des établissements ou organismes publics ou privés de prévention ou de soins dans lesquels le personnel exposé doit être vacciné : JO du 3 avril 1991.

A. 29 mars 2005, modifiant l'arrêté du 15 mars 1991 fixant la liste des établissements ou organismes publics ou privés de prévention ou de soins dans lesquels le personnel exposé doit être vacciné : JORF n° 85, 12 avr. 2005.

A. 6 mars 2007, fixant les conditions d'immunisation des personnes visées à l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique.

A. 22 oct. 2013, portant modification des modalités des inscriptions et de prise en charge du dispositif médical à pression positive continue pour le traitement de l'apnée du sommeil et prestations associées au chapitre 1er du titre Ier de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L. 165-1 du Code de la sécurité sociale : JO n° 0253, 30 oct. 2013, p. 17631.

Normes constitutionnelles :

Charte constitutionnelle, art. 3

Constitution du 27 octobre 1946, Préambule, art. 1

DDHC, 26 août 1789, art. 4.

Amendement n° COM-216 (art. 7), présenté par M^{me} Deseyne, rapporteur pour avis, 23 juill. 2021 : projet de loi.

Avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, p. 149.

Avant-projet de réforme de la responsabilité civile, art. 1254.

Réforme de responsabilité civile, art. 1263.

Codes :

Code civil :

- art. 1251

- art. 1252

- art. 16-1

- art. 16-3

- art. 1151

- art. 1231-1

- art. 1231-3

- art. 1240

- art. 1241

- art. 1242

- art. 1245-12

- art. 16

- art. 16-3

- art. 1760

- art. 378 à 381

Code de déontologie médicale :

- art. 35

- art. 36

Code de l'environnement :

- art. L. 110-1

Code de la santé publique :

- art. L. 1110-1

- art. L. 1110-4

- art. L. 1110-10

- art. L. 1111-1

- art. L. 1111-1-1

- art. L. 1111-2

- art. L. 1111-4

- art. L. 1112-3

- art. L. 1112-5

- art. L 1142-1

- art. L. 1161-1

- art. L. 1161-4

- art. L. 1431-2

- art. L. 1431-2-2

- art. L. 3111-1

- art. L. 3111-2

- art. L. 3111-3

- art. L. 3111-4

- art. L. 3116-1

- art. L. 3116-4 [abrogé]

- art. L. 3136-1

- art. L. 3211-1

- art. L. 3211-2

- art. L. 3211-2-1

- art. L. 3211-2-2

- art. L. 3211-3

- art. L. 3212

- art. L. 3212-4

- art. L. 3212-1-1

- art. L. 3213

- art. L. 3213-1

- art. L. 3213-1-1

- art. L. 3214-1

- art. L. 3215-2

- art. L. 3222-1

- art. L. 3413-1

- art. L. 3413-2

- art. L. 3413-3

- art. L. 3413-4

- art. L. 3423-1

- art. L. 5211-1

- art. L. 6316-1

- art. R. 3111-8

- art. R. 3112-1

- art. R. 3211-1

- art. R. 3221-1

- art. R. 3222-1

- art. R. 41-33

- art. R. 4127-32

- art. R. 4127-33

- art. R. 4127-35

- art. R. 4127-36

Code de la sécurité sociale :

- art. L. 162-16

- art. L. 162-5

- art. L. 162-5-1

- art. L. 162-5-2

- art. L. 162-5-3

- art. L. 324-1

- art. L. 411-1

- art. L. 452-1

Code de procédure pénale :

- art. 706-47

- art. 706-47-1

- art. 706-53-13

- art. 706-53-19

- art. 721-1

- art. 723-30

- art. 723-35

- art. 731

- art. 731-1

- art. 763-3

Code des assurances :

- art. L. 172-23

Code du travail :

- art. L. 4121-1

- art. L. 4121-2

- art. L. 4122-1

- art. R. 4626-25

- art. R. 446-6

Code pénal :

- art. 111-5

- art. 122-5

- art. 131-36-1

- art. 131-36-4

- art. 132-26

- art. 132-45

- art. 138-10

- art. 223-1

- art. 227-1

- art. 227-3

- art. 227-15

- art. 227-17

- art. R. 622-2

VII. JURISPRUDENCE

Cour européenne des Droits de l'Homme :

CEDH, 9 juill. 2002, n° 42197/98, Salvetti c/ Italie.

CEDH, 15 mars 2012, n° 24429/03, Solomakhin c/ Ukraine.

CEDH, 8 avr. 2021, n° 47621/13, Vavrika c/ République tchèque.

Cour de justice des communautés européennes :

CJCE, 5 mai 1998, Royaume Uni c/ Commission : Rec. CJCE I-2265.

Cour de justice de l'Union européenne :

CJUE, 21 juin 2017, n° C-621/15.

Conseil constitutionnel :

Cons. const., 22 déc. 1961, n° 61-17 L : Lebon, p. 43.

Cons. const., 30 juill. 1963, n° 63-26 : Lebon, p. 43.

Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC: JO, 16 janv. 1975, p. 691 ; AJDA 1975, p. 134, note J. RIVERO.

Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-117 DC : JORF 24 juill. 1980 ; Lebon, p. 42 ; D. 1981, p. 65, note C. FRANCK.

Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, Loi de nationalisation, cons. 16.

Cons. const., 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, cons. 8 et 11.

Cons. const., 18 déc. 1997, n° 97-393 DC : Lebon, p. 320.

Cons. const., 16 janv. 2001, n° 2000-439, Loi relative à l'archéologie préventive, cons. 14.

Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC : D. 2006, p. 826, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO.

Cons. const., 29 déc. 2009, n° 2009-599 DC : JO, 31 déc. 2009, p. 22295.

Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC.

Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC : JCP A 2012, 2230, note E. PÉCHILLON.

Cons. const., 11 oct. 2013, n° 2013-346 QPC, Société Shuepbach Energy LLC, cons. 12.

Cons. const., 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC, Épx L. : AJDA 2015, p. 611 ; D. 2015, p. 687, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE.

Cons. const., 17 janv. 2017, n° 2016-605 QPC, Confédération française du commerce de gros et du commerce international, § 8.

Cons. const., 20 avr. 2018, n° 2018-702 QPC, Société Fnac Darty, § 8.

Cons. const., 25 oct. 2018, n° 2018-771 DC, Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, § 13.

Cons. const., 11 oct. 2019, n° 2019-808 QPC, Société Total raffinage France, § 7 et 8

Cons. const., 31 janv. 2020, n° 2019-823, cons. 4.

Cons. const., 5 août 2021, n° 2021-824 DC, Loi relative à la gestion de la crise sanitaire : AJDA 2021, p. 1652, p. 2610, note M. VERPEAUX ; D. 2021, obs., p. 1548 ; AJ fam. 2021, 448, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

Conseil d'État :

CE, 29 juill. 1994 : RTDSS 1995, p. 60, note M. DEBOUIS ; Gaz. Pal. Rec. 1995, 1, pan., p. 72.

CE, 31 juill. 1996, n° 120736 et 121848 : JurisData n° 1996-051377.

CE, 29 déc. 1997, n° 158938.

CE, 24 févr. 1999, n° 192465, Société Pro-Nat : Lebon T. 1999, p. 614 ; RFDA 2000, p. 266, étude A. ROUYÈRE ; RDSS 2000, p. 67, obs. A. LAUDE.

CE, 30 juin 1999, n° 202814, Mme Germain : Lebon ; D. 1999, p. 238, A. LAUDE.

CE, ass., 5 janv. 2000, n° 181899, Consorts Telle : Lebon, p. 5, concl. D. CHAUVAUX ; AJDA 2000, chr., p. 137, note J. MOREAU ; JCP 2000, II 10271, note J. MOREAU ; RFDA 2000, p. 641, concl. D. CHAUVAUX, note P. BON ; RDSS 2000, p. 357, note L. DUBOUIS.

CE, ass., 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X. et autres : AJDA 2004, p. 974, chron., F. DONNAT et D. CASSAS ; RFDA 2004, p. 612, concl. E. PRADA-BORDENAVE ; D. 2004, p. 973, note H. ARBOUSSET et obs. P.-L. FRIER.

CE, 9 mars 2007, n° 267635 : Lebon ; AJDA 2007, 861, concl. T. OLSON.

CE, 25 juill. 2013, n° 354956.

CE, 14 févr. 2014, n° 374699, Union nationale des associations de santé à domicile (inédit) : D. 2014, p. 936, point de vue A. LAUDE ; RDSS 2014, p. 517, obs. V. VIOUJAS.

CE, 8 févr. 2012, n° 352667, n° 352668, Association cercle de réflexion et de proposition d'action sur la psychiatrie : JCP A. 2012, act. 106.

CE, 13 nov. 2013, n° 352667 : JurisData n° 2013-025604.

CE, 28 nov. 2014, n° 366931, Union nationale des associations de santé à domicile.

CE, 28 nov. 2014, n° 374202, Union nationale des associations de santé à domicile.

CE, 28 nov. 2014, n° 374353, Union nationale des associations de santé à domicile.

CE, 6 mars 2019, n° 419442.

CE, 6 mars 2019, n° 415694 : Lebon ; AJDA 2019, p. 964, p. 2200, note A. LEGRAND ; RDSS 2019, p. 562, obs. J. PEIGNÉ.

CE, 28 janv. 2022 : Lebon 2022, n° 457879.

CE, 2 mars 2022, n° 459274 : AJDA, 2022, p. 487.

CE, 2 mars 2022, n° 459589.

CE, 2 mars 2022, n° 459790.

CE, 2 mars 2022, n° 458353.

CE, 22 mars 2022, n° 458237.

Cour de cassation :

Cass., 20 févr. 1863.

Cass., 3 juin 1955 : D. 1956, p. 69, note A. TUNC ; JCP 1955, II 8814, note P. ESMEIN.

Formations exceptionnelles :

Ch. mixte, 30 déc. 1968 : D. 1969, p. 37.

Ch. mixte, 27 févr. 1970 : GAJC, vol. II, 11e éd., n° 181-182 ; JCP G 1970, II 16305, concl. R. LINDON, note J.-M. PARLANGE.

Ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307 : Bull. civ. ch. mixte, n° 3 ; D. 2008, p. 3079, obs. I. GALLMEISTER ; D. 2009, p. 461, note G. VINEY ; D. 2009, p. 972, obs. H. KENFACK ; RTD civ. 2009, p. 129, obs. P. JOURDAIN ; RTD com. 2009, p. 434, obs. B. BOULOC ; JCP G 2009, II 10011, note P. GROSSER et P. STOFFEL-MUNCK ; JCP G 2009, I 123, n° 12 ; Resp. civ. et assur. 2009, comm. 4, note S. HOCQUET-BERG.

Ass. plén., 9 mai 1984 : Bull. civ. ass. plén., n° 2 et 3 ; R., p. 104 ; GAJC, 11e éd., n° 186 ; D. 1984, p. 525, concl. X. CABANNES, note F. CHABAS ; JCP 1984, II 20256, note P. JOURDAIN ; RTD civ. 1984, p. 508, obs. J. HUET.

Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 : Bull. civ. ass. plén., n° 9 ; D. 2006, p. 2825, note G. VINEY ; JCP G 2006, II 10181, avis A. GARIAZZO et note M. BILLIAU ; Resp. et assur. 2006, étude 17, L. BLOCH ; RTD civ 2007, p. 123, obs. P. JOURDAIN ; GAJC, t. I, Dalloz, 12e éd., 2007, n° 177.

Chambres civiles :

Req., 3 janv. 1935 : S. 1938, 1, p. 137.

Req., 28 janv. 1942, Teyssier : D. 1942, Jur., p. 63 ; GPL 1942, jur., p. 177.

Civ., 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ Mercier : GAJC, t. II, 13e éd., 2015, n° 162.

Civ., 27 févr. 1953 : GPL 1953, 2, p. 11.

Civ. 1re, 16 déc. 1912 : Dr. pén. 1917, p. 15.

Civ. 1re, 27 oct. 1962 : Bull. civ. I, n° 307.

Civ. 1re, 4 mai 1980 : Bull. civ. I, n° 77 ; RTD civ. 1980, p. 769, obs. G. DURRY.

Civ. 1re, 16 déc. 1980, n° 79-10.381 : Bull. civ., n° 334 ; D. 1981, p. 514, note J. MOURGEON.

Civ. 1re, 25 janv. 1989 : D. 1989, IR, p. 47.

Civ. 1re, 16 juill. 1991 : Bull. civ. I, n° 249.

Civ. 1re, 30 sept. 1997, n° 95-16.500 : Bull. civ. I, n° 259.

Civ. 1re, 28 oct. 1997, n° 95-17.274 : Bull. civ. I, n° 298 ; JCP G 1998, I 144, obs. G. VINEY ; RTD civ. 1998, p. 123, obs. P. JOURDAIN.

Civ. 1re, 18 nov. 1997, n° 95-20.777.

Civ. 1re, 7 oct. 1998 : JCP G 1998, II 10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS ; D. 1999, Jur., p. 1455, note S. PORCHY-SIMON.

Civ. 1re, 27 mars 2000, n° 99-17.672.

Civ. 1re, 7 nov. 2000, n° 99-18.576 : Bull. civ. I, n° 286 ; JCP 2001, II 10506, note X. VUITTON.

Civ. 1re, 9 oct. 2001 : Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001, Jur., p. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENON ; JCP G 2002, II 10045, note O. CACHARD ; LPA 6 déc. 2001, n° 243, note C. CLÉMENT ; LPA 13 mars 2002, n° 52, p. 17, note F. MARMOZ ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. n° 374.

Civ. 1re, 22 mai 2002, n° 00-19.817 : Bull. civ. I, n° 142.

Civ. 1re, 23 sept. 2003, n° 01-13.064.

Civ. 1re, 20 nov. 2003, SEITA c/ Gourlain : D. 2003, p. 2902, concl. R. KESSOUS, note L. GRYNBAUM ; D. 2004, p. 653, chron. A. BUGADA ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2004, p. 103, obs. P. JOURDAIN.

Civ. 1re, 9 mars 2004 : Bull. civ. I, n° 79.

Civ. 1re, 26 oct. 2004, n° 02-20.747.

Civ. 1re, 24 janv. 2006, n° 02-16.648 : Bull. civ. I, n° 35 ; JCP G 2006, II 10082, note L. GRYNBAUM ; RTD civ. 2006, p. 323 et 325, obs. P. JOURDAIN.

Civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-16.179, n° 04-16.180 : Bull. civ. I, n° 143 ; RDC 2006, p. 844, obs. J.-S. BORGHETTI.

Civ. 1re, 3 mai 2006, n° 05-10.411 : Bull. civ. I, n° 214 ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. n° 243 ; D. 2006, p. 1403, obs. I. GALLMEISTER ; RD sanit. soc. 2006, p. 745, obs. P. HENNION-JACQUET ; GPL 9 déc. 2006, p. 39, G2579, note M. BACACHE ; RTD civ. 2006, p. 562, obs. P. JOURDAIN.

Civ. 1re, 27 févr. 2007, n° 06-10.063.

Civ. 1re, 8 nov. 2007, n° 06-15.873 : D. 2008, p. 50, note J. REVEL ; D. 2008, p. 804, chron. L. NEYRET, p. 2894, obs. P. BRUN et P. JOURDAIN ; RTD civ. 2008, 107, obs. P. JOURDAIN ; RCA 2007, comm. 361, obs. C. RADÉ

Civ. 1re, 28 nov. 2007 : JCP G 2008, I 125, n° 7, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

Civ. 1re, 17 janv. 2008, n° 06-20.107 : D. 2008, p. 1256, note A. DUMÉRY.

Civ., 1re, 30 avr. 2009 : JCP G 2009, IV 1895.

Civ. 1re, 9 juill. 2009, n° 08-11.073.

Civ. 1re, 28 janv. 2010, n° 09-10.992, n° 20 ; GADS 2010, n° 1-2 ; D. 2010, p. 1522, note P. SARGOS ; RDSS 2010, p. 375, obs. F. ARHAB-GIRARDIN ; JCP 2010, n° 41, chron. 1015, n° 6, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

Civ. 1re, 17 juin 2010 : D. 2010, p. 1625, obs. J. GALLMEISTER ; D. 2011, p. 283, note C. BONNIN ; JCP 2010, 870, note G. GOUT ; RTD civ. 2010, p. 567, obs. P. JOURDAIN.

Civ. 1re, 25 nov. 2010, n° 09-16.556.

Civ. 1re, 26 sept. 2012, n° 11-17.738.

Civ. 1re, 2 juill. 2014, n° 13-17.599, Dalloz actualité, 29 juill. 2014, obs. A. CAYOL ; D. 2014, p. 1919, note C. BOISMAIN ; D. 2015, p. 124, obs. P. BRUN ; RTD civ. 2014, p. 893, obs. P. JOURDAIN ; JCP G 2014, 1034, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; RDC 2015, p. 24, obs. G. VINEY.

Civ. 1e, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 : Lexbase Hebdo droit privé, 19 mars 2015, n° 605, obs. C. RADÉ ; Resp. civ. et assur. 2015, comm., n° 134, n° 3, obs. S. HOCQUET-BERG ; GPL 19 mars 2015, n° 78, p. 10, J. GUIGUE ; JCP G 2015, 436, note J. HOUSSIER ; GPL avr. 2015, p. 18, n° 105 à 106.

Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 13-27.391.

Civ. 1re, 8 juill. 2015, n° 14-21.150.

Civ. 1re, 3 nov. 2016, n° 15-25.348 : D. 2016, p. 2285.

Civ. 1re, 18 oct. 2017 (deux arrêts), n° 14-18.118 et n° 15-20.791.

Civ. 1re, 20 déc. 2017, n° 16-11.267.

Civ. 1re, 10 avr. 2019, n° 18-13.612.

Civ. 1re, 11 juill. 2019, n° 19-14.672 : JurisData n° 2019-012156.

Civ. 1re, 29 août 2019, n° 18-19.700.

Civ. 1re, 5 déc. 2019, n° 19-22.930 : JurisData n° 2019-021727.

Civ. 1re, 2 juin 2021, n° 19-19.349, FS–P.

Civ. 1re, 25 mai 2023, n° 22-12.108.

Civ. 2e, 26 nov. 1953.

Civ. 2e, 28 oct. 1954 : JCP 1955, II 8765, note R. SAVATIER.

Civ. 2e, 10 janv. 1962 : Bull. civ. II, n° 47.

Civ. 2e, 1er avr. 1963 : D. 1963, p. 403, p. 453, note H. MOLINIER ; JCP 1963, II 13408, note P. ESMEIN ; JCP 1963, II 13199 ; GPL 1963, 1, p. 50.

Civ. 2e, 24 janv. 1964 : GPL 1964, 1, p. 384.

Civ. 2e, 5 avr. 1965 : D. 1965, p. 737, note P. AZARD.

Civ. 2e, 13 janv. 1966 : GPL 1966, 1, p. 375 ; RTD civ. 1966, p. 806, obs. G. DURRY.

Civ. 2e, 19 juill. 1966 : D. 1966, Jur., p. 598, note M. LEROY ; JCP G 1966, II 14902, note R. MEURISSE ; RTD civ. 1967, p. 154, obs. G. DURRY.

Civ. 2e, 8 avr. 1970 : Bull. civ. II, n° 111 ; RDT civ. 1971, p. 660, obs. G DURRY.

Civ. 2e, 16 déc. 1970 : Bull. civ. II, n° 348.

Civ. 2e, 23 nov. 1972 : GPL 1973, 1, p. 417, note P.-J. DOLL.

Civ. 2e, 13 janv. 1982, n° 80-15.897 : Bull. civ. II, n° 9, JCP G 1983, II, n° 20025, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE.

Civ. 2e, 4 févr. 1982 : JCP 1982, II 19894, note J.-F. BARBIÉRI.

Civ. 2e, 25 mars 1991 : RCA 1991, n° 283.

Civ., 2e, 7 févr. 1992 : Bull. civ. I, n° 21 ; RTD civ. 1990, p. 487, obs. P. JOURDAIN

Civ. 2e, 8 mars 1995, n° 91-14.895 : D. 1998, p. 43 note J. MOULY ; JCP 1995, II 22499, note J. GARDACH ; RTD civ. 1995, p. 904, obs. P. JOURDAIN.

Civ. 2e, 8 mars 1995, n° 91-14.896.

Civ. 2e, 13 janv. 1996 : GPL 1996, p. 375.

Civ. 2e, 28 févr. 1996, n° 94-13.084 : GPL 1997, p. 86, note P. JACQUES.

Civ. 2e, 19 mars 1997, n° 93-10.914 : Bull. civ. II, n° 86 ; D. 1997, p. 106 ; RTD civ. 1997, p. 632, obs. J. HAUSER, et p. 675, obs. P. JOURDAIN ; JCP G 1997, I 4070, v. spéc. n° 30, note G. VINEY.

Civ. 2e, 2 avr. 1997, n° 95-14.687 P : D. 1997, p. 411, note B. EDELMAN ; D. 1998, Chron., p. 183, J.-P. GRIDEL ; JCP 1998, II 10010, note J. BIGOT.

Civ. 2e, 15 avr. 1999 : D. 1999, p. 138 ; RTD civ. 1999, p. 633, obs. P. JOURDAIN ; Resp. civ. et assur. 1999, comm. n° 221.

Civ. 2e, 9 juill. 1997, n° 95-20.799 : RCA 1997, n° 327.

Civ. 2e, 24 févr. 2000 : Resp. civ. et assur. 2000, comm. n° 144.

Civ. 2e, 4 juill. 2002, n° 00-20.686 : D. 2003, p. 2718 ; D. 2003, p. 519, note E. CORDELIER.

Civ. 2e, 27 mars 2003 : Bull. civ. II, n° 76 ; JCP G 2003, IV 1935.

Civ. 2e, 19 juin 2003, n° 00-22.302, Consorts Lallemand c/ Decrept et a., n° 930 : Bull. civ. II, n° 203 ; Rapp. C. cass. 2003, p. 460 ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; JCP G 2004, I 101, n° 9, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; D. 2003, Jur., p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; D. 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; RGDA 2003, p. 506, obs. J. LANDEL ; Resp. civ. et assur. 2004, chron. n° 2, M.-A. AGARD.

Civ. 2e, 19 juin 2003, n° 01-13.289, Dibaoui c/ Flamand et a., n° 931 : Bull. civ. II, n° 203.

Civ. 2e, 5 févr. 2004 : D. 2004, p. 2520, note S. BEAUGENDRE.

Civ. 2e, 25 mai 2004 : Bull. civ. II, n° 237 ; D. 2004, Actu., p. 2008 ; RJS 8-9/2004, n° 96.

Civ. 2e, 24 févr. 2005, n° 04-10.362 : JCP G 2005, II 10100, note F.-G. TRÉBULLE.

Civ. 2e, 2 juin 2005, n° 03-20.011 : Bull. civ. II, n° 146 ; JCP G 2006, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

Civ. 2e, 13 juill. 2006, n° 04-19.380 : Resp. civ. et assur. 2006, comm. 361, note S. HOCQUET-BERG ; RTD civ. 2007, p. 128, obs. P. JOURDAIN.

Civ. 2e, 5 oct. 2006, n° 05-18.494.

Civ. 2e, 8 nov. 2007, n° 06-19.655.

Civ. 2e, 15 mai 2008, n° 07-13.483.

Civ. 2e, 11 sept. 2008 : D. 2008, AJ, p. 2348 ; JCP G 2008, IV 2593.

Civ. 2e, 2 oct. 2008, n° 07-15.968.

Civ. 2e, 22 janv. 2009, n° 07-20.878 : Bull. civ. II, n° 26 ; GPL 26 mars 2009, n° 85, p. 10 et s., note S. SALEH et J. SPINELLI.

Civ. 2e, 9 avr. 2009, n° 08-15.977 : Resp. civ. et assur. 2009, comm. n° 163 et 164.

Civ. 2e, 8 oct. 2009, n° 08-18.492.

Civ. 2e, 10 nov. 2009, n° 08-16.920 : Resp. civ. et assur. 2010, étude 3, note N. MARTIAL-BRAZ.

Civ. 2e, 15 avr. 2010, n° 08-21.721, inédit.

Civ. 2e, 4 nov. 2010, n° 09-65.947.

Civ. 2e, 24 nov. 2011, JCP G 2012, 143, n° 3, obs P. STOFFEL-MUNCK.

Civ. 2e, 25 oct. 2012, n° 11-25.511 : GPL 10 nov. 2012, p. 33, note F. BIBAL ; D. 2013, p. 415, note A. GUEGAN-LECUYER ; Resp. civ. et assur. 2013, comm., n° 3 ; D. 2013, p. 2658, obs. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER et S. PORCHY-SIMON ; D. 2013, Pan. « Dommage corporel », p. 2669, obs. A. GUÉGAN-LÉCUYER ; JCP G 2013, 484, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

Civ. 2e, 22 nov. 2012 : GPL 15 et 16 févr. 2013, p. 35, note A. COVIAUX.

Civ. 2e, 13 déc. 2012, n° 11-30.078 : GPL 15 et 16 févr. 2013, p. 35, note A. RENELIER.

Civ. 2e, 28 mars 2013, n° 12-15.373 : GPL 22 juin 2013, p. 34, note A. COVIAUX ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. n° 166 ; D. 2013, p. 2658.

Civ. 2e, 20 nov. 2014, n° 13-23.759 D.

Civ. 2e, 26 mars 2015, n° 14-16.011.

Civ. 2e, 6 juill. 2017, n° 16-20.119 : Bull. civ. II, n° 163 ; RDSS 2017, p. 961, obs. T. TAURAN.

Civ. 2e, 28 mars 2019, n° 18-14.125.

Civ. 2e, 28 mars 2019, n° 18-15.855.

Civ. 2e, 28 mars 2019, n° 18-15.168.

Civ. 2e, 8 oct. 2020, n° 18-26.677 : RDT 2021, p. 67, obs. L. DE MONTVALON ; RDSS 2020, p. 1217, obs. T. TAURAN ; JCP S 2020, n° 45, n° 3070, comm. D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; JCP S 2020, n° 45, n° 3071, comm. M. KEIM-BAGOT.

Civ. 3e, 1er oct. 1975.

Civ. 3e, 17 janv. 1978, n° 76-12.896 : Bull. civ. III, n° 41 ; D. 1978, IR, p. 322, obs. C. LARROUMET ; RTD civ. 1978, p. 655, obs. G. DURRY.

Civ. 3e, 7 nov. 1990, n° 88-18.601 : D. 1991, p. 308, obs. A. ROBERT ; RDI 1991, p. 303, étude M. GIANNOTTI ; RTD civ. 1991, p. 562, obs. F. ZENATI.

Civ. 3e, 12 juin 2003 : D. 2004, p. 523, note S. BEAUGENDRE.

Civ. 3e, 3 mars 2010, n° 08-19.108.

Civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-17.645.

Civ. 3e, 5 févr. 2013, n° 12-12.124 : D. 2013, p. 2658, obs. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER et S. PORCHY-SIMON ; AJDI 2013, p. 358 ; Resp. civ. et assur. 2013, comm. n° 135, note S. HOCQUET-BERG.

Civ. 3e, 10 juill. 2013, n° 12-13.851 : D. 2013, p. 2658, obs. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER et S. PORCHY-SIMON ; RDI 2013, p. 470, obs. B. BOUBLI ; RDC 2014, p. 27, obs. O. DESHAYES.

Civ. 3e, 30 mars 2017, n° 16.2258.

Chambre commerciale :

Com., 24 avr. 1990, nos 88-17.218 et 88-18.004 : JCP N 1992, II 254, note M. JEANTIN.

Com., 3 et 4 nov. 1992 : JCP 1993, II 21993, obs. D. VIDAL.

Com., 13 févr. 1996, n° 93-21.298 : PIBD 1996, III, 279.

Com., 19 oct. 1999, n° 97-12.554 : Bull. civ. IV, n° 174 ; D. 2000, AJ, p. 34, obs. B. P.

Com., 24 sept. 2002, n° 99-19.362 : PIBD 2003, III, 104.

Com., 10 sept. 2013, n° 12-19.356.

Com., 12 mai 2015, n° 14-13.865.

Com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614

Chambre criminelle :

Crim., 3 juill. 1969 : JCP 1970, II 16447, obs. R. SAVATIER ; RTD civ. 1969, p. 782, obs. G. DURRY.

Crim., 30 oct. 1974 : D. 1975, p. 578, p. 178, note R. SAVATIER, Jur., p. 375 ; JCP 1975, II 18038, obs. L. MOURGEON ; RTD civ. 1975, p. 713, obs. G. DURRY.

Crim., 11 mars 1975 : GPL 1975, 2, p. 507 ; RSC 1976, p. 423, obs. G. LEVASSEUR.

Crim., 8 janv. 1979, n° 76-91.791 : Bull. crim., n° 11.

Crim., 31 mars 1987 : D. 1987, IR, p. 113.

Crim., 14 févr. 1989, n° 88-80.439 : Bull. crim., n° 75.

Crim., 7 mars 1991 : Resp. civ. et assur. 1991, comm. n° 235.

Crim., 13 févr. 1992, n° 88-87.154 : GPL 1992, 2, Somm., 373.

Crim., 17 mai 1994, n° 93-84.458 : Dr. pén. 1994, Comm., p. 229.

Crim., 11 juill. 1994 : Bull. crim., n° 269 ; JCPG 1995, II 22441, note F. EUDIER

Crim., 20 mars 1996 : D. 1996, IR, p. 154.

Crim., 25 juin 1996 : Bull. crim., n° 274 ; Dr. pén. 1996, n° 265, obs. M. VÉRON.

Crim., 12 mars 1997 : Bull. crim., n° 102.

Crim., 11 mars 1998 : Bull. crim., n° 99 ; JCP G 1999, II 10064, note K. HOYEZ.

Crim., 4 août 1998, n° 97-85.021 : Bull. crim., n° 223 ; D. 1999, Somm., p. 183, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES.

Crim., 16 févr. 1999 : Bull. crim., n° 24 ; D. 2000, p. 9, note A. CERF, Somm., p. 34, obs. Y. MAYAUD ; RSC 1999, p. 837, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE.

Crim., 23 juin 1999 : Bull. crim. n° 154 ; Dr. pén. 2000, n° 4, obs. M. VÉRON.

Crim., 19 avr. 2000 : Bull. crim., n° 161.

Crim., 6 juin 2000 : Bull. crim. n° 213 ; Dr. pén. 2000, n° 124, obs. M. VÉRON.

Crim., 4 oct. 2005 : Bull. crim. n° 250 ; Dr. pén. 2006, n° 10, obs. M. VÉRON

Crim., 12 oct. 2005 : Bull. crim. 2005, n° 259 ; D. 2006, p. 2446, note J.-Y. MARÉCHAL ; JCP G 2006, II 10022, note J. LEBLOIS-HAPPE ; Dr. pén. 2006, n° 6.

Crim., 22 nov. 2005, n° 04-87.451 : Bull. crim. n° 307 ; Dr. soc. 2006, p. 693, obs. F. DUQUESNE.

Crim., 16 oct. 2007 : Bull. crim., n° 247.

Crim., 30 oct. 2007, n° 06-89.365 : Dr. pén. 2008, n° 65, obs. J.-H. ROBERT.

Crim., 18 mars 2008, n° 07-83.067 : Bull. crim., n° 67 ; JCP G 2008, II 10127, note P. MISTRETTA.

Crim., 6 oct. 2009 : Dr. pén. 2010, n° 15, obs. M. VÉRON.

Crim., 29 juin 2010 : Bull. crim., n° 120.

Crim., 5 oct. 2010, n° 09-86.209.

Crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : Resp. civ. et assur., déc. 2012, comm. n° 339.

Crim., 23 oct. 2012, n° 11-83.770 : Resp. civ. et assur., janv. 2013, comm. n° 2.

Crim., 22 sept. 2015 : Bull. crim., n° 205 ; JCP G 2015, 1284, note H. MATSOPOULOU ; RSC 2016, p. 854, obs. Y. MAYAUD.

Crim., 16 déc. 2015 : Bull. crim. n° 310 ; Dr. pén. 2016, n° 43, obs. P. CONTE.

Crim., 12 janv. 2016: Bull. crim., n° 5 ; RSC 2016, p. 72, obs. Y. MAYAUD.

Crim., 27 sept. 2016, n° 15-83.309.

Crim., 16 nov. 2016 : Bull. crim. n° 299 ; GPL 24 janv. 2017, p. 47, obs. E. DREYER ; AJ pénal 2017, p. 83, obs. J.-P. CÉRÉ.

Crim., 19 avr. 2017 : Bull. crim. n° 107 ; JCP G 2017, 610, note F. ROUSSEAU ; AJ pénal 2017, p. 340, note V. COHEN-DONSIMONI ; RSC 2017, p. 285, obs. Y. MAYAUD.

Crim., 2 mai 2018 : Dr. pén. 2018, n° 120, obs. P. CONTE.

Crim., 20 juin 2018 : Bull. crim., n° 122 ; Dr. pén. 2018, n° 192, obs. P. CONTE ; GPL 6 nov. 2018, p. 51, obs. E. DREYER ; AJ pénal 2018, p. 524, obs. E. GALLARDO.

Crim., 25 juin 2019, n° 18-82.655.

Chambre sociale :

Soc., 27 juin 2001, n° 99-42.216 : Dr. soc. 2001, p. 885, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.

Soc., 23 mars 2005, n° 03-42.404.

Soc., 5 mars 2008, Snecma : Dr. soc. 2008, p. 605, obs. P. CHAUMETTE.

Soc., 28 oct. 2009, n° 08-43.376.

Soc., 12 janv. 2011, n° 08-45.280.

Soc., 11 juill. 2012, n° 10-27.888 : Bull. civ. V, n° 221.

Soc., 13 sept. 2012, n° 11-25.642.

Soc., 22 oct. 2015, n° 14-11.291.

Soc., 13 avr. 2016, n° 14-28.293 : D. 2016, p. 900, Chron., p. 1588, N. SABOTIER, p. 2484, obs. S. ROBINNE ; D. 2017, p. 840, obs. J. PORTA ; Dr. soc. 2016, p. 650, étude S. TOURNAUX.

Soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578 : D. 2016, p. 1205, 2484, obs. S. ROBINNE, et D. 2017, p. 840, obs. J. PORTA ; Dr. soc. 2016, p. 650, étude S. TOURNAUX, et p. 773, obs. J. MOULY ; RDT 2016, p. 557, obs. L. BENTO de CARVALHO.

Soc., 17 mai 2016, n° 14-21.872 : D. 2017, p. 840, obs. J. PORTA.

Juges du fond :

Cours administratives d'appel :

CAA Paris, 9 juin 1998.

CAA Nantes, 6 mars 2008, n° 07NT00827.

CAA Nancy, 13 juin 2013, n° 12NC01478 : JCP A 16 déc. 2013, n° 2464, note V. VIOUJAS.

CAA Marseille, 29 janv. 2015, n° 13MA02307.

Cours d'appel :

CA Colmar, 2 mai 1855, Doer.

CA Chambéry, 22 déc. 1947 : D. 1948, p. 172.

CA Angers, 19 janv. 1955 : JCP 1958, II 8531.

CA Colmar, 6 déc. 1957 : D. 1958, p. 357, note P. BOUZAT.

CA Montpellier, 9 déc. 1965 : D. 1967, p. 477, note P. AZARD.

CA Paris, 11 mai 1968 : GPL 1968, 2, p. 118.

CA Lyon, 6 juin 1975 : D. S. 1976, Jur., p. 415, v. spéc. p. 416, a, note R. SAVATIER ; D. 1975, p. 415, note R. SAVATIER ; JCP 1976, II 18322, obs. L. MOURGEON.

CA Paris, 23 nov. 1983 : PIBD 1984, III, 39.

CA Rennes, 18 févr. 1993 : JCPG 1994, II 22210, note J.-Y. CHEVALLIER.

CA Paris, 9 nov. 1995 : Dr. pén. 1996, n° 57, obs. M. VÉRON.

CA Aix-en-Provence, 22 nov. 1995 : D. 1996, p. 405, note J. BORRICAND.

CA Paris, 17 déc. 1996 : Dr. pén. 1997, n° 46, obs. M. VÉRON.

CA Paris, 27 févr. 1997 : JCP E 1997, II 982, note A. VIANDIER.

CA Bordeaux, 15 mai 1997 : JCP G 1998, IV 1647.

CA Grenoble, 19 févr. 1999 : D. 1999, p. 480, note M. REDON ; JCP G 1999, II 10171, note P. LE BAS.

CA Toulouse, 8 mars 1999, n° 2132.118 : GPL 2000, 1960, note P. VILLENEUVE.

CA Grenoble, 7 juill. 1999 : JurisData n° 1999-044838.

CA Paris, 25 févr. 2000 : JCP G 2000, IV 2861.

CA Pau, 19 mars 2002, n° 2002/00234.

CA Douai, 4e ch. corr., 17 oct. 2002, n° 02/01603.

CA Rouen, 25 mars 2004 : JCP G 2005, IV 1428.

CA Douai, 9e ch. corr., 15 févr. 2006, n° 05/01616 : JCP G 2006, IV 2874.

CA Versailles, 4 févr. 2009, n° 08/08775.

CA Versailles, 3e ch., 30 avr. 2004, n° 02/05924, UCB Pharma c/ Ingrid Criou.

CA Versailles, 3e ch., 30 avr. 2004, n° 02/05925, UCB Pharma c/ Nathalie Bobet.

CA Versailles, 4 févr. 2009, n° 08/08775.

CA Paris, 1er mars 2010.

CA Paris, 30 sept. 2011, n° 08/24267.

CA Douai, 24 nov. 2011.

CA Douai, 7 mars 2013 : GPL 7 nov. 2013, n° 310-311, p. 10, note Y. BENHAMOU.

CA Aix-en-Provence, 19e ch. corr., 8 févr. 2017, n° 16/03433.

Tribunaux :

Trib. civ. Lille, 18 mars 1947 : D. 1947, Jur., p. 507, note J. CARBONNIER.

TGI Laval, 13 févr. 1967 : D. 1968, Jur., p. 39, note M. LE ROY.

TGI Paris, 13 mai 1981 : JCP G 1982, 19887, obs. F. CHABAS.

TA Rennes, 8 févr. 2007, n° 031472.

Jurisprudences étrangères :

J. de P. Namur, 14 oct. 1977 : Rev. Rég. Dr. 1978. 495, note M. COIPEL.

J. de P. Namur, 28 oct. 1977 : Rev. Rég. Dr. 1978. 415, note M. COIPEL.

Liège, 13 févr. 1980 : J. L. 1981. 109, note P. HENRI.

Civ. Namur, 18 févr. 1983 : Rev. Rég. Dr. 1983. 329.

Mons, 28 mai 1984 : Pas. 1984. II. 133.

Liège, 8 févr. 1985 : RGAR 1987, n° 11284.

Allemagne, 15 mars 1994, NJW 1994, 1592, aff. Bundesgerichtshof.

VIII. TEXTES EUROPÉENS, INTERNATIONAUX ET ÉTRANGERS

Chartes et conventions :

Charte de l'environnement, art. 5.

ConvEDH, art. 8, art. 9, art. 14

Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, art. 74, art. 77.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 8, § 2.

Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe, dite Convention d'Oviedo, 4 avr. 1997, art. 5, art. 6.

Loi uniforme sur la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels (Convention de La Haye) du 1er juillet 1964, art. 82.

Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme de l'UNESCO, 19 oct. 2005, art. 6.

Sommet de la Terre de Rio sur l'environnement et le développement de 1992.

TFUE, art. 191.

Principes européens du droit des contrats, art. 9.505, al. 1er.

Directives européennes :

Dir. CE, n° 92/29, 31 mars 1992, concernant les prescriptions médicales de sécurité et de santé pour promouvoir une meilleure assistance médicale à bord des navires.

Dir. CE, n° 2004/35/CE, 21 avril 2004.

Codes, constitution et lois étrangers :

Code civil algérien, art. 182.

Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*), § 249, § 252 et § 254.

Code civil belge, v. art. 1149.

Code civil égyptien, art. 221.

Code civil espagnol, art. 1106.

Code civil grec, art. 298, art. 381.

Code civil italien, art. 1223, art. 1227.

Code civil libyen, art. 224.

Code civil louisianais, art. 2002.

Code civil luxembourgeois, art. 1149.

Code civil néerlandais, art. 6 : 96, art. 6 : 101.

Code civil portugais, art. 564 (1).

Code civil québécois, art. 1479.

Code suisse des obligations, art. 44, art. 99, al. 3.

Code syrien, art. 222.

Uniform Commercial Code, Art. 2-708, 2-712, 2-713 et 2-715

Constitution du Cap Vert du 25 septembre 1992, art. 71.

L. n° 412/1974, *Vahingonkorvauslaki, skadeståndslagen*, loi finlandaise sur la responsabilité civile.

Loi chinoise sur les contrats économiques du 13 décembre 1981, art. 34.

INDEX ANALYTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

-A-

Absence de motifs légitimes : 517 et s.

Abus de droit

- Exercice abusif du droit à réparation : 523 et s.
- Exercice abusif du droit d'ester en justice : 534 et s.
- Exercice abusif du droit de refuser un acte médical : 511 et s.
- Mise en œuvre : 508 et s.
- Notion : 493 et s.
- Sanction : 536 et s.

Acceptations des risques : 544 et s.

Admission (en soins psychiatriques)

- Pour péril imminent : 105, 109 et s.
- Sur décision de représentant de l'État : 112 et s.
- Sur demande d'un tiers : 103, 111, 113, 119.

Aléa thérapeutique : 301, 568.

Assurances (développement) : 312 et s., 366, 451, 462, 863.

Assuré social : 2, 35, 36, 45 et s.

Autonomie : 1, 3, 4, 10.

Autonomisation : 4, 8, 9.

-C-

Causalité

- Appréciation du lien de causalité : 164, 232, 339 et s., 382, 392, 411 et s.
- Théories : 413 et s.

Causalité adéquate : 341, 351, 383, 412, 413, 481, 864.

Cause exclusive du dommage : 222 et s.

Cause partielle du dommage : 227 et s.

Conflits de droits subjectifs : 689 et s.

Consentement (faits justificatifs) : 563 et s.

-D-

Démocratie sanitaire : 2.

Devoir moral (de prendre soin de sa santé) : 12.

Dispositifs médicaux : 66, 67, 78.

Dommage direct : 191, 478 et s.

Dommage prévisible : 215, 475 et s.

Données personnelles (protection) : 65, 73, 85, 161.

Droit à la protection de la santé : 6, 7, 821.

Droit à la vie privée : 73, 82, 85, 155, 156, 163, 776.

Droit au respect de la dignité humaine : 5, 82, 86, 163.

Droit de consentir (contenu et notion) : 10, 11.

-E-

Éducation thérapeutique : 51, 52, 53, 54.

Équivalence des conditions : 341, 351, 412, 413, 414, 481, 709, 710, 713, 864.

Exonération : 218, 221, 227, 229, 232, 234, 284, 286, 330, 340, 341, 355, 398, 400, 401, 402, 408, 452, 461, 583, 585.

Exposition d'autrui à un risque grave : 779 et s.

-F-

Faits justificatifs : 544 et s.

Faute civile

- Faute caractérisée : 444 et s.
- Faute du salarié : 447, 448.
- Faute inexcusable : 449 et s.
- Faute simple : 423 et s.
- Faute sportive : 446.

Fonction indemnitaire de la responsabilité civile : 681 et s.

Fonction préventive de la responsabilité civile : 603 et s.

-H-

Hospitalisation complète : 105, 107, 109, 113, 114, 124, 125, 126.

-I-

Individualisme : 2.

Information

- Accès à l'information : 4, 8.
- Droit à l'information : 8, 27.

Ingérence (dans l'exercice du droit de consentir) : 33, 94, 100, 101, 118, 119, 128, 155, 775.

Injonction de soins : 128, 129, 131,

Injonction thérapeutique : 128, 129, 130.

Intégrité physique : 155, 566, 694, 738, 783.

Intentionnalité (en droit pénal) : 749, 764, 788.

Inviolabilité du corps humain : 86, 178, 206, 207, 214, 217, 218, 251, 254, 258, 271, 272, 274, 276, 277, 278, 279, 280, 289, 295, 297, 298, 301, 310, 316, 322, 355, 387, 429, 452, 514, 515, 594, 694, 820, 860.

-L-

Licenciement : 139 et s.

Loyauté : 336, 365, 576.

-M-

Maîtrise des dépenses : 35 et s.

Mauvais exercice de l'autorité parentale : 754 et s.

Moralisation (du droit) : 361 et s.

-O-

Obligation de ne pas aggraver son dommage

- Notion : 179 et s.
- Promotion de l'aggravation du dommage : 370 et s.
- Réception en droit français : 185 et s.

Observance (notion) : 37.

-P-

Période d'observation : 113.

Précaution (principe de) : 607 et s.

Prédispositions de la victime : 417 et s., 799.

Préjudice

- Préjudice corporel : 701 et s.
- Préjudice d'affection : 704, 718.
- Préjudices distincts : 346, 395, 405, 406, 470, 471, 478, 487, 864, 867.
- Préjudice économique : 704.
- Préjudice unique : 347, 405, 406, 468, 471.
- Préjudice universitaire : 265.

Présomptions de causalité : 146, 314, 651, 652, 653, 671, 678, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 728, 851, 870.

Prévention

- Contenu du principe : 608 et s., 614 et s.
- Notion : 604, 608 et s.

Principe de solidarité : 38, 46.

Privation d'aliments ou de soins : 736 et s.

Programme de soins : 105, 106, 107, 109, 113, 114, 115, 116, 117, 123, 124, 127, 168.

Programmes d'accompagnement : 50 et s.

-R-

Réparation intégrale (principe de) : 181, 182 et s., 206 et s., 261, 270, 274, 277, 279, 282, 294, 304, 309, 310, 316, 320, 344 et s., 380, 383, 429, 465, 480, 586, 860, 861.

Responsabilisation (définition générale) : 1 et s.

Risque

- Délit d'exposition d'autrui à un risque : 779 et s.
- Responsabilité civile pour risque : 604 et s.

Rupture du contrat de travail : 152, 153, 160, 162, 165, 169.

-S-

Santé (définition) : 5.

Secret médical : 87.

Soins pénalement ordonnés : 128 et s.

Soins psychiatriques sans consentement : 102 et s.

Suspension du contrat de travail : 150, 153, 165, 166, 167, 169.

-T-

Télémédecine : 64, 67, 68, 79, 93, 171.

Télésurveillance : 64, 65, 66, 67, 68.

-V-

Vaccinations obligatoires

- Infantiles : 97 et s., 731 et s.
- Salariés : 139 et s.

Vulnérabilité de l'usager du système de santé : 9.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale……..……1

Titre préliminaire. L'admission de sanctions spécifiques en dehors des mécanismes de responsabilité…….28

Chapitre I. Les sanctions justifiées par l'objectif de maîtrise des dépenses……..…….30
Section I. La nécessité de prévenir les dépenses excessives de santé……..30
§1. L'incidence de l'inobservance sur les coûts de santé……31
§2. La responsabilisation de l'assuré social……36
Section II. Les outils de régulation au service de l'objectif de maîtrise des dépenses : d'une démarche souple à une approche contraignante……41
§1. Les outils d'accompagnement : une démarche souple……41
I. Les programmes d'accompagnement : des outils privilégiés……42
II. Les programmes d'accompagnement : des outils insuffisants…….46
§2. Les outils de contrôle : un processus contraignant……48
I. La télésurveillance : outils de contrôle……..49
II. Les sanctions : outils de régulation……...52
A. L'admission de la sanction par le législateur……52
B. Des précisions apportées par la jurisprudence du Conseil d'État……56
1. Le dispositif mis en place par l'arrêté litigieux……57
2. Les enjeux révélés par l'analyse du Conseil d'État…….60
Conclusion du chapitre I……..71

Chapitre II. Les sanctions justifiées par l'objectif de protection des tiers……...72
Section I. La nécessité de protéger la santé et la sécurité des tiers……..72
Section II. Les sanctions admises par le droit positif……76
§1. Le cas particulier des soins psychiatriques contraints……..77
I. Les soins psychiatriques sans consentement : la place incertaine de la responsabilisation……78
A. Le dispositif…….78

1. Évolution historique des modes d'intervention
de la psychiatrie contrainte……..…78
2. Les modalités d'admission et de prise en charge
en soins psychiatriques sans consentement……..…84
a. Les modalités d'admission en soins psychiatriques
sans consentement……..85
i. L'admission sur décision du directeur d'établissement :
l'admission sur demande d'un tiers et en cas de péril imminent…85
ii. L'admission en soins psychiatriques sur décision
du représentant de l'État…….87
b. Les modalités de prise en charge des soins…….87
B. La place de la responsabilisation en matière de soins psychiatriques sans
consentement……...91
1. Les mesures de soins sans consentement et responsabilisation :
une analogie certaine……...91
2. Les mesures de soins sans consentement et responsabilisation :
une analogie limitée……..…93
a. La réalité d'un état de conscience variable d'un patient à l'autre..94
b. La place certaine de la responsabilisation dans le cadre
d'un programme de soins……95
c. La place relative de la responsabilisation dans le cadre
d'une hospitalisation complète……...96
II. Les soins pénalement ordonnés : la place discutable de la
responsabilisation…….99
A. Le dispositif…….99
B. La place de la responsabilisation en matière de soins pénalement
ordonnés…….103
§2. Les sanctions économiques à l'encontre du salarié……106
I. L'admission traditionnelle de la sanction économique par le législateur…108
A. Le dispositif prévu par l'arrêté de 1991……109
B. Le cadre prévu par la législation sur l'obligation vaccinale
contre la covid-19……..115

II. De la légitimité certaine de l'obligation à la légitimité relative de la sanction……..120
A. L'admission traditionnelle d'une atteinte justifiée aux droits et libertés fondamentaux……120
B. La légitimité contrastée de la sanction……..124
Conclusion du chapitre II……..132

Conclusion du titre préliminaire……135

Première partie. La sanction indirecte du refus de se soumettre à un acte médical..137

Titre I. L'absence de sanction indirecte traditionnellement admise……139

Chapitre I. Le rattachement du statut de patient victime au droit commun en matière d'aggravation du dommage……140
Section I. Les contours et enjeux de l'obligation de ne pas aggraver le dommage……141
§1. Origines du concept……141
§2. Réception par la doctrine française…….143
Section II. L'absence de sanction indirecte justifiée par le principe de réparation intégrale…….152
Conclusion du chapitre I……158

Chapitre II. La particularité du statut de patient victime justifiée par l'inviolabilité du corps humain…….159
Section I. Le refus cause exclusive du dommage……...160
Section II. Le refus cause partielle du dommage……163
§1. Le comportement de négligence…….164
§2. Le refus de se soumettre à l'acte médical...…….166
I. Les solutions anciennes : l'absence de sanction relative…….167
II. Les solutions actuelles : l'absence de sanction absolue…….173
A. Le fondement de l'absence de sanction…….174
B. Le cohérence discutable du choix du fondement……180
Conclusion du chapitre II……...184

Conclusion du titre I……..……186

Titre II. L'absence de sanction indirecte controversée…….188

Chapitre I. L'absence de sanction indirecte partiellement fondée……190
Section I. La cohérence d'un système consacrant l'absence de sanction indirecte……191
§1. Sur le fondement…….191
I. Les arguments tirés du statut particulier du patient victime……192
II. Les arguments tirés d'un système niant toute obligation de minimiser son dommage……..195
A. Une solution évitant toute dérive potentielle de la Common Law……195
B. Une solution conforme aux spécificités du droit de la responsabilité civile français…….196
§2. Sur les effets : des solutions conformes à l'esprit de la responsabilité civile…198
Section II. L'incohérence d'un système consacrant l'absence de sanction indirecte…….201
§1. Sur le fondement…….202
I. La nécessaire rationalisation du droit de refuser…….203
II. La nécessaire rationalisation des arguments tirés d'un système niant toute obligation de ne pas aggraver son dommage……..207
A. L'opportunité d'adopter une conception souple de l'idéologie de l'aggravation du dommage…….208
B. La méconnaissance de l'exigence liée à la causalité…….210
C. Le respect relatif du principe de réparation intégrale……213
1. Une approche discutable du principe de réparation intégrale……213
2. Une conception extensive du principe de réparation intégrale en faveur de la victime……215
§2. Sur les conséquences……..217
I. Un déséquilibre significatif au détriment du débiteur……..217
II. L'objectif de moralisation et de responsabilisation menacé……219
A. La méconnaissance de la fonction moralisatrice de la responsabilité civile……..220
B. La promotion de l'aggravation du dommage……222
C. L'objectif de responsabilisation mis en échec……..224

Conclusion du chapitre I……227

Chapitre II. Une sanction indirecte souhaitable……230
Section I. Le refus dans ses rapports avec des mécanismes internes de la responsabilité civile……..231
§1. Le refus dans ses rapports avec la faute de la victime au stade de l'exonération.234
I. Des distinctions nécessaires……234
A. Causer n'est pas aggraver……..234
B. Préjudices distincts et préjudice unique…….237
II. Mise en œuvre de la faute exonératoire……..239
A. Le rôle causal du refus de se soumettre à un acte médical……240
1. L'appréciation du lien causal…….240
2. Prédispositions de la victime…….242
B. Le caractère fautif du refus de se soumettre à un acte médical……245
1. Le refus dans ses rapports avec la faute simple…….245
2. Le refus dans ses rapports avec la faute caractérisée……252
§2. Le refus dans ses rapports avec la théorie de la causalité au stade de l'examen des conditions……...260
I. Préjudices distincts et préjudice unique……...261
II. Appréciation du lien de causalité……263
A. Éviction de la notion de dommage prévisible……264
B. Notion de dommage direct privilégiée……...265
Section II. Le refus dans ses rapports avec des mécanismes voisins de la responsabilité civile……..270
§1. Le refus dans ses rapports avec la théorie de l'abus de droit…….270
I. Les contours de la théorie de l'abus de droit…….271
II. Mise en œuvre de l'abus de droit……275
A. L'exercice abusif du droit de refuser de se soumettre à un acte médical……...276
1. Le détournement du but social.……..277
2. L'inutilité ou le défaut de motif légitime……278
B. L'exercice abusif du droit à réparation intégrale……280
1. Le détournement du but social ou économique…….280

2. L'inutilité ou le défaut de motif légitime……281
C. L'exercice abusif du droit d'ester en justice……...283
D. La sanction de l'abus de droit……284
§2. Le refus dans ses rapports avec les faits justificatifs en responsabilité civile….287
I. L'acceptation des risques…….288
II. Le consentement…….294
Conclusion du chapitre II……...297

Conclusion du titre II……...……..299

Conclusion de la première partie……301

Deuxième partie. La sanction directe du refus de se soumettre à un acte médical…306

Titre I. Le refus fait générateur de responsabilité civile……309

Chapitre I. La fonction préventive de la responsabilité civile……..311
Section I. Enjeux de la responsabilité pour risque en matière de protection de la santé…311
§1. Notions……...311
§2. Champs d'application : la responsabilité pour risque au service de la protection de la santé……315
Section II. Mise en œuvre de la responsabilité pour risque……322
§1. Le comportement illicite à l'origine du risque……322
I. Responsabilité pour faute…….322
II. Responsabilité pour risque créé……..328
§2. Le risque et le lien de causalité……332
I. Le lien de causalité……..332
II. Le risque pour la santé……337
Conclusion du chapitre I……345

Chapitre II. La fonction indemnitaire de la responsabilité civile…….348
Section I. Le fait générateur de responsabilité……349
§1. Le refus dans ses rapports avec la faute……...……349

§2. Le refus dans ses rapports avec les conflits de droits……..351
Section II. Le préjudice et le lien de causalité…….355
§1. Le préjudice……355
§2. Le lien de causalité……..359
I. Une admission théorique……..359
II. Des difficultés pratiques…….361
Conclusion du chapitre II……..366

Conclusion du titre I.……..368

Titre II. Le refus fait générateur de responsabilité pénale…….371

Chapitre I. Les infractions imputables aux parents……..373
Section I. La privation d'aliments ou de soins……374
§1. L'élément matériel……..374
§2. L'élément moral…….379
Section II. Le mauvais exercice de l'autorité parentale…….381
§1. L'élément matériel……..381
§2. L'élément moral…….386
Conclusion du chapitre I……390

Chapitre II. L'exposition d'autrui à un risque grave…….392
Section I. Mise en œuvre……393
§1. Le comportement incriminé……393
§2. Le risque…….397
§3. Le lien de causalité……..400
I. Le caractère certain du lien de causalité……..401
II. Le caractère direct du lien de causalité……401
Section II. L'opportunité d'étendre l'obligation à d'autres actes et pathologies…….405
§1. De quelques pathologies à risque non encadrées……406
§2. La conformité de l'obligation…….410
Conclusion du chapitre II……...416

Conclusion du titre II……...……..417

Conclusion de la partie II……...421

Conclusion générale…….426

Bibliographie……435

Index…….489

Table des matières……493

Titre de la thèse. *La responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical à l'épreuve du concept de responsabilisation. Une contribution à l'étude du droit de consentir à l'acte médical.*

Résumé de thèse. L'étude du concept de responsabilisation en matière de consentement à l'acte médical, dont nous proposons une nouvelle définition, conduit à affirmer que la responsabilisation s'inscrit dans une logique d'incitation à des comportements vertueux au regard d'un standard reconnu. Dans une société centrée sur l'individualisme, la responsabilisation au prisme du droit de consentir s'est essentiellement imposée comme un processus d'émancipation, répondant à un objectif d'autonomisation, mettant à l'abri les droits individuels tels que, notamment, le droit à la protection de la santé et le droit au respect de la dignité humaine. Il reste que le droit de consentir aux actes médicaux n'est pas qu'une affaire individuelle. En effet, le droit de refuser, corolaire du droit de consentir, peut avoir des répercussions sur les tiers et la collectivité dans son ensemble. Or, outre les similitudes terminologiques entre les notions de responsabilité et de responsabilisation, cette vision de l'homme libre et corolairement responsable dont est empreinte l'étude implique une conception normative du droit : l'objectif est de sauvegarder des principes essentiels, sinon fondateurs de notre système juridique, notamment celui de ne pas nuire à autrui. D'où l'intérêt de solliciter les mécanismes de responsabilité qui se présentent comme de puissants instruments de régulation des comportements dommageables. Il sera démontré par quels moyens le concept de responsabilisation, inscrit dans une stratégie *d'incitation* et de *soumission*, contribue à établir un socle commun de principes permettant un passage rationalisé d'une autonomie à une responsabilité, en jouant le garde-fou contre les excès de l'autonomie dans la décision médicale. Inscrite dans une démarche *utilitaire*, l'étude propose de démontrer, dans certaines hypothèses, l'existence *possible* et *nécessaire* d'une responsabilité du fait du refus de se soumettre à un acte médical sans ignorer les principes fondateurs du droit médical qui imposent *a maxima* de réguler le droit de consentir sans le dénaturer. La présente étude est dans ce contexte animée par la volonté de mettre en balance la nécessité de protéger les intérêts individuels et ceux des tiers et de la société qui peuvent être lésés par un exercice *a priori* non vertueux de la liberté individuelle en matière de consentement aux actes médicaux. En tout état de cause, la question de la sanction du refus de se soumettre à un acte médical dans le cadre d'une responsabilité, heurte de front le statut du patient fondé à refuser tout acte médical. L'admission d'une responsabilité, sous-jacente à l'autonomie, n'est alors possible que si elle n'emporte pas de conséquences manifestement excessives et disproportionnées vis-à-vis du droit de consentir. Ce pourquoi la thèse propose d'analyser le droit de consentir dans ses rapports avec les mécanismes classiques de responsabilité civile et pénale permettant de rationaliser l'exercice du droit de consentir lorsqu'il menace les tiers et la collectivité. Cette mise en perspective implique d'envisager le refus de se soumettre à un acte médical d'une part, comme une cause de limitation du droit à réparation, et d'autre part, comme un fait générateur de responsabilité. Cette distinction révèle une forme de sanction indirecte, puis directe du refus de se soumettre à un acte médical préconisé.

Abstract. The study of the concept of empowerment in the context of medical consent, for which we propose a new definition, leads to the assertion that empowerment is part of a logic of encouraging virtuous behaviors in light of a recognized standard. In a society centered on individualism, empowerment through the right to consent has primarily emerged as a process of emancipation, aiming for empowerment and safeguarding individual rights such as, notably, the right to health protection and the right to respect for human dignity. However, the right to consent to medical acts is not merely an individual matter: its exercise can have repercussions on third parties and society as a whole. Beyond the terminological similarities between the notions of responsibility and empowerment, this vision of the free and, as a corollary, fundamentally responsible individual, which is the essence of our study, implies a normative conception of law : the objective is to safeguard essential, if not foundational, principles of our legal system, including the principle of not harming others. This approach entails that we invoke responsibility mechanisms, which present themselves as powerful instruments for regulating harmful behaviors. Through the dual nature of the empowerment concept, the question of consent to medical care is to be transformed from an individual choice to an *altruistic* one. This study aims to demonstrate the means through which the concept of empowerment, embedded in a strategy of encouragement and submission, contributes to establishing a common foundation of principles allowing a rationalized transition from autonomy to responsibility, acting as a safeguard against the excesses of autonomy in medical decision-making. Embedded in a utilitarian approach, the study aims to demonstrate, in certain hypotheses, the possible and necessary existence of liability for refusing to undergo a medical act without ignoring the foundational principles of medical law that impose, at most, regulating the right to consent without denaturing it. In this context, the study is animated by the desire to balance the need to protect individual interests and those of third parties and society that may be harmed by the non-virtuous exercise of individual freedom in medical consent. In any case, the question of sanctioning the refusal to undergo a medical act within the framework of responsibility directly challenges the status of the patient entitled to refuse any medical act. The admission of liability, underlying autonomy, is only possible if it does not entail excessive and disproportionate consequences towards the right to consent. Therefore, the thesis proposes to analyze the right to consent in its relation to classical mechanisms of civil and criminal liability, allowing for the rationalization of the exercise of the right to consent when it threatens third parties and society.