HAL
open science

La prédisposition génétique (analyse juridique)

Astrid Marais

To cite this version:

Astrid Marais. La prédisposition génétique (analyse juridique). Sciences de l'Homme et Société. Université Panthéon-Assas (Paris II), 2000. Français. NNT : . tel-03220033

HAL Id: tel-03220033

https://univ-paris8.hal.science/tel-03220033

Submitted on 10 May 2021

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

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

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)
(Droit - Économie - Sciences sociales)

LA PRÉDISPOSITION GÉNÉTIQUE

Thèse pour obtenir le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ PANTHEON-ASSAS (PARIS II)

présentée et soutenue publiquement le 22 janvier 2000 par

Astrid MARAIS

Prix de Thèse de l'Université Paris II Panthéon-Assas

Directeur de thèse :

Mme Michelle GOBERT, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Membres du jury :

M. François EWALD, Professeur au Conservatoire National des Arts et Métiers.
M. Patrice JOURDAIN, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).
M. Jean-Michel OLIVIER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).
M. Jean PENNEAU, Professeur émérite de l'Université Paris-Sud (Paris IX), Docteur en médecine.

INTRODUCTION

1. Le « voile de l'ignorance »[1] sur les quelques 40 000 à 100 000 gènes de l'espèce humaine sera bientôt déchiré grâce à l'essor de la génomique, cette science qui vise à percer les secrets du génome en étudiant l'ensemble des gènes, leur disposition sur les chromosomes, leur séquence, leur fonction et leur rôle[2].

2. La vision génétique de la maladie, adoptée par la génomique, succède à la vision pasteurienne de la pathologie causée par des « agents extérieurs et agressifs contre lesquels l'organisme se défend »[3]. Est-ce à dire, qu'une fois découverts tous les gènes, l'homme sera ramené à un programme génétique dont il sera prisonnier et qui rendra vain tous ses efforts pour éviter une maladie, perçue alors comme une fatalité génétique ?

3. La mise en évidence de prédispositions génétiques permet de répondre par la négative. Bien souvent, la maladie n'est pas inexorable, elle est un phénotype[4] qui est le résultat d'une interaction entre un facteur génétique et un facteur extérieur. Le caractère contingent de la maladie renvoie à la dialectique de l'inné et de l'acquis pour expliquer que la nature de certaines personnes les rend plus réceptives que d'autres à l'action de l'environnement. Ce que Ihering appelait « une réceptivité personnelle »[5] intéressait, six siècles avant notre ère, Hippocrate, qui

---

[1] Expression empruntée à J. RAWLS, *Théorie de la justice,* Seuil, 1987, p.168 et s.

[2] OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, *Rapport sur Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique,* F. Sérusclat, Assemblée Nationale, n°1871 et Sénat n°20, octobre 1999, p.17.

[3] F. EWALD, *Génétique et assurance*, *RGDA* 1999.539, spéc. p. 540.

[4] J. RUFFIE : *Naissance de la médecine prédictive,* Odile Jacob, 1993, p.60 ; *Naissance de la médecine prédictive, Risques* n°13, 1993, p. 127, spéc., p. 128.

[5] R. von IHERING, *Œuvres choisies,* tome II, trad. O de Meulerie, Paris, Marescq, 1893, n°12, p. 129 et s.

préférait s'y référer en terme de « terrain »[6]. Appréhendé de manière empirique, le terrain interne, lié à la mauvaise répartition des humeurs, tels le sang ou la bile, préfigurait, selon Hippocrate, des affections dont la survenance était provoquée par des agressions extérieures subies par l'individu dans son milieu. La pathologie n'était donc pas inéluctable si la personne « prédisposée » restait en harmonie avec son environnement.

Depuis que les progrès scientifiques ont permis de trouver, dans le gène, un « substratum moléculaire »[7] identifiable à la cause endogène de la maladie, on utilise le terme de prédisposition génétique pour qualifier ce terrain interne de la personne.

4. Aussi, pour être précisée, la notion de prédisposition génétique implique de retracer, au préalable, le cheminement qui a mené les scientifiques à découvrir les premiers gènes de prédisposition et à en comprendre les mécanismes, jusqu'à permettre, à ce jour, l'identification de 25% environ des gènes humains et la mise en évidence de 600 gènes ou séquences d'ADN susceptibles de provoquer les 8000 maladies génétiques[8].

5. C'est en 1865, avec Gregor Mendel, que naquit la génétique. A partir de l'observation des pois lisses et ridés, ce moine tchèque énonça les lois de l'hérédité régissant la transmission des caractères d'une génération à l'autre. La génétique prit son envol après que Thomas Morgan, au début du XXe siècle, découvrit que les caractères héréditaires étaient dus à des unités matérielles (les gènes), localisées dans les 23 paires de chromosomes. Mais ce n'est qu'à partir des années 40 que, grâce à la biologie moléculaire, Oswald Avery, Collin MacLeod et Maclyn McCarty établirent que l'ADN (acide désoxyribonucléique) constituait le support biochimique de l'hérédité[9], dont la structure en double hélice fut révélée par Francis Crick et James Watson en 1953.

6. Structurellement, la molécule d'ADN se présente, en effet, sous la forme de deux chaînes, enroulées l'une autour de l'autre, dont les maillons sont formés d'une

---

[6] J. RUFFIE : *La médecine prédictive : de la notion de « terrain » à l'immunogénétique, Les cahiers du Mouvement Universel de la Responsabilité Scientifique (M.U.R.S.),* n°4, 1985, p. 3, spéc., p.4 ; *Naissance de la médecine prédictive,* Odile Jacob, 1993, p.30.

[7] J.-C. KAPLAN, *La médecine prédictive post-natale,* dans, *Aux frontières de la vie : paroles d'éthique,* Rapport au Premier ministre de N. Lenoir et B. Sturlèse, Doc. Française, Tome II, 1991, p. 171, spéc. p. 172.

[8] CONSEIL D'ETAT, *Les Lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 114.

[9] B. JORDAN, *Génétique & Génome. La fin de l'innocence,* Flammarion 1996, p. 18 et s ; A. BERNOT et O. ALIBERT, *La naissance de la biologie moléculaire,* http:///genoscope.cns.fr/externe/HistoireBM/.

succession d'éléments chimiques appelés nucléotides. Chacun des nucléotides est constitué d'une base azotée (adénine(A), cytosine (C), guanine(G) ou thymine(T)) liée à un sucre (le désoxyribose) et à un acide phosphatique.

7. Fonctionnellement, l'ADN « véhicule toute l'information nécessaire à la genèse et au fonctionnement de l'individu »[10]. Il permet, en effet, de produire des protéines dont les cellules ont besoin pour assurer leur fonction. L'information génétique dépend « de l'ordre dans lequel les quatre bases azotées se succèdent le long de la chaîne »[11]. Celle-ci est donc écrite à l'aide d'un alphabet de 4 lettres, A,C,G,T, dont l'ordonnancement le long de la molécule d'ADN forme ce qu'il est d'usage d'appeler la « séquence » de l'ADN[12]. Mais les 3 milliards de nucléotides ne servent pas tous à délivrer une information génétique : seuls 5% environ d'entre eux « codent » pour des protéines[13], c'est-à-dire qu'ils sont utiles à la synthèse de ces dernières.

8. Puisque le gène est un segment de la molécule d'ADN, constitué d'éléments chimiques dont l'enchaînement détermine un code commandant la synthèse d'une protéine nécessaire au fonctionnement de la cellule[14], une maladie génétique pourra résulter d'une modification soit de l'ordre, soit du nombre des nucléotides liés à un ou plusieurs gènes.

---

[10] L. CADIET, *La notion d'information génétique en droit français*, dans, *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, dir. B.-M. Knoppers, L. Cadiet et C.M. Laberge, Litec, 1992, p. 42, spéc. p. 46.
[11] C. HELENE, *Les structures de l'ADN,* dans, *La recherche sur la génétique et l'hérédité,* Seuil, La Recherche, 1985, p. 43, spéc. p.48.
[12] A. BERNOT, *préc.,* p.9.
[13] F. GROS, *Regard sur la biologie contemporaine,* Gallimard, 1993, p.257 ; CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, *La France face au défi des biotechnologies : quels enjeux pour l'avenir ?* , P. Rouvillois et G. Le Fur, Les éditions des Journaux officiels, juillet 1999, p. II-15. Le passage de l'ADN, aux protéines, constituées d'acides aminés, s'effectue grâce à la transcription de l'ADN en une molécule d'acide ribonucléique (ARN). L'ARN est une copie de l'ADN qui a la particularité de ne traduire que la partie « utile » de l'ADN. Une séquence de trois bases (triplet) consécutives sur l'ARN code pour un acide aminé donné sur la protéine. Il existe 20 acides aminés.
[14] L. CADIET, *préc.*

9. Selon le rôle des gènes dans la survenance la maladie, trois grandes catégories de maladies génétiques sont traditionnellement distinguées : les maladies par aberrations chromosomiques, les maladies monofactorielles et les maladies multifactorielles.

10. Les maladies par aberration chromosomique sont dues à une anomalie du nombre ou de la structure des chromosomes (ex : trisomie 21).

11. Les maladies monofactorielles résultent de la mutation d'un seul gène dont la transmission suit les lois de Mendel. Sur les 23 paires de chromosomes que renferme le noyau d'une cellule, 22 paires, appelées autosomes, sont de morphologie identique dans les deux sexes, et la dernière, représentée par les chromosomes sexuels, est constituée chez la femme de deux chromosomes X et chez l'homme d'un chromosome X et d'un chromosome Y[15]. Puisque les chromosomes vont par paire, le gène existe en deux exemplaires dont chacun, nommé « allèle », peut être différent de l'autre (hétérozygote) ou lui être identique (homozygote). Ainsi, selon que la mutation du gène se localise sur un autosome ou sur un chromosome sexuel et que son effet se réalise en présence d'un seul allèle (effet dominant) ou des deux allèles du gène (effet récessif), il est possible de distinguer quatre modes d'apparition d'une maladie monofactorielle :

- Les maladies autosomiques dominantes s'expriment dès qu'un des deux allèles portés sur un chromosome non sexuel est muté (ex : maladie de Huntington).

- Les maladies autosomiques récessives surviennent si, et seulement si, les deux gènes homologues portent tous deux la mutation. Les sujets hétérozygotes sont porteurs sains d'un gène muté. Un tel gène défectueux ne les rendra jamais malade puisque l'autre chromosome porte le gène normal. Mais, le sujet hétérozygote encourt le risque de transmettre la maladie à ses enfants, s'il s'unit avec un autre hétérozygote, porteur sain du même gène muté. Le risque pour un couple hétérozygote d'avoir un enfant atteint de la maladie est alors de 25%[16] (ex : mucoviscidose).

---

[15] J. FEINGOLD et N. FEINGOLD, *L'hérédité des maladies humaines,* dans, *La recherche sur la génétique et l'hérédité,* Seuil, La Recherche, 1985, p. 159, spéc. p.162.

[16] Parmi les 75% de chances d'avoir un enfant indemne de la pathologie, 50% des enfants seront hétérozygotes (un gène muté) et 25% seront homozygotes (deux gènes non mutés).

- Les maladies liées au chromosome X sont généralement récessives : les femmes ayant deux chromosomes X, elles ne seront pas atteintes de la maladie si un seul allèle des deux chromosomes X a muté[17] . Dans ce cas, elles sont néanmoins conductrices de la maladie qui atteint leur fils ayant hérité du gène défectueux porté sur son unique chromosome X (ex : myopathie de Duchenne).

- Les maladies dominantes liées au sexe sont rarissimes[18] et affectent les femmes et les hommes porteurs du chromosome X défectueux (ex : une forme de rachitisme).

12. A coté des anomalies chromosomiques et des maladies monofactorielles, les maladies multifactorielles apparaissent comme la cause des maladies les plus courantes (maladies cardio-vasculaires, cancers, diabètes, maladies neuro-psychiatriques)[19]. « Ces maladies, une trentaine au totale, concernent des centaines de millions de personnes dans le monde »[20]. Elles sont dues à une prédisposition génétique, souvent plurigénique qui, selon M. J. Dausset, résulte de la malencontreuse présence chez le même individu de plusieurs gènes dont l'interaction, ou plus simplement l'action cumulée, favorise « l'éclosion de la maladie sous l'influence de facteurs environnementaux »[21].

13. Pourtant, la prédisposition génétique à une maladie ne correspond pas toujours à un modèle plurigénique. Elle peut être sous la dépendance d'un seul gène. La mise en évidence de telles prédispositions monogéniques ne manque pas de nuancer la classification tripartite des maladies. En effet, la maladie liée à une prédisposition monogénique n'est pas monofactorielle puisque son apparition est subordonnée, le plus souvent, à l'interaction d'un facteur génétique et de facteurs extérieurs[22]. Elle est donc plurifactorielle sans être plurigénique. C'est

---

[17] Les femmes seront atteintes par cette maladie lorsque les deux allèles ont muté, ce qui est très rare.

[18] J.- L. SERRE et J. FEINGOLD, *Génétique humaine, De la transmission des caractères à l'analyse de l'ADN,* Inserm Nathan, 1995, p. 46.

[19] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »*, n°46, Rapport scientifique, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p. 38 et s.

[20] D. COHEN, *Le Monde,* 23 novembre 1999, p. 16.

[21] J. DAUSSET : *Des questions pour le présent et le futur*, dans, *Le génome humain, une responsabilité scientifique et sociale*, dir. M.-J. Mélançon et R.-D. Lambert, Presses de l'Université de Laval, 1992, p.37, spéc. p.43 ; *Qu'est-ce que la médecine prédictive*, *Les cahiers du M.U.R.S.*, n°4, 1985, p. 11, spéc., p.20 ; *Le diagnostic de susceptibilité*, dans, *Actes du colloque Génétique, procréation et droit*, Actes sud, 1985, p.413.

[22] J. FEINGOLD, *Génétique des maladies communes, Méd. de l'Homme,* n°208, 1993, p. 28.

essentiellement dans le domaine du cancer[23] que les prédispositions monogéniques ont été découvertes[24].

14. Pour détecter les prédispositions plurigéniques ou monogéniques, les chercheurs procèdent soit à une analyse de l'expression phénotypique des gènes, soit à une analyse génomique[25].

15. Au début du XXe siècle, l'analyse de l'expression phénotypique des gènes visait à faire apparaître les corrélations entre les groupes sanguins et les maladies. Elle démontra que le groupe sanguin A était un peu plus fréquent chez les sujets atteints de cancer de l'estomac que chez les témoins[26]. Néanmoins, l'association entre maladies et groupes sanguins, parce qu'elle manquait de précision, n'a donné que des résultats décevants[27]. En revanche, la découverte, par M. J. Dausset, dans les années 50, du Système Majeur d'Histocompatibilité (HLA) a permis de « définir en toute rigueur les facteurs de risques présentés par certains sujets »[28]. Les antigènes HLA, qui sont le produit d'une dizaine de gènes portés sur le chromosome 6, apparaissent en association étroite avec de nombreuses maladies : ainsi les individus HLA-B27 ont 87 fois plus de risques d'être atteints de spondylarthrite ankylosante qu'une autre personne. De même, dans le diabète

---

[23] C. BONAITI-PELLIE, *Les récentes découvertes de gènes de cancer : quelles conséquences en santé publique, Rev. Epidém. et Santé Publi*, 1995, vol. 43, n°2, 105-106 : Le cancer est le résultat d'un processus multi-étape. M. Kudson développa, en 1971, une théorie pour expliquer la survenance du rétinoblastome, selon laquelle deux événements mutationnels étaient nécessaires au développement de cette tumeur de la rétine atteignant le très jeune enfant. « Dans les formes héréditaires (environ 40% des cas), la première mutation serait germinale car transmise par l'un des parents, et la deuxième somatique, affectant alors une cellule rétinienne ». La survenance du cancer est donc liée à un seul événement aléatoire. Dans les formes sporadiques (dues à des altérations acquises au cours de la vie), «les deux mutations successives seraient somatiques ». M.Comings, en 1973, émit l'hypothèse, confirmée plus tard, que les deux mutations concernaient les deux allèles d'un même gène situé sur le chromosome 13. Ce gène baptisé Rb sera qualifié de gène suppresseur de tumeur ou anti-oncogène, car l'apparition de la tumeur est la conséquence de l'absence complète de l'expression de ce gène. Pour un exposé de la théorie de A. G. KUDSON, voir également J. RUFFIE, *Naissance de la médecine prédictive,* Odile Jacob, 1993, p.112 et s. ; G. THOMAS, *Dix ans de recherche sur les prédispositions génétiques au développement des tumeurs, Médecine/sciences,* 1995, n°3, vol. 11, p. 336-348, spéc.p.337 ; C. BONAITI-PELLIE, L. ESSIOUX, D. STOPPA-LYONNET, J. FEINGOLD, *Epidémiologie génétique et modèles de prédisposition,* dans*, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?* Les éd. INSERM, 1998, p.93, spéc. p. 94.

[24] Des prédispositions monogéniques ont également été identifiées dans d'autres maladies, telles le diabète non insulino-dépendant.

[25] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »*, n°46, Doc. Française, 1997, p. 27.

[26] J.-L. SERRE et J. FEINGOLD, *préc.*, p.56.

[27] J. RUFFIE, *Naissance de la médecine prédictive,* Odile Jacob, 1993, p.81.

[28] J.RUFFIE, *préc.,* p.83.

insulinodépendant, 90% des malades possèdent les antigènes DR3 et/ou DR4[29]. Il est vite apparu « qu'il s'agissait dans la plupart des cas de maladies plurigéniques, que les antigènes HLA n'étaient qu'un marqueur et que d'autres gènes intervenaient »[30].

16. C'est à une analyse, non plus de l'expression des gènes, mais des gènes eux-mêmes, que les chercheurs se livrent aujourd'hui pour identifier la séquence qui gouverne l'expression du gène.

17. Né d'une initiative américaine, le projet général de séquençage de l'intégralité du génome humain[31], lancé en 1988 implique, pour être réalisé, une coopération internationale des chercheurs[32]. En France, le Génoscope d'Evry, créé en 1997, s'est vu, par exemple, confier le décryptage total du chromosome 14. La première version « brute » de la séquence du génome humain devrait être disponible en février 2000[33]. Déchiffrer le génome sans savoir quelles sont, parmi les séquences déchiffrées, celles qui correspondent à des gènes serait un effort vain si, parallèlement au séquençage, n'était pas menée une recherche tendant à identifier les gènes. Cette identification passe par plusieurs étapes.

18. Il faut d'abord localiser et isoler la région du génome contenant le gène. Pour ce faire, il est nécessaire d'établir deux cartes différentes, mais complémentaires, du génome.

La première, la carte génétique[34], consiste en un balisage du génome par des repères (marqueurs génétiques) en indiquant leurs positions les uns par rapport aux

---

[29] CCNE, *Avis sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal,* n°5, Rapport scientifique, 13 mai 1985.
[30] J. DAUSSET, *Des questions pour le présent et le futur, préc.,* p. 43.
[31] Le projet HUGO (Human Genome Organization) vise à être le centre d'impulsion et de coordination internationale de la recherche sur le génome : B. JORDAN, *Voyage autour du génome. Le tour du monde en 80 labos,* Inserm, 1993, p.15.
[32] La compétition scientifique en ce domaine est acharnée. Ainsi, en mai 1998, une société privée (Celera Genomics, fondée par Craig Venter avec l'aide de la société Perkin-Elmer) annonçait-elle son intention de séquencer la totalité du génome humain en trois ans. Cette annonce a conduit les organismes étatiques à réagir en augmentant le financement des laboratoires publics: J. WEISSENBACH, *Données de séquences,* dans, ACADEMIE DES SCIENCES, *Développements et applications de la génomique. L'après-génome,* Rapport sur la science et la technologie, n°1, 1999, éd. Tec&Doc, p.83, spéc. p.86 et s. ; E. BURSAUX, *La France veut combler son retard dans les sciences du vivant,* et, *L'Etat va consacrer 1,5 milliard de francs en quatre ans aux sciences du vivant,* Le Monde, 9 juillet 1999, p. 8 ; R. SMYLY, *La première ébauche du génome humain sera formulée début 2000, Le Monde,* 3 décembre 1999, p. 27 : le chromosome 22 est le premier dont on ait déchiffré le code génétique dans son intégralité.
[33] La version définitive est prévue au plus tôt en 2003.
[34] Une première carte a été publiée en 1987 par un groupe américain. Mais la carte de référence est celle publiée au début de l'année 1996 par l'équipe de Jean Weissenbach : B. JORDAN, *Génétique et génome, La fin de l'innocence,* Flammarion, 1996, p. 81.

autres[35]. Elle calcule la distance génétique entre deux points polymorphes, c'est-à-dire des séquences d'ADN variables d'un individu à l'autre, en analysant la fréquence avec laquelle ils sont transmis des parents à leur descendance[36]. Ce balisage permet de localiser approximativement le gène d'une maladie entre les différents marqueurs parfaitement identifiés qui lui sont proches[37].

La carte physique représente une autre approche du génome qui s'attache à l'étude directe de l'ADN et qui vise à calculer la distance effective, mesurée en paires de bases d'ADN, entre les gènes ou les marqueurs[38]. La carte physique permet d'isoler le gène et de savoir précisément entre quels marqueurs il se situe.

Une fois le gène localisé et isolé, il est possible d'identifier la mutation responsable de la maladie en comparant la séquence du gène des individus sains à celle des personnes malades.

19. Par cette analyse génomique, plus d'une dizaine de gènes de prédisposition monogénique au développement des tumeurs, dont la transmission se réalise selon un mode autosomique dominant, ont été identifiés[39]. Ainsi, une altération du gène BCRA1 (BReast Cancer 1), localisé sur le chromosome 17, implique un risque de 80% de développer un cancer du sein et un risque de 40% de

---

[35] F. GROS, *Regard sur la biologie contemporaine,* Gallimard, 1993, p.261.

[36] En effet, deux sites polymorphes qui sont disposés à proximité l'un de l'autre sur le chromosome présentent une probabilité beaucoup plus élevée d'être transmis ensemble (liaison) que ceux disposés à d'assez grandes distances : en établissant avec quelle fréquence deux « traits » héréditaires sont transmis de pair (ou, si l'on préfère, avec quelle probabilité de liaison), on peut donc déduire leur disposition sur le chromosome. D. COHEN, *Les gènes de l'espoir, A la découverte du génome humain,* Robert Laffont, 1993, p.288 et s. ; B. JORDAN : *Voyage autour du génome, le tour du monde en 80 labos,* Inserm, 1993, p.6 et s. ; *Génétique et génome, La fin de l'innocence,* Flammarion, 1996, p.71 et s.

[37] D. COHEN, *préc.,* p.48. L'exemple donné par M. D. Cohen permet de comprendre concrètement la méthode des chercheurs : quand les chercheurs "cherchent le gène d'une maladie, c'est forcement un point polymorphe (une mutation en l'occurrence défavorable). On se pose la question : quelle est la distance entre tous les points polymorphes déjà étudiés, et le point polymorphe correspondant à la maladie ? Supposons qu'on ait numéroté dans l'ordre, le long des chromosomes, les points de repère de 1 à 300 : on va par exemple repérer les points n°99 et n°100, proches de celui de la maladie. Puis on va constater que les points n°101 et n°98 s'en éloignent. On en conclut que le gène de la maladie est situé entre le n°99 et le n°100".

[38] Pour ce faire, l'ADN est découpé en fragments dont les extrémités se chevauchent. Ceux-ci sont ensuite clonés dans des levures (banque de Yeast Artificial Chromosome). Les fragments sont alors assemblés par recouvrement en procédant au séquençage de leurs extrémités. Il est donc possible, à partir de ces « morceaux en vrac », de reconstituer leur enchaînement.

[39] Voir le tableau de G. THOMAS, dans, *Dix ans de recherche sur les prédispositions génétiques au développement des tumeurs, préc.,* p. 345 ; reproduit dans le Rapport scientifique du CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »*, n°46, Doc. Française, 1997, p. 42.

cancer de l'ovaire[40]. L'expressivité est variable en ce sens que « l'existence d'un gène de prédisposition au cancer ne permet pas de prévoir quelle tumeur pourrait apparaître, quand elle apparaîtra et même si elle surviendra »[41] . En outre, il existe une « hétérogénéité génétique du cancer, c'est-à-dire que des gènes différents peuvent être à l'origine des mêmes syndromes »[42].

20. Seuls 5 à 10 % des cas de cancers sont liés à des prédispositions monogéniques. En effet, la majorité des cancers implique des prédispositions plurigéniques. Parce qu'elles se transmettent d'une façon moins systématique et plus complexe, les prédispositions plurigéniques ont été plus difficiles à étudier que les prédispositions monogéniques[43]. Mais les efforts engagés par les chercheurs[44] pour déterminer les différences de l'ADN existant entre les individus devraient, par l'établissement d'une carte de marqueurs génétiques dénommés « polymorphismes nucléotides simples » ou SNP[45], permettre d'identifier, dans l'avenir, des combinaisons spécifiques qui sont à l'origine de la plupart des maladies plurigéniques. « Ainsi, cinq gènes seraient impliqués dans le diabète, qui touche environ 10% de la population. Si l'un de nous hérite du « mauvais » SNP dans quatre de ces gènes, il n'aura pas de problème. Mais si celui-ci est présent dans les cinq, cette personne court le risque d'être un jour diabétique »[46]. L'identification de tous les gènes de prédisposition impliqués dans une maladie est prévisible dans un délai de 5 ans[47].

---

[40] La synthèse de l'étude de l'INSERM, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ? préc.,* p. 597, spéc. p.600, relève néanmoins que cette estimation varie selon les publications de 56 à 87% pour le risque de cancer de sein et de 16 à 84 % pour le risque de cancer de l'ovaire.

[41] CCNE, *Exemples de dépistages génétiques*, dans, *Les cahiers du CCNE,* n°6, janvier 1996, annexe, p. 36.

[42] H. SOBOL, J. JACQUEMIER, D. STOPPA-LYONNET, F. EISINGER, D. BIRNBAUM, *Caractéristiques des cancers du sein héréditaires liés aux gènes BCRA1 et BCRA2 : aspects moléculaires et morphologiques,* dans*, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, préc.* , p.117, spéc.p.120 : Ainsi le gène BCRA 1, localisé sur le chromosome 13, et le gène BCRA 3, qui serait localisé sur le chromosome 8, sont également des gènes de prédisposition au cancer du sein et de l'ovaire.

[43] CCNE, *Avis sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal,* n°5, 13 mai 1985 ; J. RUFFIE, *Naissance de la médecine prédictive,* Odile Jacob, 1993, p.107 : en effet, la transmission héréditaire « est irrégulière, et peut sauter une ou plusieurs générations ».

[44] J-Y. NAU, *Dix grands laboratoires investissent dans le génome, Le Monde,* 18-19 avril 1999, p.15 : « Les dix plus grands groupes pharmaceutiques mondiaux se sont réunis au sein du SNP Consortium pour exploiter (ces) informations issues du programme actuellement en cours de séquençage du génome humain ».

[45] SNP (Single Nucleotide Polymorphism) : Il existerait 3 millions de différences, qui ne correspondent qu'à 1% de l'ADN.

[46] R. SMYLY, *La première ébauche du génome humain sera formulée début 2000, Le Monde,* 3 décembre 1999, p. 27.

[47] D. COHEN, *Le Monde,* 23 novembre 1999, p. 16. On estime à environ 1 millier, le nombre des gènes de prédisposition.

21. A partir de ces découvertes scientifiques, il est possible de préciser les caractères de la prédisposition génétique et ainsi de définir l'acception qui en sera retenue dans l'étude.

22. Que la prédisposition à la maladie soit monogénique ou plurigénique, sa présence chez l'individu indique un état latent qui n'a pas pour effet de rendre certaine l'apparition de la maladie, laquelle est subordonnée à des causes extérieures. En cela les gènes de prédisposition à la maladie se distinguent des gènes dont la détection indique une certitude de développer une maladie future pour laquelle seule la date de survenance reste inconnue (maladie de Huntington).

L'incertitude est liée à la pénétrance[48] incomplète des gènes de prédisposition, en vertu de laquelle l'individu, porteur du ou des gènes délétères, ne développera pas nécessairement la maladie. Le gène est une cause, souvent nécessaire, mais toujours insuffisante de la maladie. Ce n'est pas dire que le degré d'incertitude qui affecte l'apparition de la maladie génétique est identique selon que l'individu est porteur d'une prédisposition monogénique ou plurigénique. En effet, alors que le gène de prédisposition monogénique à une maladie crée, à lui seul, un risque de contracter une maladie, un gène de prédisposition plurigénique n'est susceptible de devenir pathogène que s'il interagit avec d'autres gènes de susceptibilité.

23. La notion de prédisposition à la maladie, ainsi limitée à un risque génétique de la personne sans manifestation extérieure, est plus restreinte que celle à laquelle la jurisprudence a parfois recours pour apprécier les incidences de l'état pathologique antérieur de la victime sur la responsabilité de celui qui lui a causé un dommage. En effet, outre que la jurisprudence ne s'intéresse pas à l'origine génétique ou non de l'état antérieur de la victime, elle utilise le terme de prédisposition dans un sens large[49] pour désigner non seulement une affection latente de la personne avant que le fait dommageable ne vienne en réveiller le dynamisme[50], mais aussi la pathologie antérieurement déclarée de la victime et dont les conséquences ont été aggravées par un accident[51].

---

[48] Certes le mot n'est pas répertorié dans le dictionnaire mais il est utilisé par les scientifiques.

[49] J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, RTDC* 1976.1, spéc. p.3.

[50] A titre d'exemple : Paris, 1er mars 1949, *S.* 1949, tables, p. 46 ; Cass. crim., 14 janvier 1971, *Bull. crim.* n°13, p.28 ; *D.*1971.164, rapport Robert ; *RGAT* 1972.86 ; *RSC* 1971.423, G. Levasseur ; Cass. civ. 2e, 10 juin 1999, *JCP* 1999.IV.2462.

[51] A titre d'exemple : Cass. civ. 2e, 11 juillet 1966, *Bull. civ.* II, n°772, p.542 ; Cass. crim., 23 février 1972, *Bull. crim.* , n°76, p. 180 ; Cass. crim., 10 avril 1973, *Bull. crim.,* n°185, p.446 ; *Gaz. Pal.* 1973.2.710 ; *RSC* 1973.900, G. Levasseur ; Cass. civ. 2e, 28 avril

24. Plus restreinte que celle à laquelle se réfère la jurisprudence, la définition de la prédisposition génétique sera plus large que celle qui est donnée par les scientifiques.

En effet, si les scientifiques réservent le terme de prédisposition génétique pour désigner la susceptibilité d'origine génétique de contracter une maladie, on peut néanmoins, eu égard aux caractères de la prédisposition, en étendre l'acception.

Puisque l'attribut de la prédisposition génétique est d'être un état latent dont la manifestation est soumise à l'action des facteurs extérieurs, cet attribut est susceptible de caractériser le risque d'une personne, non seulement d'être atteinte d'une maladie, mais aussi de transmettre une maladie à sa descendance lorsque des causes exogènes sont impliquées dans la réalisation du risque. Ainsi la personne, hétérozygote pour une maladie autosomique récessive, est-elle prédisposée à transmettre la maladie à ses enfants : cette transmission, on le sait, ne se réalisera que si la personne s'unit avec une autre, hétérozygote[52].

Alors que le facteur extérieur déclenchant la maladie d'une personne, porteuse d'une prédisposition génétique à la maladie, se situe dans l'environnement, celui qui conditionne la transmission d'une maladie à la descendance d'une personne prédisposée consiste dans la procréation de cette dernière avec un autre porteur sain de la maladie récessive.

25. A l'issue de l'exposé des mécanismes gouvernant l'apparition des pathologies génétiques, il est donc possible de préciser la définition de la prédisposition génétique que nous adopterons : la prédisposition génétique d'une personne est un risque endogène, d'origine génétique, de contracter une maladie ou de la transmettre à ses enfants, risque dont la réalisation incertaine est soumise à des facteurs catalyseurs exogènes.

1976, *Bull. civ.* II, n°132, p. 102 ; Cass. civ. 2e, 13 janvier 1982, *JCP* 1983.II.20025, note N. Dejean de la Bâtie ; Cass. crim., 12 avril 1994, *Bull. crim.*, n°147, p. 325.

[52] D'une telle union, 1 enfant sur 4 naîtra malade.

26. Ainsi définie, la notion de prédisposition génétique conduit à s'intéresser aux répercussions que la détection des gènes de prédisposition, aujourd'hui et dans le futur, est susceptible d'entraîner pour les individus et pour la société[53]. Sans nier que cette détection constitue un progrès scientifique, ses conséquences sont néanmoins ambivalentes.

27. Si « toute connaissance constitue une libération »[54], celle qui porte sur les prédispositions génétiques confère à la personne une possibilité de maîtriser son devenir, puisque la maladie n'apparaît plus comme une fatalité mais peut être évitée. C'est alors au médecin, dont le rôle n'est plus de soigner une maladie présente, mais de prédire une maladie future et incertaine, susceptible d'atteindre son patient ou les enfants de celui-ci, qu'il appartient de renseigner la personne sur les moyens de prévenir la réalisation du risque génétique. La médecine, en devenant prédictive, transforme la vision traditionnelle de la maladie qui n'est plus seulement celle que l'on contracte mais aussi celle que l'on reçoit de ses parents et que l'on peut transmettre à ses enfants. La génétique relie l'individu prédisposé à sa famille[55].

28. Mais les moyens de prévention du risque de prédisposition doivent être connus pour que la liberté de l'individu puisse s'exercer sur son intégrité génétique. A défaut, la connaissance par la personne de sa prédisposition aliénerait sa liberté. En effet, la détection des prédispositions, lorsqu'elle révèle à l'individu un risque pathologique futur et incertain dont la prévention est inconnue, loin d'accroître la liberté de la personne, est susceptible de provoquer chez elle de graves troubles psychologiques. Et même si la prévention existait, « il n'empêche que l'on ne peut manquer de s'interroger sur la signification réelle de l'exercice de sa liberté par une personne à laquelle ses prédispositions génétiques ne laissent que le choix entre une existence parfois terriblement contrainte ou des mutilations à visées préventives, et le risque d'une maladie incurable »[56].

29. Si la détection de prédisposition était susceptible de restreindre la liberté de la personne, serait-ce une raison suffisante pour s'opposer, dans l'intérêt de la

---

[53]CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »*, n°46, Doc. Française, 1997, p.11.
[54] J. DAUSSET, *Des questions pour le présent et le futur,* dans, *Le génome humain, une responsabilité scientifique et sociale,* dir. M. J. Mélançon et R. D. Lambert, Presses de l'Université de Laval, 1992, p.37, spéc.p.43.
[55] CCNE, *préc.,* p.13.

personne, à toute connaissance du risque génétique ? L'intérêt de la science postule au contraire de favoriser l'accès des chercheurs aux gènes de l'individu. La détection scientifique des prédispositions sera souvent un préalable indispensable à la détermination des moyens permettant de prévenir l'apparition de la maladie génétique : « prévoir l'apparition d'une maladie avant celle de ses symptômes peut avoir un grand intérêt en termes de santé publique »[57] et ouvrir des perspectives de prévention, laquelle devrait, à terme, être de moins en moins contraignante[58]. La conciliation des intérêts de la personne et de la science pourrait être réalisée en encadrant la détection de prédisposition génétique par des conditions précises.

30. De telles conditions pourraient-elles éviter que l'utilisation sociale des prédispositions génétiques ne rende illusoire l'exercice de la liberté du sujet ? En effet, en révélant l'unicité de chaque être, la génétique apporte la preuve de leurs différences[59]. Or, dès lors que l'être « génétique » n'est pas isolé, mais s'inscrit dans un rapport social, ne faut-il pas craindre une stigmatisation par laquelle l'individu prédisposé serait définitivement catégorisé comme « anormal » pour être mis au ban de la société ?

31. Il n'est pas chimérique de penser que l'employeur et l'assureur auront tendance à utiliser les prédispositions génétiques de la personne, à tout le moins celles qui sont liées à la maladie, à des fins de sélection pour éviter d'avoir à supporter les conséquences de la réalisation du risque génétique[60]. « N'y a-t-il pas lieu de craindre, dans la vie sociale et économique, une utilisation réductionniste ou individualiste des résultats de tests (génétiques), qui conduirait par exemple à un refus d'assurance ou à un refus d'embauche ?»[61].

32. Ce n'est pas seulement de l'employeur ou de l'assureur dont on doit craindre une utilisation préjudiciable à la personne des informations sur sa prédisposition génétique. C'est aussi de tous ceux qui seraient à l'origine du

---

[56] CCNE, *préc.* p. 13 ; A. KAHN : *Les progrès de la génétique. Risques et opportunité, peurs et espoirs, Futuribles* n°223, septembre 1997, p. 5, spéc. p. 21 et s. et, *Génétique, médecine et société, ENA Mensuel,* octobre 1998, n°285, p. 16 et spéc. p.17.

[57] CONSEIL D'ETAT, *Les Lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 117.

[58] D . COHEN, *Le Monde,* 23 novembre 1999, p. 16 : « dans trente ans, 90% de la prévention des maladies courantes devrait pouvoir être faite non par des médicaments, mais par une adaptation à l'environnement dans lequel on vit, en particulier l'alimentation ».

[59] F. JACOB, *Le jeu des possibles : essai sur la diversité du vivant,* Fayard, 1983, p.128.

[60] Voir notamment, J. ROBERT : *La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit*, *R.D.P.* 1984.1255, spéc. 1296 et s. et, *La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit*, dans, *Actes du colloque Génétique, procréation et droit*, Actes sud, 1985, p. 363, spéc. p.397.

facteur extérieur déclenchant le risque génétique, lesquels pourraient être tentés de se dégager de leur responsabilité en soutenant que, sans une prédisposition génétique de la victime, celle-ci n'aurait souffert d'aucun dommage.

33. Ainsi la détection de prédisposition génétique est-elle susceptible de générer un conflit entre la liberté de la personne sur son intégrité génétique et l'intérêt des tiers à l'utilisation des informations génétiques, conflit que le droit doit résoudre sans sacrifier l'éthique. Face au progrès réalisé dans le domaine de la génétique, trois attitudes s'offraient au législateur : « faire comme si le progrès n'existait pas, arrêter la recherche ce qui est illusoire, ou se déterminer face à la nouvelle connaissance »[62]. C'est cette dernière voie qu'ont suivie les droits français, européen et international.

34. Avant même la Convention européenne du 4 avril 1997 sur les Droits de l'homme et la biomédecine[63], dont le chapitre IV est consacré au génome humain, et avant la déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme[64] du 11 novembre 1997, trois lois avaient été votées en France en 1994. Tentant de sauvegarder l'éthique, leurs auteurs ont néanmoins essayé d'éviter trois écueils : celui d'instaurer « un ordre moral » par lequel le pouvoir politique définirait autoritairement le bien et le mal, celui de confondre « le légal et le moral », et celui de ne pas trouver un « équilibre entre l'individu et la société »[65]. Dans la lignée des études officielles consacrées à la bioéthique[66], chacune des trois lois de 1994 a organisé, peu ou prou, la détection de prédisposition génétique.

---

[61] CONSEIL D'ETAT, *Les Lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 116.

[62] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, J.-F Mattéi, n°1057, 25 mars 1994, p. 51.

[63] CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine*, Oviedo, 4 avril 1997.

[64] UNESCO, *Déclaration universelle sur le Génome humain et le droits de l'homme,* 11 novembre 1997.

[65] J.-F. MATTEI, *JO* Débats parlementaires, 1994, n°15[2] A.N.(C.R.), p.650.

[66] Etude du Conseil d'Etat présidé par G. BRAIBANT, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit,* Doc. Française, 1988 ; N. LENOIR, *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française,* avec la collaboration de B. Sturlèse, Rapport au Premier ministre, Doc. Française, 1991, 2 tomes ; ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la bioéthique*, n°2565, B. Bioulac, 18 février 1992 ; OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, *Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme : bouleversement sans contrôle ou législation à la française,* F. Sérusclat, Assemblée nationale, n°2588 et Sénat, n°262, 28 février 1992 ; J.-F. MATTEI, *La vie en questions : pour une éthique biomédicale,* Rapport au Premier ministre, Doc. Française, 1994.

Alors que la loi n°94-653 du 29 juillet relative au respect du corps humain[67] a intégré au Code civil un article 16-10 concernant la réalisation d'une « étude génétique des caractéristiques d'une personne », la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal[68] a inséré un titre VI, aujourd'hui nommé « médecine prédictive, identification génétique et recherche génétique »[69] au Code de la santé publique. Les autres dispositions de ces deux lois seront, néanmoins, susceptibles d'avoir des incidences juridiques sur la détection de prédisposition génétique, au même titre que celles issues de la loi n°94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

35. Le législateur a ainsi tenté de maîtriser « le passage du phénotype au génotype, de l'être au devenir »[70] en se gardant de « tomber dans le travers d'une réglementation tatillonne et sclérosante, sous peine d'être balayée par les faits ou de figer à l'excès la recherche scientifique et les progrès de la médecine qui en découlent »[71].

Il n'a pas pour autant conçu son œuvre comme immuable puisqu'il a prévu que l'une des lois du 29 juillet 1994 devait être réexaminée par le Parlement dans un délai de 5 ans après son entrée en vigueur, soit en principe en 1999. Il faut constater que ce délai n'a pas été respecté même si plusieurs institutions se sont

---

[67] *JO* 30 juillet.
[68] *JO* 30 juillet.
[69] A l'origine, le titre était « médecine prédictive et identification génétique ». Il a été modifié par la loi n°96-452 du 28 mai 1996, portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire, *JO* 29 mai.
[70] I. VACARIE, *Examens génétiques et médecine prédictive, RDSS* 1993.429, spéc. p. p.430.
[71] SENAT, n°234, *Avis au nom de la Commission des Affaires culturelles sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au don et à l'utilisation des parties et produits du corps humain, à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal ainsi qu'au comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, P. Laffitte, 12 janvier 1994, p. 6 ; Comp., J. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* (an XI), dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome I, Paris, 1827, p. 463, spéc. p. 470, « L'office de la loi est de fixer, par des grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ».

déjà préoccupées de préparer le travail du législateur[72].

36. Les solutions actuellement données par le droit positif aux problèmes soulevés par la détection de prédisposition génétique, sont-elles adaptées pour faire face aux répercussions individuelles et sociales liées à l'évolution d'une science marquée par une révolution génétique ? Pour répondre à cette question, il conviendra de s'attacher, dans une première partie, aux conditions de la détection de prédisposition génétique et d'analyser, dans une deuxième partie, les effets sociaux de la détection de prédisposition génétique.

[72] Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, *préc.* Article 20. CCNE, *Réexamen des lois de bioéthique,* n°60, 25 juin 1998, *D.* 1999.somm.343, obs. H. Gaumont-Prat. L'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, qui avait pour mission d'évaluer l'application de cette loi avant son réexamen, a rendu son rapport, *L'application de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal,* A. Claeys et C. Huriet, Assemblée nationale, n°1407 et Sénat, n°232, février 1999. De même le Conseil d'Etat a-t-il été saisi par le premier ministre aux fins de réaliser un avant-projet de loi, *Les Lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999. Mais la révision n'interviendra probablement pas avant 2001, M. GOMEZ, *Les lois de bioéthique attendront jusqu'en 2001, La Croix,* 17 novembre 1999.

PREMIERE PARTIE : LES CONDITIONS DE LA DETECTION DE PREDISPOSITION GENETIQUE

37. Le développement de la génétique, ainsi que les espoirs et les craintes qu'il suscite, ont conduit le législateur à s'intéresser à l'homme au travers de son identité génétique.

Dans cet esprit, la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain[73] a inséré, dans le titre premier du livre premier du Code civil, un chapitre III intitulé « De l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ». L'objet de ce chapitre du Code civil est donc double, mais seuls les articles relatifs aux études génétiques, à l'exclusion de ceux qui traitent des empreintes génétiques, intéressent la détection de prédisposition génétique.

38. En effet, la technique dite des empreintes génétiques permet l'identification d'une personne par le séquençage de l'ADN non codant[74] (95% du génome). Se fondant sur le caractère polymorphe de l'ADN qui détermine l'unicité de chacun, sans en indiquer l'avenir biologique, les empreintes génétiques sont utilisées, en droit civil, pour rechercher les liens de parenté et, en droit pénal, pour identifier un suspect ou une victime. Elles informent sur la structure du matériel génétique et ne sont donc pas destinées à indiquer la prédisposition génétique de la personne, à la différence des études génétiques.

39. L'étude génétique des caractéristiques d'une personne s'intéresse à l'activité cellulaire du matériel génétique[75]. Elle a pour objet de détecter les gènes, porteurs d'une information nécessaire à la cellule pour assurer la synthèse de la protéine. Par l'analyse des séquences codantes du gène (5% du génome), cette étude repère les mutations génétiques à l'origine de la prédisposition de la personne à la maladie ou à sa transmission à la descendance.

---

[73] *JO* 30 juillet.
[74] D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. La génétique humaine. La personne,* Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.32, 1997, spéc. n°4.
[75] I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, thèse Bordeaux, PUB, 1995, p. 125.

40. Ainsi perce-t-elle les secrets de l'homme en révélant l'image biologique de celui-ci. Afin de pallier les dangers inhérents à une telle intrusion, le législateur a soumis la réalisation des investigations génétiques à des conditions strictes. Ces conditions ont été posées dans différents codes selon la méthode du code pilote et du code suiveur. Cette méthode, justifiée par la nécessité « d'individualiser l'application médicale de la caractérisation génétique »[76], consiste à disperser les textes d'un code pilote, le Code civil, dans des codes plus spécialisés, tel le Code de la santé publique. Reposant sur une harmonisation des textes, elle a échoué quant à la terminologie employée par les deux codes : tandis que le Code civil traite de *l'étude génétique des caractéristiques d'une personne*[77], le Code de la santé publique s'est référé à *l'examen de ses caractéristiques génétiques*[78]. Cette divergence a des incidences pratiques importantes : la réglementation prévue par le Code civil porte sur la technique spécifique de l'étude génétique qui suppose une incursion dans les gènes, et ne régit pas, à la différence du Code de la santé publique, la simple observation des caractères, telle la couleur des yeux, dont la transmission est héréditaire.

Néanmoins, au-delà de ces différences, les lois n°94-653 et n°94-654 du 29 juillet 1994 témoignent d'une aspiration commune à contrôler la réalisation des études génétiques afin de protéger la personne qui s'y soumet. Elles défendent doublement la personne, contre les intrusions des tiers, qui doivent solliciter son consentement avant de porter atteinte à son intégrité, mais aussi, contre elle-même, en limitant les finalités des études génétiques.

41. Ainsi la détection de prédisposition génétique est-elle subordonnée à la condition que l'étude génétique, qui permet cette détection, soit consentie par la personne concernée (titre I) et réponde à une finalité légitime (titre II).

---

[76] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, J.-F Mattéi, n°1057, 25 mars 1994, p. 162.

[77] Articles 16-10 à 16-12 du Code civil, issus de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO* 30 juillet.

[78] Articles L. 145-15 et suivants du Code de la santé publique, issus de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* 30 juillet.

TITRE I - LE CONSENTEMENT DE LA PERSONNE CONCERNEE A L'ETUDE GENETIQUE DE PREDISPOSITION

42. Enoncée par la jurisprudence comme une nécessité préalable à l'atteinte corporelle, dès le dix-neuvième siècle[79], l'exigence du consentement de la personne concernée n'était, alors, consacrée dans aucun texte.

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, la prise de conscience des dangers liés à l'expérimentation sur l'homme a accentué le besoin de donner un support textuel à cet impératif. De même que le « Code » de Nuremberg énonce un ensemble de principes sans valeur contraignante, notamment celui du consentement libre et éclairé, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 dispose, dans son article 7, « qu'il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique »[80]. Parachevant les efforts engagés pour consacrer l'exigence d'un consentement dans le domaine de la recherche, la loi n°88-1138 du 20 décembre 1988[81] consacre un titre entier au consentement dans le Code de la santé publique (article L. 209-9 et s.) et lui assure, ainsi, une place primordiale.

---

[79] Tribunal correctionnel de Lyon, 15 décembre 1859, *D.P.*1859.III.88, condamnant un médecin qui avait appliqué une méthode curative nouvelle sur « un enfant incapable de tout consentement libre » ; voir également, Cour d'appel de Liège, 30 juillet 1890 : *D.P.* 1891.II.281, condamnant un médecin qui avait opéré un enfant sans l'autorisation de ses parents, au motif que « pour pratiquer légitimement une opération chirurgicale, l'homme de l'art doit y être autorisé par le malade ou par la personne sous l'autorité de laquelle le malade se trouve ».

[80] Le Pacte, ouvert à la signature à New York le 19 décembre 1966, est entré en vigueur le 4 février 1981, Décret n°81-76 du 29 janvier 1981, *JO* 1er février.

[81] Loi relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *JO* 22 décembre.

Il a fallu, néanmoins, attendre les lois de 1994 pour que, décloisonnée du domaine de la recherche, l'exigence légale d'un consentement soit posée comme une règle générale. Certaines de leurs dispositions prévoient que « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement » à l'atteinte à l'intégrité corporelle (article 16-3 alinéa 2 du Code civil) et à la réalisation des études génétiques (article 16-10 alinéa 2 du Code civil et L. 145-15 du C.S.P.). Affirmé comme une nécessité par ces textes, le consentement à l'étude génétique de prédisposition doit être précisé quant à son fondement (chapitre I), ce qui permettra ensuite de s'intéresser au recueil de celui-ci (chapitre II).

CHAPITRE I - LE FONDEMENT DU CONSENTEMENT

43. Loin de considérer le malade comme « un jouet, à peu près complètement aveugle, très douloureux et essentiellement passif »[82], la Cour de cassation a toujours exigé que, « dans le respect de la personne humaine »[83], l'auteur d'une atteinte à l'intégrité de la personne recueille le consentement de celle-ci.

La recherche du fondement du consentement nécessite de répondre à deux questions : en amont, pourquoi le consentement doit-il émaner de la personne concernée par la détection de prédisposition ; en aval, pourquoi les tiers sont-ils obligés de le solliciter ? Pour répondre à ces questions, il est nécessaire, au préalable, de qualifier le pouvoir que la personne exerce sur son intégrité génétique. Est-il la manifestation d'une liberté ou d'un droit ?

44. De même qu'il y a une polysémie du mot droit, il y a une polysémie du mot liberté. L'opposition des deux notions suppose un accord sur la définition de chacune.

45. Dans un sens général, la liberté consiste dans l'autodétermination de l'être. Est libre celui qui se détermine par sa seule volonté en agissant comme il l'entend, sans contrainte étrangère[84]. Le caractère juridique de la liberté résulte de l'intervention du législateur qui la reconnaît, la garantit et, le cas échéant, la limite dans l'intérêt général, sans en spécifier le contenu. Ainsi conçue, la liberté juridique est une faculté purement interne à l'homme de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi.

46. Appréhendé à travers son caractère externe à la personne, le droit subjectif instaure une relation entre son titulaire et une chose ou une personne ; il est une prérogative « individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui »[85]. « Prérogative de l'un, à savoir

---

[82] L. PORTES, *Du consentement du malade à l'acte médical*, dans, *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson PUF, 1954, p.159.
[83] Cass. Req., 28 janvier 1942, *D.C.*1942.63.
[84] A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1988.
[85] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, PUF, 7e éd. 1998.

le sujet, le droit subjectif implique en même temps altérité, c'est-à-dire un ou plusieurs autres sujets, par conséquent inter-subjectivité »[86]. L'exercice de cette prérogative trouve sa limite dans l'abus de droit.

47. Ainsi, en se référant aux critères d'intériorité ou d'extériorité (ou d'altérité) pour qualifier un pouvoir de liberté ou de droit, il ressort que les deux concepts ne sont pas antinomiques mais se succèdent dans le temps. « Souche commune des droits et des devoirs »[87], la liberté peut trouver son prolongement dans un droit lorsqu'elle s'extériorise. La liberté est l'embryon du droit : tout droit est à l'origine une liberté. En revanche, toute liberté ne confère pas forcément un droit[88].

48. Appliquées au pouvoir de la personne sur son intégrité génétique, ces qualifications révèlent la binarité d'un tel pouvoir : il est une liberté et un droit.

En effet, la faculté par laquelle la personne décide de l'usage de son corps n'appartient qu'à elle-même. Elle rend inutile et illusoire toute tentative tendant à isoler ce dernier pour en faire un objet distinct du sujet de droit. « L'idée qu'on puisse avoir un droit sur soi-même est inintelligible : c'est une confusion entre le sujet et l'objet du droit»[89]. Le corps et l'esprit, tant qu'ils sont inséparables de la personne, la définissent et elle seule peut en modifier les paramètres. Ainsi le consentement donné par la personne à un tiers qui réalisera l'étude génétique de prédisposition est-il l'expression de la liberté[90] que la personne exerce sur son intégrité génétique (Section I).

Ce pouvoir de la personne sur elle-même est rendu opposable à autrui car la liberté de la personne sur son intégrité a été prolongée par un droit. Le droit de la personne au respect par les tiers de sa liberté sur son intégrité génétique oblige tout tiers à solliciter le consentement de la personne concernée par l'étude génétique et à s'incliner devant son refus avant de prélever des gènes desquels sera tirée une information génétique sur les prédispositions (Section II).

---

[86] J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 94 ; voir également, F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ, 1990, p. 736-738, n°662 et s.

[87] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité (Théorie dite de l'Abus des droits*), Dalloz, 2e éd. 1939, n° 251, p.343.

[88] L. JOSSERAND, *op. cit.*, traite la liberté comme une virtualité de droits ; également, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, n°20, p.149 : la liberté est le "vestibule qui nous conduit au centre de la construction" de la situation juridique.

[89] P. ROUBIER, *op. cit.*, n°44, p. 370.

[90] N. MAZIAU, *Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale à la française, RDSS* 1999.469, spéc. p.481 et s.

SECTION I - LA LIBERTE DE LA PERSONNE SUR SON INTEGRITE GENETIQUE

49. Il est certain que l'homme dispose d'un pouvoir sur lui-même, lui permettant d'agir comme il l'entend. Savigny, adversaire de la reconnaissance d'un droit de l'individu sur son corps, admettait, néanmoins, que l'on « ne saurait méconnaître que l'homme dispose licitement de lui-même et de ses facultés. Il y a plus, tout droit véritable a ce pouvoir pour base et l'implique nécessairement »[91]. La liberté de la personne sur son intégrité lui conférerait alors un pouvoir de disposer d'elle-même. Pourtant, la Cour de cassation, lorsqu'elle invoque le principe d'indisponibilité du corps humain, semblerait contredire ce pouvoir[92].

Ce n'est qu'après avoir levé ce paradoxe en analysant, en général, l'étendue du pouvoir de la personne sur elle-même (§1), qu'il sera possible de déterminer comment ce pouvoir s'exerce lorsque les gènes en sont l'objet (§2).

§ 1 - L'étendue du pouvoir de la personne sur elle-même

50. Dans une acception extensive, l'indisponibilité, lorsqu'elle se rapporte, non plus aux biens, mais à la personne, signifierait que « la volonté humaine ne saurait avoir de prise sur les éléments constitutifs de l'être des personnes »[93]. Elle entraînerait une négation du pouvoir de l'homme sur lui-même.

Pourtant, force est de constater que l'individu jouit d'un pouvoir matériel sur lui-même, lui permettant, à l'instar du propriétaire, de disposer de sa personne.

---

[91] F. SAVIGNY, *Traité du droit romain*, traduction Ch. Guenoux, tome I, 1840, Firmin-Didot, p. 326.

[92] Cass. civ. 1re, 16 décembre 1975, *Bull. civ.* I, n°374, p.312 ; *D.* 1976.397, note R. Lindon ; *JCP* 1976.II.18503, note J. Penneau ; Cass. civ. 1re, 13 décembre 1989, *Bull. civ.* I, n°387, p. 260 ; *D.* 1990.273, rapp. J. Massip ; *JCP* 1990.II.21526, note A. Sériaux ; *Defrénois* 1990.743, obs. J.-L. Aubert ; Ass. Plén., 31 mai 1991, *D.* 1991.417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *JCP* 1991.II.21752, communication J. Bernard, concl. H. Dontenwille, note F. Terré ; *RTDC* 1991.517, obs. D. Huet-Weiller ; *Defrénois* 1991.947, obs. J. Massip ; M.Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. (A propos de la maternité de substitution), RTDC* 1992. 489.

[93] A. SERIAUX, note sous Cass. civ. 1re, 13 décembre 1989, *JCP* 1990.II.21526.

Si l'indisponibilité du corps humain ne s'oppose pas, en principe, à ce que la personne réalise, ou fasse réaliser par un tiers, des actes matériels de disposition par lesquels une atteinte irrémédiable serait portée à son intégrité[94](B), c'est parce qu'elle vise seulement à empêcher la personne d'effectuer des actes juridiques de disposition ayant pour objet la personne, au travers de son corps humain (A).

A) La prohibition de tous les actes juridiques de disposition ayant pour objet la personne

51. Le principe, d'origine prétorienne, d'indisponibilité du corps humain n'a pas été consacré par le législateur en 1994. Est-ce à dire que ce principe n'existe pas ? Une réponse négative pourra être donnée, après avoir établi que l'acception stricte de la notion d'indisponibilité, dégagée par la jurisprudence, n'est pas celle à laquelle le législateur s'est référé lorsqu'il a choisi de ne pas insérer le principe d'indisponibilité du corps humain dans le Code civil.

52. A l'origine, la jurisprudence associait le principe d'indisponibilité à l'état de la personne. Ainsi la Cour de Cassation énonçait-elle dans un arrêt du 12 juin 1838 que « l'état des personnes, consistant dans les rapports que la nature et la loi civile établissent indépendamment de la volonté des parties » et « n'étant ni dans le commerce ni à la libre disposition de celui à la personne duquel il s'identifie, ne peut faire la matière ni d'une convention (a.1128) ni d'une transaction (a.2045) »[95].

En 1989, la Cour de cassation a étendu le champ d'application de ce principe au corps humain pour condamner la pratique des maternités de substitution qui porte « tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître »[96].

53. L'indisponibilité du corps humain est fondée sur l'article 1128 du Code civil, selon lequel « il n'y a que les choses dans le commerce qui peuvent être l'objet de conventions ». Dans ce texte, le mot « commerce » ne doit pas être pris au sens strict[97] de « spéculation » mais renvoie au latin « *commercium* » et désigne la possibilité pour la chose d'être l'objet d'une convention par laquelle se réalise

---

[94] Sur la distinction Disposition juridique et Disposition matérielle, voir, D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Le corps humain,* Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.12, 1997, spéc. n°70 et s.
[95] Cass. civ., 12 juin 1838, *Jur. Gén. Dalloz*, t.XXXV, 1855, n°633-2°, p.379 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé,* thèse Paris II, 1997, n°226, p. 187.
[96] Cass. civ. 1re, 13 décembre 1989, *préc.* ; Ass. Plén., 31 mai 1991, *préc.*

« la transmission, la circulation des choses d'une personne à une autre »[98]. L'acte juridique de disposition porte, non pas directement sur la chose, mais sur le droit[99].

La jurisprudence a donc adopté un critère rigide de l'acte juridique de disposition, lié à la nature de l'acte, pour appliquer l'indisponibilité au corps humain. Cette dernière interdit, en effet, à la personne de se dessaisir du pouvoir qu'elle exerce sur son intégrité en effectuant des actes par lesquels s'opère une transmission d'un droit ayant pour objet son corps humain, par la voie de la cession, à titre onéreux ou gratuit, ou d'un abandon.

54. Il faut alors remarquer qu'en recourant à l'article 1128 du Code civil pour dégager le principe d'indisponibilité du corps humain, les juges ont sans doute étendu la notion de « chose hors du commerce » au-delà de ce qu'elle recouvrait initialement : en effet, l'article 1128 du Code civil n'avait certainement pas vocation à s'appliquer au corps humain[100], sauf à le considérer comme une chose et non comme la personne.

Certains auteurs ont néanmoins adopté une telle qualification de chose à l'égard du corps humain. Ainsi, Aurel David considérait, en 1955, que, même si le corps humain est « le signalisateur de la personne »[101], il possède « toutes les propriétés des choses et aucune des propriétés personnelles»[102]. Plus récemment, M. J.-C. Galloux a rompu avec le dogme moniste de la personne, selon lequel corps et personne ne font qu'un, pour affirmer que le corps est « une chose en toutes circonstances. Il est le support de la personne, il ne se confond pas avec elle, il la révèle au droit»[103].

Cette analyse va à l'encontre de l'évolution historique concernant le statut juridique du corps humain. Certes, la loi des XII tables assimilait le corps humain à une chose puisqu'elle conférait au créancier la possibilité de vendre son débiteur

---

[97] P.A FENET, *Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, Paris Videcoq, 1836, p.52.
[98] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, LGDJ, 1914, n°2648, p. 825.
[99] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome III, *Les biens*, LGDJ, 1926, n°218, p.221.
[100] I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ 1997, n°119, p.87 ; M. GOBERT, *Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. (A propos de la maternité de substitution), RTDC* 1992. 489, spéc. n°26, p. 514.
[101] A. DAVID, *Structure de la personne humaine*, PUF, 1955, p. 49.
[102] *Op. cit.*, p.48 et 79. A savoir quantifiable, stable, identifiable, inévaluable, libre...
[103]J.-C. GALLOUX, *De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant, R.R.J.* 1989-3.521 et spéc., n°33, p.538 ; également, *De corpore jus. Premières analyses sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n°s 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, Les petites affiches*, numéro spécial Bioéthique, 14 déc. 1994, p. 18.

comme esclave, dans le cas où ce dernier ne s'acquittait pas de sa dette. Mais, l'abolition de l'esclavage[104] implique le rejet de la conception réelle attachée au corps humain pour élever celui-ci au rang de personne. La nature personnelle du corps humain a reçu une consécration législative par l'insertion des dispositions relatives au respect du corps humain dans le livre premier du Code civil relatif aux personnes, et non dans celui consacré aux biens.

55. Le corps humain n'est donc indisponible que lorsque, « substratum de la personne »[105], il se confond avec celle-ci. De la notion de « chose hors du commerce », induite de l'article 1128 du Code civil, la jurisprudence a glissé vers celle de «personne hors du commerce » pour interdire à la personne de transmettre à autrui un droit sur elle-même en lui cédant son corps en entier[106] (vente, donation...)[107].

56. Le principe d'indisponibilité du corps humain ne saurait s'opposer à la conclusion d'un acte juridique qui n'est pas de disposition, alors même que cet acte aurait pour objet la personne, tel le contrat de travail ou le contrat médical.

57. Le contrat de travail consiste en un « louage d'ouvrage et d'industrie » (article 1779 et s. du Code civil) par lequel la personne engage ses services, au profit de l'employeur, contre rémunération. Parce qu'il s'analyse en une « location » des forces de travail, ce contrat ne réalise pas un transfert de droit de la personne sur elle-même. Il n'en résulte pas pour autant qu'un acte juridique de disposition ne puisse pas être réalisé à l'occasion du contrat de travail. En effet, en louant ses services à l'employeur, la personne est susceptible de céder à ce dernier des droits patrimoniaux sur les résultats de son travail, tels ceux liés à la création de logiciels[108]. Mais ces actes juridiques de disposition sont licites car ils ne portent pas sur la personne.

58. De même, le contrat médical comporte « pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade,(...), du moins de lui donner des soins non pas quelconques, (...), mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite des

---

[104] Décret-loi du 27 avril-3 mai 1848.

[105] J. CARBONNIER, *Droit civil- 1/ Les personnes. Personnalité, Incapacités, Personnes morales*, Thémis PUF, 20e éd. 1996, n°4, p.19.

[106] R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, 1996, n°167, p. 97 ; D. THOUVENIN, *La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ?, Actes*, juin 1985, n°49/50.

[107] L'indisponibilité du corps humain s'oppose ainsi à la maternité de substitution, par laquelle une personne s'engage à concevoir un enfant en vue de le céder à sa naissance. En effet, tant que l'enfant n'est pas encore né, il est *pars viscerum matris* et donc, en transférant un droit sur l'enfant à naître, la mère porteuse cède un droit sur elle-même.

[108] Article L.113-9 du code de la propriété intellectuelle.

circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science »[109]. En concluant ce contrat, le patient ne transfère aucun droit sur son corps au médecin ; il s'oblige seulement à verser au praticien une rémunération en contrepartie de soin. Lorsque l'exécution du contrat médical exige de porter une atteinte à l'intégrité corporelle, le patient doit également, en principe, consentir à l'atteinte[110]. Ce consentement a pour effet de conférer au médecin, non pas un droit sur le corps humain, mais un pouvoir d'agir sur celui-ci. Il n'est donc pas un acte juridique de disposition portant sur la personne.

59. Le principe d'indisponibilité du corps humain, qui empêche la personne de transférer à un tiers, par un acte de cession ou d'abandon, un droit sur elle-même, « ne s'oppose pas, *a priori,* à la conclusion d'actes juridiques qui relèvent seulement de l'Administration »[111]. Aussi, pour caractériser, parmi les actes juridiques ayant pour objet la personne, ceux qui ne sont pas prohibés, pourrait-on qualifier d'administration, l'acte juridique par lequel la personne confère à autrui un pouvoir sur elle-même sans lui céder un droit sur son corps humain en entier.

60. C'est parce que le législateur n'entendait pas l'indisponibilité du corps humain d'une manière aussi stricte qu'il a choisi de ne pas insérer le « principe d'indisponibilité du corps humain» dans la rédaction définitive des articles du Code civil, à la différence de ce qui était initialement prévu par le projet de loi relatif au corps humain[112]. L'article 16-1 alinéa 3 du Code civil dispose, en effet, que « le corps humain ou ses éléments ne peuvent être l'objet d'un droit patrimonial». La substitution par le législateur de la non-patrimonialité du corps humain à son indisponibilité s'explique par le constat que « l'homme dispose d'un très large pouvoir sur lui-même à l'égard de son corps»[113].

61. La suppression de toute référence au principe d'indisponibilité du corps humain, si elle atteste la volonté du législateur de ne pas consacrer, dans son sens large, l'indisponibilité du corps humain, ne signifie pas que le législateur en ait nié l'existence, dans son acception stricte. Au contraire, les travaux préparatoires de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 rappellent que le principe d'indisponibilité du corps

---

[109] Cass. civ., 20 mai 1936, *D.P.* 1936.I.88, concl. Matter, rapp. Josserand, note E.P. ; *S.* 1937.I.321, note A. Breton ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41, concl. Matter.

[110] Sur la distinction entre le consentement au contrat médical et le consentement à l'atteinte, voir *infra* n°123

[111] D. FENOUILLET*, Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Le corps humain*, Juris.-class. civil, art. 16 à 16-12, fasc. 12, 1997, n°136.

[112] Projet d'article 17 alinéa 3 du Code civil adopté par l'Assemblée nationale en première lecture : la loi « assure l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain » ; SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au corps humain*, G. Cabanel, n°230, 12 janvier 1994, p.76.

doit être entendu « non pas comme l'interdiction de disposer librement de celui-ci mais comme l'interdiction d'en faire un objet de commerce»[114]. En effet, dans un sens strict, l'indisponibilité du corps humain n'entraîne pas une négation du pouvoir de l'individu sur lui-même, puisqu'elle ne vise que les actes juridiques de disposition, par lesquels la personne céderait à autrui ses droits[115].

Ainsi que l'énonce Mme D. Fenouillet, « il n'est pas contradictoire de conférer à la personne une liberté corporelle et de lui dénier le pouvoir de disposer juridiquement, par convention, de son corps. (...) Parce que le corps est la personne même, il est logique, d'une part qu'elle ne puisse constituer sur lui(...) un droit réel quelconque, d'autre part qu'elle puisse librement décider de son sort factuel »[116].

Il ressort donc des travaux préparatoires de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 que le législateur a seulement entendu prohiber la conclusion des actes juridiques de disposition ayant pour objet la personne sans interdire les autres actes juridiques à l'occasion desquels l'individu pourra, en principe, autoriser un tiers à porter une atteinte matérielle à son intégrité.

B) La licéité de certains actes matériels de disposition ayant pour objet la personne

62. Alors que la distinction des actes matériels et des actes juridiques est peu étudiée lorsque ceux-ci ont pour objet un bien[117], elle s'avère d'une grande utilité à l'égard des actes ayant pour objet la personne car elle permet de connaître, parmi les atteintes portées à l'intégrité de la personne, celles qui sont licites ou illicites.

A la différence de l'acte juridique ayant pour objet la personne, qui porte directement sur le « pouvoir » qu'elle exerce sur son intégrité, l'acte matériel porte directement sur la « matière », à savoir la personne. A l'inverse de l'acte juridique de disposition, l'acte matériel, même s'il réalise une atteinte à l'intégrité,

---

[113] SENAT, *Rapport préc.,* p.45.
[114] SENAT, *Rapport préc.*
[115] F. CHABAS, *Le corps humain et les actes juridiques en droit français,* dans*, Le corps humain et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1975, tome XXVI, p.225, spéc. p.228 : "L'homme peut disposer de son corps mais il ne peut concéder à d'autres ses prérogatives".
[116] D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Le corps humain*, Juris.-class. Civil, art. 16 à 16-12, fasc. 12, 1997, n°73.
[117] C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Thèse Paris II, LGDJ 1999, n°77 et s., p. 54 et s.

n'entraîne pas un transfert de droit de la personne sur elle-même à autrui. Cet acte matériel peut être effectué par la personne elle-même ou par un tiers.

63. Exercée par la personne elle-même, la faculté de « disposition matérielle » est absolue. Ainsi, le suicide « expression tragique d'une volonté individuelle et libre, par principe, quant au moment où intervient la décision fatale et aux moyens matériels de la réaliser »[118], échappe à toute sanction pénale[119].

64. Lorsque l'atteinte est exécutée par un tiers à la place de la personne qui l'y autorise, elle suppose, au préalable, la conclusion d'un contrat, tel le contrat médical. Licites par leur objet, ces contrats pourront, toutefois, devenir illicites par leur cause, lorsqu'ils ne répondent pas à une finalité médicale ou de recherche. En exécution d'un contrat médical, le médecin peut être autorisé par la personne à réaliser une atteinte matérielle à l'intégrité de celle-ci. Cette atteinte pourra licitement être effectuée tant que l'acte médical ne fait pas courir selon l'article 40 du Code de déontologie médicale « un risque injustifié au patient »[120]. La licéité des actes matériels médicaux est donc déterminée en fonction de la gravité de l'atteinte qu'ils sont susceptibles de causer à l'intégrité.

65. Dans le droit des biens, le critère de la gravité des actes permet de distinguer les actes, juridiques ou matériels, de disposition et d'administration. En effet, la distinction entre les actes de disposition et d'administration repose aujourd'hui davantage sur un critère souple, fondé sur les incidences économiques de l'acte sur l'ensemble du patrimoine, que sur une conception rigide liée à la nature juridique de l'acte[121].

---

[118] J. ROBERT, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Domat Montchrestien, 6e éd. 1996, p. 210 ; Le suicide est la manifestation de la liberté de se tuer : F. TERRE dans, *Le suicide,* sous la direction de F. Terré, 1994, PUF, *Préface,* spéc. p. 19 ; D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Le corps humain*, Juris.-class. civ., art. 16 à 16-12, fasc. 12, 1997, n°73.

[119] Cass. crim., 23 avril 1971, *Bull. crim.* n°116, p.301 : Le suicide ne constituant ni un crime ni un délit visé par l'article 63 al. 1 de l'ancien Code pénal (article 223-26 du nouveau Code pénal), il ne « pouvait (...) être juridiquement soutenu que l'inculpé, dont le fils s'était suicidé, s'était volontairement abstenu d'empêcher, par son action immédiate, un fait qualifié crime ».

[120] Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, *JO* 8 septembre.

[121] R. VERDOT, *De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes "d'administration" et des actes de "disposition", RTDC* 1968.449 ; F. LEDUC, *L'acte d'administration en droit privé. Nature et fonctions*, thèse Bordeaux, L'espace juridique 1992, n°59 p.60 et n°160, p.146 ; R. VERDOT et P. HEBRAUD, Rép. civ. Dalloz, v° *Acte*, 1970, n°167.

L'acte de disposition est un acte anormal qui compromet l'avenir, alors que l'acte d'administration est un acte de mise en valeur normale du patrimoine[122]. La normalité ou l'anormalité des effets de l'acte sur le patrimoine s'apprécie, notamment, en comparant l'utilité de l'acte par rapport à ses risques. « Exclusion de tout risque dans l'opération envisagée, obtention, grâce à celle-ci, d'un avantage certain et immédiat » tels sont les deux éléments qui définissent, selon M. R. Verdot, l'acte de simple administration[123]. Mais comme tout acte comporte en lui-même un risque si minime soit-il, il est sans doute préférable de qualifier d'acte d'administration, celui qui ne comporte pas de risque prévisible sérieux[124].

66. Si nous avons adopté un critère rigide de l'acte juridique de disposition ayant pour objet la personne pour déterminer l'acception de l'indisponibilité du corps humain, en revanche, le critère souple, fondé sur la normalité ou l'anormalité de l'acte, semble davantage convenir lorsqu'il s'agit de classer les actes matériels effectués sur la personne. Il en résulterait que tout acte inutile à la santé de la personne et qui entraîne ou risque d'entraîner des atteintes très graves à l'intégrité serait anormal et devrait recevoir la qualification d'acte matériel de disposition. Les actes utiles et sans risque sérieux seraient des actes matériels d'administration.

67. Un tel critère de distinction, lié aux incidences de la réalisation des actes matériels sur l'intégrité du patient, a l'inconvénient, comme pour la classification des actes patrimoniaux, « d'exiger dans chaque espèce une appréciation fondée sur les circonstances de fait »[125]. En outre, une attention particulière doit être portée à deux sortes d'actes : l'acte utile à la santé de la personne mais comportant des risques sérieux prévisibles et l'acte inutile qui n'entraîne pas pour autant de tels risques. En effet, ces deux actes pourraient appartenir à la catégorie des actes d'administration ou à celle des actes de disposition selon que l'on privilégie le critère de l'utilité de l'acte ou celui de ses risques. Pourtant le véritable critère de distinction ne consiste pas tant dans l'utilité ou dans les risques de l'acte, envisagés séparément, que dans la normalité ou l'anormalité de l'acte appréciée au

---

[122] A. TRASBOT, *L'acte d'administration en droit privé français*, Thèse bordeaux, 1921, p.199 ; P.-A. PAGEAUD*, Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire*, Thèse Poitiers, 1941, n°123, p. 67.

[123] R. VERDOT, *La notion d'acte d'administration en droit privé français,* LGDJ 1963, n°376, p. 271. Il utilise le terme d'acte de simple administration pour désigner l'acte effectué sur le patrimoine d'une personne incapable et réserve le terme d'acte de gestion au mode d'action sur le patrimoine d'une personne capable.

[124] P. Le BARON, *L'acte d'administration en droit civil français*, Thèse Paris, 1916, p. 141. Il s'agit, plus précisément, de risque « normalement » prévisible car, comme cela sera développé ultérieurement, la jurisprudence distingue parfois, au sein des risques prévisibles, ceux dont la survenance est exceptionnelle de ceux normalement prévisibles, voir *infra* n°146 et s.

regard de ces deux critères. L'appréciation de cette normalité résulte d'une comparaison entre l'utilité et les risques de l'acte. Ainsi, l'acte serait de disposition lorsque ses risques seront supérieurs à l'utilité que la personne pourrait en retirer. Dès lors l'acte utile comportant des risques sérieux et l'acte inutile sans risque sérieux seraient des actes de disposition.

68. Seuls certains actes matériels de disposition qui entraînent ou risquent d'entraîner une atteinte sérieuse à l'intégrité de la personne ne peuvent pas être valablement réalisés par un tiers : il s'agit de ceux qui sont inutiles à la santé *et* qui causent ou risquent de causer une atteinte irrémédiable à l'intégrité.

69. En revanche, les actes matériels, alors même qu'ils entraînent ou risquent d'entraîner une atteinte irrémédiable au corps humain, peuvent être effectués par autrui lorsqu'ils sont utiles à la santé de la personne. Par exemple, la personne souffrant du syndrome du transsexualisme, ce « sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé, malgré une conformation sans ambiguïté en rapport avec le sexe chromosomique et un besoin intense et constant de changer de sexe et d'état civil »[126], peut, dans un but thérapeutique, subir une opération médicale tendant à modifier son sexe anatomique afin de le mettre en harmonie avec son sexe psychologique. L'opération est un acte matériel de disposition car elle modifie, de façon irrémédiable, le sexe anatomique de la personne. Mais utile à la personne, le praticien peut licitement réaliser un tel acte médical[127].

Est également autorisé, l'acte matériel de disposition inutile à la santé de la personne mais ne comportant pas de risque sérieux normalement prévisible, tel

---

[125] R. VERDOT et P. HEBRAUD, Rép. civ. Dalloz, v° *Acte*, 1970, n°168.

[126] R. KUSS, Rapport présenté le 29 juin 1982 à l'Académie de médecine, *Bull. Acad. Nat. Méd.*, 1982, n°6, p. 819.

[127] Cet acte matériel de disposition a, en outre, modifié la situation de fait sur laquelle est fondé l'état de la personne, mais ni l'indisponibilité du corps humain, ni celle de l'état des personnes ne saurait interdire la modification de l'état civil de la personne : Ass. plén. 11 déc. 1992 (2 arrêts), *JCP* 1993.II.21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau ; *Gaz. Pal.* 1993.1.180, concl. M. Jéol ; *Defrénois* 1993.414, obs. J. Massip ; *RTDC* 1993. 97 et 325, obs. J. Hauser, rendu après que la France a été condamnée par la C.E.D.H., le 25 mars 1992, *JCP* 1992.II.21955, note T. Garé ; *D.* 1993.101, note J.-P. Marguénaud ; *RTDC* 1992.540, obs. J. Hauser). Sur la jurisprudence antérieure, voir notamment, Cass. civ. 1re, 16 décembre 1975, *Bull. civ.* I, n°374, p.312 ; *D.* 1976.397, note R. Lindon ; *JCP* 1976.II.18503, note J. Penneau ; Cass. civ. 1re, 30 novembre 1983, *Bull. civ.* I, n°284, p. 253 ; *JCP* 1984.II.20222, concl. P.-H. Sadon, note J. Penneau ; *D.* 1984.165, note B. Edelman ; Cass. civ. 1 re, 3 mars 1987 et 31 mars 1987, *Bull. civ.* I, n°79, p. 59 et n°116, p. 87 ; *D.* 1987. 445, note P. Jourdain ; *JCP*1988.II.21000, note E. Agostini ; M. Gobert, *Le transsexualisme, fin ou commencement, JCP* 1988.I.3361 ; Cass. civ 1re, 21 mai 1990, *Bull. civ.* I, n°117, p. 83 ; *D.* 1991.169, rapp. J. Massip ; *JCP* 1990.II.21588, rapp. J. Massip, concl. F. Flipo ; M. Gobert, *Le transsexualisme ou la difficulté d'exister, JCP* 1990.I.3475 ; *RTDC* 1991.289, obs. J. Hauser.

celui qui est réalisé à l'occasion des recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct.

* *

*

70. Ainsi, alors l'acte juridique de disposition de la personne, défini selon un critère strict, est toujours interdit, l'acte matériel de disposition, eu égard au critère souple adopté, ne l'est qu'exceptionnellement.

71. La classification des actes ayant pour objet la personne peut être synthétisée sous la forme du tableau suivant :

Etendue du pouvoir de la personne sur elle-même		
	Acte Matériel sur la Personne (critère souple fondé sur la gravité de l'atteinte)	Acte Juridique sur la Personne (critère rigide fondé sur la nature de l'acte)
Définition	Acte qui porte directement sur la personne	Acte qui porte directement sur le pouvoir de la personne
Acte d'Administration	Acte utile à la santé de la personne *et* qui n'entraîne pas et ne risque pas d'entraîner une atteinte sérieuse à l'intégrité de la personne : acte autorisé	Acte par lequel la personne confère à autrui un pouvoir sur elle-même sans transférer, par la voie d'une cession ou d'un abandon, un droit sur sa personne : acte autorisé
Acte de Disposition	Acte inutile *et* comportant ou risquant de comporter une atteinte sérieuse à l'intégrité de la personne : acte prohibé Acte inutile mais qui n'entraîne pas et qui ne risque pas d'entraîner une atteinte sérieuse à l'intégrité de la personne : acte autorisé Acte utile mais qui entraîne ou qui risque d'entraîner une atteinte sérieuse à l'intégrité de la personne : acte autorisé.	Acte par lequel la personne se dessaisit de son pouvoir sur elle-même au profit d'un tiers en lui transférant, par la voie d'une cession ou d'un abandon, un droit sur elle-même : acte prohibé par le principe d'indisponibilité du corps humain

72. Les limites posées à la liberté de la personne quant au pouvoir qu'elle est susceptible d'exercer sur elle-même dépendent de son objet : la personne. Afin de connaître si de telles limites auront vocation à s'appliquer à l'étude génétique de prédisposition, il est donc nécessaire de s'intéresser à l'objet sur lequel la personne exerce son pouvoir : les gènes.

§ 2 - L'objet du pouvoir de la personne : les gènes

73. Pour réaliser une étude génétique de prédisposition, il est nécessaire de prélever le gène sur le corps humain avant de décrypter l'information génétique de la personne à contracter une maladie ou à la transmettre. Elément du corps humain, le gène devient le support d'une information relative à la santé génétique de l'individu.

74. Si le gène se confondait avec la personne, il ne pourrait être l'objet d'aucun acte juridique de disposition. Or, d'une part, la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 en autorisant le don des éléments et produits du corps humain admet que le gène, présent dans chacune des cellules du corps humain, puisse être l'objet d'un acte juridique de disposition. D'autre part, la loi n°94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés[128], rend licite la cession des informations génétiques à un organisme de recherche.

Pour éviter que le principe d'indisponibilité du corps humain ne soit contredit, ces actes juridiques de disposition obligent nécessairement à qualifier le gène, élément du corps humain, (A) et l'information qu'il véhicule (B) de choses, à tout le moins, en certaines circonstances.

---

[128] *JO* 2 juillet

A) Le gène, élément du corps humain

75. Avant de découvrir les prédispositions d'une personne, il est nécessaire de prélever le gène du corps humain et donc de porter une atteinte à l'intégrité physique de la personne. Le prélèvement[129], qui désigne l'action d'extraire des substances du corps humain, n'est pourtant pas un acte matériel de disposition du corps humain, puisque ce prélèvement n'implique, en principe, qu'une atteinte minime à l'intégrité corporelle[130].

76. Néanmoins, ce prélèvement s'accompagne parfois d'une cession des gènes. En effet, pour permettre aux chercheurs d'identifier les gènes de prédisposition, des « collections d'échantillons biologiques » sont constituées. Elles réunissent des prélèvements biologiques effectués sur un groupe de personnes sélectionnées en fonction de leurs caractéristiques biologiques ou cliniques (article L.145-16-1 du Code de la santé publique). La constitution de ces collections repose sur un don des échantillons par les personnes[131]. Si une telle cession révèle la nature réelle et non personnelle des gènes, est-ce à dire que le gène constitue une chose en toute circonstance ? Encore faut-il distinguer selon que le gène est attaché, détaché ou détachable de son support.

77. Tant que le gène de prédisposition fait partie intégrante du corps humain, il en est un élément fonctionnel et en emprunte le statut juridique[132].

Les auteurs qui refusent de reconnaître que le corps humain est la personne[133], qualifient alors le gène de chose. Ainsi, pour M. J.-C. Galloux, le corps étant une chose, le matériel génétique de l'homme, condition nécessaire et suffisante à l'apparition du corps, l'est aussi[134].

Mais, la conception réelle du corps humain a été rejetée par le droit[135]. Incarnation de la personne, le corps humain agrège tous les éléments qui en

---

[129] A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert 1993, vol. II.
[130] D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. La génétique humaine. La personne,* Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.32, 1997, spéc. n°14.
[131] MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Rapport sur la protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN,* 10 juin 1994.
[132] D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. La génétique humaine. L'espèce,* Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.30, 1997, spéc. n°23 : « Elément du corps humain, le gène doit suivre la qualification du corps qui, en tant qu'il est le substratum de la personne, n'est pas, en principe, une « chose » « dans le commerce » ».
[133] A. DAVID, *Structure de la personne humaine*, PUF, 1955 ; J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse Bordeaux, 1988.
[134] Thèse, *op. cit.*, p. 97.
[135] Voir *supra*, n°54.

assurent la régulation pour les imprégner de son essence. Ainsi, le gène intégré au corps est-il, lui-même, la personne. Il ne pourrait être l'objet d'un acte de cession s'il ne pouvait pas être détaché du corps humain.

78. La qualification personnelle du gène n'est pas immuable ; liée à la fonctionnalité du gène pour le corps humain, elle disparaît avec le détachement du gène de son support. En effet, « le corps n'est considéré comme la personne que dans la mesure où il « supporte» la personne, c'est-à-dire le sujet de droit »[136]. En étant détaché du corps humain et de sa fonction, le gène devient une chose susceptible d'être l'objet d'acte juridique de disposition. Les éléments et produits du corps humain, depuis longtemps entrés dans le commerce juridique, feraient de l'indisponibilité du corps humain une outre vide[137], s'ils étaient assimilés à la personne.

79. En même temps qu'il assure la première mise en circulation du gène dans le commerce juridique, l'acte de détachement détermine le changement de nature du gène : de personne, il devient chose. A l'inverse, M. A. Giudicelli considère qu'il s'agit, non pas d'un changement de nature, mais de l'apparition d'un élément nouveau qui reçoit une qualification propre. Selon cet auteur, il est impossible d'accorder une qualification spécifique au gène avant son détachement, laquelle n'apparaîtrait qu'une fois le prélèvement effectué. Il se fonde sur le caractère non isolable du gène avant son détachement[138]. Mais, si un élément du corps humain est une émanation de la personne tant qu'il n'en est pas détaché, la personne ne peut autoriser un prélèvement du gène, effectué en vue de le céder. En effet, l'autorisation est antérieure à la réalisation de l'acte qui opérera le changement de qualification : elle intervient alors que le gène est personne. Pour que l'individu puisse autoriser la cession des éléments de son corps, au regard de l'indisponibilité du corps humain, il est nécessaire, avant de dissocier ces éléments du corps, de les

---

[136] X. LABBEE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, thèse Lille, PUL, 1990, p.57, et note sous, T.G.I Toulouse, 16 juillet 1992, *JCP* 1992.II.21965.

[137] M. GOBERT, *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. (A propos de la maternité de substitution), RTDC* 1992. 489 et s. spéc. note 102: « Car le prétendu principe d'indisponibilité du corps humain n'était, en réalité, que l'expression d'exceptions au principe inverse ! »

[138] A. GIUDICELLI, *La génétique humaine et droit. A la redécouverte de l'homme*, thèse Poitiers, 1993, p. 113 : « Il ne peut y avoir changement de nature que dans l'hypothèse où la partie qui se détache est isolable avant son détachement ».

qualifier *fictivement* de chose. Cette qualification oblige à considérer le gène, même non encore détaché, comme détachable du corps humain[139].

80. La perspective de détachement du gène du corps humain conduit à envisager le gène d'une manière indépendante de son contenant. En le rendant détachable, elle impose de lui attribuer une autre nature, fictive.

81. Empruntée au droit des biens, la distinction entre les immeubles par destination et les meubles par anticipation permet de retoucher le critère physique de mobilité ou d'immobilité d'un bien en lui conférant fictivement une nature différente de la sienne. Ainsi, l'immeuble par destination est un meuble par nature que le droit traite comme un immeuble en raison du lien qui l'unit à l'immeuble dont il constitue l'accessoire[140].

82. En s'inspirant de la notion d'immeuble par destination, M. R. Perrot a utilisé le terme de personne par destination[141], pour désigner des choses, telles les prothèses dentaires et les éléments nécessaires aux handicapés, qui sont, fictivement, considérées comme des personnes dès qu'elles sont affectées au service du corps humain. Les prothèses, éléments accessoires du corps humain, lui empruntent la qualification de personne pour épouser son régime. En conséquence, du fait que les prothèses sont « partie intégrante de la personne humaine», elles ne peuvent faire l'objet ni d'une saisie fondée sur l'article 592-2 du Code de procédure civile[142] (a. 14 du N.C.P.C. issu de la loi du 9 juillet 1991), ni d'un droit de rétention au profit du prothésiste[143].

83. Mais l'élément principal, le corps humain, ne peut, lui, avoir une nature fictive : il est personne par nature. Il faut donc rejeter la conception de M. J.-P. Baud[144] selon laquelle le corps est une personne par destination[145]. Le corps serait

---

[139] *Contra*, F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz 6e éd. 1996, n°58, p.53 : «Il n'y a pas de place en la matière, du moins quand il s'agit des éléments (du corps humain), pour une théorie des éléments par anticipation ».

[140] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil- Les biens, la publicité foncière*, Cujas, 4e éd. par Ph. Théry, 1998, n°132 p.43.

[141] R. PERROT, obs., Douai, 14 octobre 1983 et TGI Lille 16 novembre 1983, *RTDC* 1985.455: « A partir du moment où une prothèse est posée, - qu'elle soit amovible ou non, peu importe -, elle reçoit une affectation au corps humain qui en fait, en quelque sorte, une « personne par destination », insaisissable à ce titre ».

[142] Cass. civ .1re, 11 déc. 1985 : *Bull. civ.* I, n°348, p. 313 ; *JCP* 1986.IV.71.

[143] Cass. civ 1re, 9 oct 1985 : *Bull. civ.* I, n°251, p. 225 ; *Gaz. Pal.* 1986.1.150.

[144] J.-P. BAUD, *Le corps, personne par destination*, dans, *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller. Droits des personnes et de la famille*, LGDJ, 1994, p.13 ; également, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Seuil, 1993.

[145] Voir également, F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique,* Thèse Paris I, dact., 1997, n°212, p.180.

alors une chose fictivement traitée comme la personne. Or, tant que persiste l'unité du corps, ce n'est pas d'une fiction que procède son assimilation à la personne.

84. La notion de personne par destination s'applique à des choses corporelles qui ont vocation à s'intégrer dans la personne pour en emprunter le statut. Cette notion ne saurait justifier le prélèvement de gènes qui consiste dans l'opération inverse grâce à laquelle un élément de la personne s'en détache pour devenir une chose. C'est plutôt à la notion de chose par anticipation qu'il faut recourir pour qualifier le gène avant son détachement du corps. De même que le meuble par anticipation est un immeuble par nature dont on anticipe la qualification mobilière, en raison de la perspective de son détachement du sol, la chose par anticipation est un élément de la personne, destiné prochainement à en être séparé et qualifié, par avance, de chose. Personne avant d'être prélevé du corps, le gène, qui en est détachable, a la nature fictive d'une chose sur laquelle l'individu peut accomplir des actes juridiques de disposition. La perspective de détachement du gène, en même temps qu'elle isole intellectuellement le gène du corps humain, permet donc de l'envisager comme une chose par anticipation.

85. Il y a, par conséquent, un changement de nature du gène : de personne lorsqu'il était intégré au corps, il a été considéré comme une chose par anticipation en vue de son prélèvement, puis, détaché du corps, il est devenu une chose complexe dont le support corporel révèle une information incorporelle sur la prédisposition. Lorsque le gène est une chose, il peut faire l'objet d'un acte juridique de disposition. Pourtant, porteur de l'information génétique de la personne, il est une chose particulière qui conserve la trace de la personne[146].

B) Le gène, porteur d'une information génétique sur la santé de la personne

86. « Le sang humain ne circule plus seulement dans les vaisseaux de celui dont il entretient la vie. Prélevé hors de ces vaisseaux, il révèle, à qui le scrute, les secrets de l'homme »[147]. Analysé par le généticien, le contenu du gène constitue une information juridique sur la santé génétique de la personne, élément de sa vie privée.

---

[146] F. BELLIVIER, *op. cit.*, n°171, p.148.
[147] R. SAVATIER, *De sanguine jus, D.* 1954. 141.

87. L'information juridique est « un message quelconque exprimé dans une forme qui la rend communicable à autrui»[148]. Elle comporte deux sujets : d'un côté, celui qui met en forme l'information ; de l'autre, celui qui est supposé la recevoir. Elle porte sur un objet distinct du sujet.

88. On ne peut pas qualifier le gène d'information juridique tant qu'il adresse un « message biochimique (...) à la cellule pour synthétiser la protéine dont cette cellule a besoin pour assurer sa fonction». Il s'agit, alors, d'une *information génétique primaire contenue dans le génome*[149], ne réunissant pas les conditions de l'information juridique. En effet, elle s'exprime dans la personne, sans aucune intervention humaine extérieure. L'impossibilité d'établir une relation entre deux sujets, qui en résulte, s'ajoute à celle de distinguer son objet de son sujet en raison de la confusion du gène, élément fonctionnel du corps humain, avec la personne.

89. En revanche, une fois prélevé, le gène se détache de son support pour devenir une chose corporelle, porteuse d'une *information génétique dérivée relative au génome*[150] qui seule mérite la qualification d'information juridique. Ainsi, en traduisant les séquences génétiques codantes dans un langage compréhensible, le biologiste moléculaire crée une information, qui est une chose incorporelle[151]. En effet, détachée du corps de la personne, l'information « n'est pas la personne, ni la programmation de la personne. Elle forme plutôt un message qui donne le profil de la personne, lui confère une potentialité, une possibilité à la fois de vie et de risque »[152].

90. L'information génétique sur les prédispositions, parce qu'elle donne un renseignement sur l'état de santé futur de la personne, constitue un élément de sa vie privée. Gardant la marque de la personne, l'information génétique réunit les deux éléments constitutifs de la vie privée : elle donne un renseignement sur la personne et elle en permet l'identification.

---

[148] P. CATALA, *La "propriété" de l'information*, dans, *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985,p. 97 et s., spéc. p.99 ; également, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information, D.* 1984.97.

[149] L. CADIET, *La notion d'information génétique en droit français*, dans, *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, dir. B.-M. Knoppers, L. Cadiet et C.M. Laberge, Litec, 1992, p.42 et s, spéc. p. 48 et 49.

[150] L. CADIET, *op. cit.*

[151] J-C GALLOUX, *Ebauche d'une définition juridique de l'information, D.* 1994. 229.

[152] H. GUAY, B.-M. KNOPPERS, *Information génétique et communication en droit québécois, RGD*, vol. 21, 1990, note 16, 554-559, spéc. 557. Cité par L. Cadiet, *préc.*, p. 47.

91. D'une part, le renseignement fourni par l'étude génétique porte sur la santé de la personne et a la particularité d'être à la fois individuel et familial. Reposant sur l'analyse des caractères dont la transmission est héréditaire, la détection de prédisposition décèle l'histoire génétique des ascendants de la personne. Les informations relatives à la santé génétique témoignent de ce qu'il y a de plus intime chez l'homme et appartiennent « donc à la sphère la plus étroite de sa vie privée »[153]. Elles sont couvertes par le secret médical. Mais, parce que la détection des prédisposition indique le risque futur de la personne à contracter une maladie ou à la transmettre à sa descendance, la communication des résultats de l'étude génétique de prédisposition à la personne concernée est susceptible de provoquer de graves troubles psychologiques[154], encore que des précisions devront être apportées à ce sujet[155]. Si de tels troubles sont prévisibles et qu'aucun moyen n'est mis en œuvre pour en éviter la réalisation, l'étude génétique sera alors un acte matériel de disposition qui, pour être licite, devra être utile à la personne.

92. D'autre part, les informations sur les prédispositions génétiques constituent des éléments de la vie privée de la personne, puisque la connaissance du génotype, par essence unique à chacun, identifie l'individu[156]. Les impératifs de la recherche des gènes de prédisposition et des facteurs extérieurs qui déclenchent la maladie imposent, en pratique, de recourir à un traitement informatique. Or, le traitement automatisé, consistant, notamment, à collecter, enregistrer, élaborer, modifier, conserver et détruire des informations nominatives[157], implique une cession préalable des données. Acte juridique de disposition, la cession par la

---

[153] T.G.I. Paris réf., 20 juin 1973, *D.* 1974.766, note R. Lindon.

[154] D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. La génétique humaine. La personne,* Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.32, 1997, spéc. n°15.

[155] Ces troubles seront certainement atténués lorsque la détection de la prédisposition génétique sera suivie d'une indication des mesures de prévention du risque génétique Voir, *infra,* n°554.

[156] CNIL, *Les études et banques de données génétiques : les problèmes soulevés*, dans, *12ème Rapport d'activité de 1991*, Doc. Française, 1992, p. 89, spéc. p. 93. Le prélèvement de gènes est un « prélèvement biologique identifiant », selon la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (article 40-4 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n°94-548 du 1er juillet 1994), en ce sens qu'il est porteur « d'un message d'ADN contenant le génome, identifiant potentiel de chaque être humain de façon unique » : CNIL, *15e rapport d'activité de 1994*, Doc. Française, 1995, p.275.

[157] Articles 5 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 et 2. b de la directive n°95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, *JOCE* n° L 281, 23 novembre 1995. Ces informations pourront, en outre, être cédées à des tiers : article 19 de la loi *préc*.

personne des informations afférentes à sa santé à un organisme de recherche est licite car elle porte sur des choses.

93. Néanmoins, afin de protéger la personne contre les risques d'atteintes à sa vie privée que le traitement automatisé pourrait réaliser, il est, en principe, exigé, depuis la loi du 1er juillet 1994[158], que les données soient rendues anonymes avant d'être traitées (article 40-3). L'anonymat supprime l'atteinte à la vie privée car la protection du respect dû à la vie privée « ne saurait être étendue à des éléments, certes de nature à se rattacher à l'intimité de l'existence, mais ne concernant pas précisément celle de la personne qui s'estime lésée »[159]. Cependant, certains traitements exigent la collecte de données nominatives, tels ceux associés à des prélèvements biologiques identifiants. Lorsque les informations cédées conservent la trace de la personne, la personne détient le pouvoir de contrôler si l'utilisation, qui en est faite par son destinataire, est conforme à la finalité qui a gouverné la cession[160].

* *

*

94. La liberté de la personne sur son intégrité génétique explique que celle-ci puisse consentir à une étude de ses prédispositions par laquelle elle permet à des tiers de porter une atteinte matérielle à son intégrité : l'étude génétique implique, en effet, de prélever des gènes du corps humain en vue d'analyser une information génétique, élément de la vie privée de la personne. Pour éviter que la personne ne subisse l'emprise d'autrui sans qu'elle le veuille, il est nécessaire de rendre sa liberté opposable aux tiers par un droit : le droit de la personne au respect de la liberté sur son intégrité génétique.

---

[158] La loi n°94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* 2 juillet.

[159] T.G.I Paris, 1er février 1995, *D.* 1995.569, note B. Edelman.

[160] Tant que l'information identifie la personne, elle est un élément de sa vie privée qui explique que la personne se voit reconnaître, relativement à ses informations, un droit d'accès, de communication et de rectification : article 34 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, *préc* ; J.-C. GALLOUX, *L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ? , D.* 1999.13 , spéc. p.15.

SECTION II - LE DROIT DE LA PERSONNE AU RESPECT PAR LES TIERS DE SA LIBERTE SUR SON INTEGRITE GENETIQUE

95. Le principe d'inviolabilité, énoncé par l'article 16-1 alinéa 2 du Code civil, « affirme le droit de chacun d'être légalement protégé contre les atteintes des tiers. Il trouve son fondement dans l'idée que le corps humain, incarnation de la personne, participe de l'essence même de l'homme et doit bénéficier du respect dû à celui-ci»[161]. Il est, en effet, justifié par un axiome tant philosophique, exprimé au dix-neuvième siècle par Boistel[162], que religieux, traduisant le *noli me tangere* (ne me touchez pas) prononcé par le Christ ressuscité à Marie Madeleine[163].

96. Le Code civil ne s'étant pas attaché à définir juridiquement la personne, il n'en avait, par conséquent, pas déterminé le régime de protection. A l'origine, la protection prétorienne de l'intégrité physique et morale de la personne était exclusivement assurée par les règles de la responsabilité civile et pénale. La question s'est, ensuite, posée de l'existence d'un droit indépendant de l'action en réparation de l'atteinte à l'intégrité de la personne. Pour certains, il était inutile de recourir à la notion de droit pour protéger les éléments physiques et moraux de la personne. Les règles de la responsabilité civile étaient suffisamment adaptées pour assurer une protection efficace de la personnalité[164]. Certes, la sanction des libertés physique et morale a d'abord été assurée par le recours à l'article 1382 du Code civil, héritier de l'*actio injurium* du droit romain. Mais, l'application répétée de cette action a permis à la jurisprudence de dégager un droit ayant une existence autonome.

---

[161] ASSEMBLEE NATIONALE, *Exposé des motifs du projet de loi relatif au corps humain*, n°2599, 25 mars 1992, p.3.
[162] E. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Tome I, Paris, 1899, p.72.
[163] H. ROLAND et L. BOYER, *Les adages du droit français*, Litec, 4e éd. 1999, n°265, p.526.
[164] F. SAVIGNY, *Traité du droit romain*, traduction Ch. Guenoux, Firmin-Didot, 1840, tome I, p.326 ; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon, LGDJ, 1939, n°174, p. 361 et s. ; P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité ; une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978, n°30 et s., p. 34 et s ; C. ATIAS, *Les personnes, les incapacités*, PUF, 1985, n°20 et 21, p. 38 et s.

97. Ainsi, dans la ligne de l'article 8 de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[165], l'article 9 du Code civil, issu de la loi du 17 juillet 1970, dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée». Vingt quatre ans plus tard, le législateur énonce, en des termes identiques, le droit au respect du corps humain (article 16-1 du Code civil). Est ainsi témoignée la volonté du législateur de consacrer les droits au respect de l'intégrité corporelle et morale[166], en intégrant leurs sanctions dans le titre du Code civil relatif aux personnes et non sous les articles afférents à la responsabilité.

98. Si « plus l'on se rapproche du statut de la personne humaine en tant que telle, y compris dans sa vie privée ou familiale, plus le relief inhérent à la notion de droit subjectif s'atténue»[167], c'est parce que tout le pouvoir de l'individu sur son intégrité n'est pas susceptible d'être traité comme un droit. Il est, comme nous l'avons précédemment développé, l'expression de la liberté individuelle de la personne. Cette liberté est reconnue par le droit objectif dans ses deux aspects : en permettant à la personne de s'autodéterminer dans sa conduite corporelle, le législateur avalise une liberté physique ; en lui laissant la direction de sa vie privée, il garantit une liberté morale.

99. Pour sauvegarder la liberté de la personne, le législateur l'a prolongée par un droit au respect, afin de défendre son intégrité contre les actes extérieurs qui la menacent. Ainsi, parler de droit à l'intégrité physique ou morale est une imprécision de langage qui résulte d'un procédé elliptique. Il s'agit, plus précisément, du droit au respect de son intégrité physique et morale[168]. Le droit au respect protège la liberté physique et morale de la personne en lui laissant le choix de sa conduite face aux tiers. La rigueur supposerait donc de le qualifier de droit au respect dû à la liberté de l'intégrité physique et morale. Mais, dans la mesure où les articles 16-1 et 9 du Code civil se réfèrent aux droits au respect de l'intégrité du corps humain et de la vie privée, l'expression de « droit au respect de l'intégrité génétique », non utilisée par le législateur, sera, dans la suite des développements,

---

[165] C.E.D.H du 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974.

[166] Le terme « intégrité morale » s'il vise principalement, dans notre étude, la vie privée, s'applique également à l'image, l'honneur, la voix… : Ph. MALAURIE L. AYNES, *Cours de droit civil - Les personnes, les incapacités*, Cujas, 5e éd. par Ph. Malaurie avec le concours en droit fiscal de P.-J. Claux et N. Couzigou-Suhas, 2000, n°313, p. 138. Certains auteurs distinguent néanmoins l'intégrité morale de la vie privée : F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz 6e éd. 1996, n°93 et s., p. 81 et s. ; B. TEYSSIE, *Droit civil. Les personnes,* Litec, 4e éd. 1999, n°36 et s., p. 39 et s.

[167] F. TERRE, *Introduction à l'étude du droit*, Dalloz, 4e éd. 1998, n°256, p. 274.

employée pour insister sur sa double composante : il est un droit de la personne au respect par les tiers de sa liberté à la fois sur son intégrité corporelle et sur son intégrité morale, puisque l'étude génétique implique de prélever des gènes du corps humain et d'analyser des informations génétiques, éléments de la vie privée de la personne.

100. Même si le législateur reconnaît l'existence d'un droit au respect de l'intégrité, ce droit ne serait qu'une chimère de droit subjectif[169], s'il ne conférait pas à son titulaire une prérogative précise qu'il pourrait opposer aux tiers. La prérogative, conférée à la personne sur son intégrité génétique, fonde, par conséquent, la qualification du droit au respect de cette intégrité (§1). Elle devra, ensuite, être analysée (§2).

§ 1 - Qualification du droit au respect de l'intégrité génétique fondée sur la prérogative conférée à son titulaire

101. Alors que l'existence de la prérogative fonde la qualification du droit au respect de l'intégrité en droit subjectif (A), la finalité de cette prérogative oblige à reconnaître ce dernier comme un droit de la personnalité (B).

A) La qualification de droit subjectif fondée sur l'existence d'une prérogative

102. Si le droit au respect de l'intégrité est un prolongement de la liberté physique et morale, il se distingue, néanmoins, de cette liberté.

103. D'une part, il fait intervenir, dans sa définition, la condition d'inter-subjectivité, étrangère à la liberté. En effet, le droit au respect est « le droit de tenir les tiers en lisière d'un domaine réservé, de les tenir en respect et de pouvoir, dans ce domaine, échapper à leurs interventions, à leurs sollicitations (même avec sollicitude)»[170].

---

[168] Le législateur ne s'y est pas trompé : la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 se réfère au respect du corps humain alors qu'initialement, le projet de loi portait sur le corps humain ASSEMBLEE NATIONALE, *Projet de loi relatif au corps humain,* n°2599, 25 mars 1992.

[169] F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ, 1990, n°668, p. 743 ; également, *La liberté de la vie privée, RIDC* 1991-3.539., spéc. n°24, p. 560.

[170] G. CORNU, *Droit civil. Introduction-Les personnes-Les biens*, Domat Montchrestien, 9e éd. 1999, n°513, p.219.

104. D'autre part, le droit au respect confère à son titulaire la prérogative déterminée d'autoriser ou de refuser tous les actes attentatoires à son intégrité physique ou morale. Refuser la qualification de droit subjectif au droit au respect de la liberté physique et morale conduit à confondre la liberté physique et morale, aux contours indéterminés, avec le droit déterminé qui en assure le respect. Qu'y a-t-il d'imprécis dans cette prérogative, par laquelle la personne autorise les tiers à porter atteinte à son intégrité physique ou morale ? Si une liberté est protégée par un droit, elle n'imprègne pas pour autant le droit de son indétermination. Au contraire, c'est pour préciser sa protection qu'on la prolonge par un droit. Si le droit au respect du corps humain et de la vie privée sont des droits subjectifs, il en résulte que le droit au respect de l'intégrité génétique qui permet à son titulaire d'autoriser une étude génétique portant atteinte tant à son corps humain qu'à sa vie privée, l'est aussi.

105. Identifié comme un droit subjectif, le droit au respect de l'intégrité génétique doit être classé parmi ceux-ci. C'est la finalité de la prérogative conférée par ce droit qui permet de le qualifier de droit de la personnalité.

B) La qualification de droit de la personnalité fondée sur la finalité de la prérogative

106. Traditionnellement, la classification d'un droit repose sur son objet (ce sur quoi il porte), et sur sa structure (la nature du contact qui s'instaure entre le titulaire du droit et son objet). Ainsi distingue-t-on le droit réel, lequel confère un pouvoir direct sur une chose, du droit personnel qui établit un rapport entre deux personnes en vertu duquel le débiteur est tenu envers le créancier d'accomplir une prestation[171].

107. Pourtant, l'analyse de la structure et de l'objet du droit réel et du droit personnel révèle l'impossibilité de ranger le droit au respect de l'intégrité parmi ceux-ci (1). Visant à imposer aux tiers le respect des éléments de la personnalité sur lesquelles s'exerce la liberté de la personne, la finalité du droit au respect de l'intégrité génétique et, ce faisant, de la prérogative qu'il confère à son titulaire obligent à le qualifier de droit de la personnalité (2).

[171] G. CORNU, *préc.,* n°986, p.382.

(1) Le rejet des qualifications de droit réel et de droit personnel

108. Le droit au respect de l'intégrité génétique, s'il portait sur le gène, serait un droit réel. Ainsi, certains auteurs le qualifient comme tel, en raison de la nature du gène et de l'information qu'il véhicule[172]. En ce sens, nous avons soutenu que la perspective du détachement du gène en vue de le céder obligeait à faire appel à la notion de chose par anticipation. En outre, prélevé du corps de la personne, le gène devient une chose par nature. Pourtant, la fiction juridique, commandée, à un moment donné, pour justifier le prélèvement du gène en vue de sa cession, ne saurait convaincre de qualifier la relation de l'homme à son corps de droit réel.

109. D'une part, la qualification fictive de meuble par anticipation, admise par le Code civil, est sans incidence sur l'essence de celui-ci : restant une chose, le meuble par anticipation peut, dès lors, être l'objet d'un droit réel. En revanche, la notion de droit réel n'est pas susceptible de s'appliquer à la personne. Antinomique de la personne, le droit réel qui porterait sur des éléments de la personne qualifiés fictivement de choses avant leur détachement du corps, serait, alors, un droit réel « fictif». Dire d'un droit réel qu'il est fictif revient à affirmer qu'il ne s'agit pas d'un droit réel et oblige à rechercher une autre qualification.

110. D'autre part, ce n'est pas la nature du gène qui détermine la qualification du droit au respect de l'intégrité génétique. En effet, la structure de ce droit empêche de considérer que le gène en est l'objet. Il n'établit pas un contact direct entre la personne et ses gènes. Certes, le droit au respect prolonge la liberté de la personne sur son intégrité, laquelle liberté établit un pouvoir immédiat entre la personne et son corps et sa vie privée. Mais la liberté n'est pas un droit en elle-même car, inhérente à la personne, et ne portant pas sur un objet extérieur à la personne, elle n'implique pas une relation d'altérité constitutive du droit[173]. Ce droit a vocation à imposer aux tiers le respect de la liberté de la personne sur son intégrité. Ainsi, le gène, élément du corps humain, et l'information qu'il recèle,

---

[172] J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Thèse Bordeaux, 1988, p. 257 et s.

[173] Nous rejetons donc l'analyse de M. Hage-Chahine qui assimile le droit au respect de la vie privée et le droit de la personne sur son corps à des droits à réalisation immédiate : F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés, RTDC* 1982.705, spéc. n°19, p.716 et s.

élément de la vie privée, sont protégés accessoirement par le droit lorsque les tiers menacent de s'immiscer dans l'intégrité de la personne[174].

Si le droit au respect de l'intégrité n'est pas un droit réel en raison de son objet, il ne s'en apparente donc pas plus par sa structure.

111. Le droit au respect de l'intégrité apparaît pour protéger la personne contre les agressions commises par autrui. Il établit un lien entre deux personnes par lequel son titulaire impose à une autre personne, le respect de son intégrité. Proche du droit personnel par sa structure, le droit au respect de l'intégrité s'en distingue par son objet.

112. Au sens technique, l'obligation, objet du droit personnel, a elle-même un objet : la prestation que le débiteur accomplit[175]. Celle-ci, qui a toujours une valeur pécuniaire, désigne toutes sortes de services que le débiteur peut rendre à son créancier et peut consister soit à faire, soit à ne pas faire, soit à donner quelque chose.

113. Ainsi, certains ont, parfois, considéré que l'objet de l'obligation du droit au respect dû à la vie privée était comparable à celui de l'obligation de ne pas faire : « Il résulte de la finalité de ce droit qu'il comporte le pouvoir de s'opposer à la divulgation de la vie privée et celui de s'opposer à une investigation dans celle-ci. A ces pouvoirs, correspondent le devoir juridique des autres personnes de ne pas divulguer la vie privée d'autrui, et celui de ne pas s'immiscer dans celle-ci. Toute personne se trouve dans une situation analogue à celle du créancier d'une obligation de ne pas faire. Il y a cependant cette différence que l'obligation de ne pas faire, consistant dans la limitation de la liberté d'autrui, ne peut exister qu'à la charge d'une ou plusieurs personnes. Le devoir juridique de ne pas divulguer la vie privée d'autrui et de ne pas s'immiscer dans celle-ci existe, au contraire, à la

---

[174] F. CABRILLAC, *Le corps humain en droit civil*, Thèse Montpellier, 1962, p. 273 : « Ce n'est plus le Corps qui est l'objet du droit subjectif, mais la vie et l'intégrité corporelle qui sont des valeurs susceptibles de droits » ; P. ANCEL, *La protection des données personnelles. Aspects de droit privé français, RIDC* 1987-3.609 et spéc. p.612 : « Ce qui est protégé, ce sont les intérêts de la personne concernée ».

[175] G. CORNU, *Droit civil. Introduction-Les personnes-Les biens*, Domat Montchrestien, 9e éd. 1999, n°52, p. 30. Certains préfèrent le terme de contenu du droit à celui d'objet du droit : J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p.169.

charge de toute personne »[176]. Mais cette « obligation» d'abstention existant à l'encontre de toute personne correspond au devoir général de ne pas nuire à autrui et ne saurait être une obligation au sens strict.

114. L'immixtion dans le corps ou dans la vie privée et la divulgation des informations y afférentes constituent des prestations positives. Pourtant, la personne qui les accomplit n'est pas tenue par une obligation de faire. Si le droit au respect de l'intégrité avait pour objet l'accomplissement de ces prestations, son débiteur ne pourrait s'y soustraire. Or, l'auteur d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou morale garde toujours sa liberté de ne pas accomplir l'acte. Il n'est donc pas « obligé», à moins que cette prestation ait fait l'objet d'un contrat ou qu'elle trouve sa source dans une obligation légale. De même que celui qui a été autorisé par une personne à divulguer des informations sur sa vie privée peut ne pas utiliser la faculté accordée -à moins qu'il ne s'y soit contractuellement engagé-, le médecin ne doit violer l'intégrité corporelle de son patient, alors même que ce dernier l'y autoriserait, que si l'atteinte se justifie par son obligation légale de soigner. L'obligation qui pèse sur ces personnes d'accomplir une prestation résulte d'un contrat ou d'une obligation légale, et non du droit au respect de l'intégrité.

115. Certes, le droit au respect a pour objet une obligation, mais le contenu de ce droit (ou l'objet de cette obligation) se distingue de celui du droit personnel. En effet, l'obligation du droit au respect de l'intégrité n'a pas directement pour objet une prestation mais plutôt un consentement préalable à l'accomplissement d'une prestation dont le refus interdit au « débiteur» d'intervenir. D'une part, l'obtention de l'autorisation est antinomique de la notion de prestation, objet du droit de créance. En effet, en sollicitant l'autorisation, le « débiteur» de l'obligation n'effectue pas un service, au contraire, il cherche à obtenir la levée d'une interdiction pour accomplir un acte sur son « créancier». D'autre part, la prestation est un service évaluable en argent. Or, ce n'est pas tant l'autorisation, en elle-même, qui a une valeur pécuniaire que la prestation effectuée en vertu de celle-ci.

---

[176] P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques*, *RTDC* 1971.445, spéc. n°21, p.467 (en revanche, « le droit sur le corps » est comparé au droit réel n°19, p. 462) ; également, *Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile*, dans, *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p.405 et, spéc. n°8, p. 413-414. Cependant, à la suite de la critique de M. Hage-Chahine, il revient sur sa position et range le droit au respect de la vie privée dans la catégorie des droits à réalisation immédiate comparables au droit de propriété : *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Economica, 3e éd. 1995, n°181, p.339.

L'impossibilité de ranger le droit au respect dans la catégorie de droit réel ou de droit personnel, en raison d'une différence d'objet ou de structure, implique de reconnaître que, par sa finalité, il est un droit de la personnalité.

(2) La reconnaissance d'un droit de la personnalité

116. Le droit de la personnalité constitue « un droit exclusif et spécial »[177] qui permet « d'exiger d'autrui sa reconnaissance comme individualité distincte de toutes autres individualités»[178].

La différence entre le droit réel ou personnel et le droit de la personnalité s'explique par la finalité de celui-ci[179] : il a vocation à imposer aux tiers le respect des éléments constitutifs de la personnalité aussi divers que variés, tels l'intégrité physique et morale, par lesquels l'Etre se révèle au Droit et sur lesquels il fait valoir sa liberté. Même détachés de la personne, le gène et l'information génétique sont des choses qui conservent la trace de la personne.

Ainsi, le droit au respect de l'intégrité établit un lien de droit entre des personnes en vertu duquel tout individu est obligé, avant d'accomplir une prestation sur le corps ou sur la vie privée d'une personne, de solliciter le consentement de celle-ci et de s'incliner devant son refus.

117. Droit de la personnalité en raison de sa finalité, le droit au respect de l'intégrité en a les caractères.

Le droit de la personnalité est, à la fois, général (il appartient à toute personne) et absolu (il s'impose à tous). En revanche, le caractère extrapatrimonial du droit de la personnalité, souvent avancé, doit être précisé. Attribué « égalitairement par la loi ou par le juge aux personnes, indépendamment de leur volonté afin de leur permettre de protéger leur intégrité physique et morale »[180], le droit extrapatrimonial ayant pour finalité immédiate la satisfaction d'un « besoin non économique »[181], n'a pas, en lui-même, une valeur pécuniaire. En conséquence, il est incessible, intransmissible aux héritiers, insaisissable par les créanciers et imprescriptible[182].

---

[177] E.-H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins*, Paris, 1908, p.271.
[178] E.-H. PERREAU, *Des droits de la personnalité*, *RTDC* 1909.501, spéc. p.504.
[179] L. COLLET, *La notion de droit extrapatrimonial*, Thèse Paris II, 1992, n°371, p.369.
[180] L. COLLET, *préc.*, 1992, n°357, p.351.
[181] R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Thèse Lyon, LGDJ, 1939, n°3, p. 8 et s.
[182] B. TEYSSIE, *Droit civil. Les personnes,* Litec, 4e éd. 1999, n°50, p. 69.

118. Si le droit de la personnalité, qui n'est pas directement susceptible d'évaluation pécuniaire, est incessible, il n'en est pas de même des éléments qui, tout en composant la personnalité, n'y sont pas indissolublement associés. Ainsi, le gène et l'information génétique, de même que le sang ou les organes, ne définissent la personne qu'autant qu'ils y sont intégrés. Détachés, ils sont des choses qui peuvent faire l'objet d'une cession même si l'article 16-1 alinéa 3 du Code civil, en disposant que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent être l'objet d'un droit patrimonial », semble affirmer le contraire.

Cette rédaction de l'article ne convainc pas[183] : d'une part, elle laisse penser que si le corps ne peut être l'objet d'un droit patrimonial, il est l'objet direct d'un droit extrapatrimonial. Or le droit subjectif suppose, comme nous l'avons développé, un élément d'extranéité permettant de distinguer un sujet et un objet, élément qui fait défaut entre la personne et le corps car le corps en entier est la personne. Ce n'est pas tant le corps humain qui peut être l'objet d'un droit extrapatrimonial, que le respect dû à ce corps.

D'autre part, si les éléments et les produits du corps humain étaient l'objet d'un droit extrapatrimonial, ils ne pourraient être cédés, fût-ce à titre gratuit, car l'incessibilité est l'essence de ce droit indisponible. L'option du législateur en faveur de la non patrimonialité, dictée par la volonté d'interdire la commercialisation du corps, ne résout donc pas la contradiction relevée dans les textes : l'affirmation du caractère non patrimonial des éléments du corps humain heurte de plein fouet les dispositions de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 qui permettent le don des éléments et produits du corps humain.

119. Il aurait été plus cohérent d'affirmer la règle selon laquelle le droit au respect du corps humain, protégeant la liberté inaliénable de la personne sur son intégrité, est un droit extrapatrimonial, qui est, à ce titre, insusceptible, en lui-même, d'évaluation pécuniaire[184].

L'exercice de ce droit permet à son titulaire d'autoriser les atteintes matérielles à son intégrité physique. Celles-ci pouvant consister à séparer un élément du corps de la personne, sont licites dès lors qu'elles n'entraînent pas une disparition du corps tout entier.

---

[183] F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz 6e éd. 1996, n°64 , p.58.

[184] En revanche, les éléments détachés du corps peuvent être évalués pécuniairement, ce qui explique que la perte d'une jambe ou d'un bras etc. soit indemnisée.

Séparés du corps, ces éléments sont des choses qui, entrant dans le commerce juridique, peuvent être l'objet d'actes juridiques de disposition. Mais parce que ces choses conservent, le plus souvent, la marque de la personne, elles ne peuvent être source de profit pour l'individu qui les cède. Seuls les actes de cession à titre gratuit sont autorisés sauf exception tirée de l'usage ou d'une loi[185].

120. La prérogative conférée par le droit au respect de l'intégrité, parce qu'elle consiste dans la faculté de son titulaire à consentir à une atteinte portée à son intégrité tend ainsi à imposer aux tiers le respect de cette dernière. Cette prérogative, qui a permis de qualifier le droit au respect de l'intégrité de droit subjectif de la personnalité, doit être analysée.

§ 2 - Analyse de la prérogative conférée par le droit au respect de l'intégrité génétique

121. Le droit de la personne au respect de la liberté sur son intégrité génétique confère à son titulaire la prérogative de consentir à la réalisation d'une étude de prédisposition. La loi, en utilisant le substantif « consentement» pour désigner cette prérogative (article 16-10 alinéa 2 du Code civil et L.145-15 du C.S.P), n'a pas qualifié le consentement (A). Ce consentement lorsqu'il est donné par la personne pour permettre la réalisation d'une étude génétique a une particularité (B) : parce qu'elle porte atteinte tant à l'intégrité corporelle que morale de la personne, l'étude génétique devrait impliquer son double consentement au prélèvement des gènes et à l'analyse de l'information génétique dont les gènes sont porteurs. Pourtant, en principe, un seul consentement suffit.

[185] Les cheveux, les ongles, les poils et les dents sont des produits du corps humain pour lesquels « il est d'usage » de ne pas appliquer le principe de la gratuité : article 1 du décret n°95-904 du 4 août 1995 pris en application de l'article L. 665-16 du Code de la santé publique.

A) La qualification du consentement à la détection de prédisposition génétique

122. Nécessaire à la réalisation d'une étude génétique de prédisposition, le consentement a, dans le Code civil, une double acception juridique. Le plus souvent, il désigne la rencontre de deux ou plusieurs volontés, condition de formation du contrat, lequel a pour effet de créer des obligations. Utilisée pour légitimer une étude génétique sur les prédispositions, cette acception du consentement ne reflète pas la situation de celui qui permet une atteinte à son intégrité[186].

123. D'une part, le consentement à l'acte médical ne consiste pas dans la rencontre de deux volontés. Indépendant du contrat médical, le consentement du patient à l'acte médical est, en effet, exigé, que la relation médicale se construise selon un mode contractuel ou non[187]. Même en présence d'un contrat, le « consentement » préalable à l'atteinte physique se distingue de celui qui est nécessaire à la formation du contrat[188]. Par un arrêt du 29 mai 1951[189], la Cour de cassation a ainsi jugé que la responsabilité du médecin qui, avant de pratiquer une intervention, ne sollicite pas le consentement du patient ou ne l'informe pas des risques de l'intervention, résulte de « l'inexécution (...) d'une obligation à la fois professionnelle et contractuelle ». Se situant dans la phase d'exécution du contrat, ce consentement à l'atteinte est donc postérieur à la formation du contrat. Il faut, en conséquence, « distinguer du *consentement* du malade, nécessaire en principe, à la conclusion du contrat médical, *l'assentiment* donné par lui à l'emploi de tel ou tel traitement médical ou chirurgical ; la volonté de contracter, c'est-à-dire la volonté de recevoir des soins contre le versement d'honoraires, est antérieure à l'acceptation par le malade de subir l'opération, jugée nécessaire par le praticien ; l'assentiment, c'est-à-dire le consentement à l'acte opératoire, intervient dans la

---

[186] D. THOUVENIN, *Les Lois n°94-548 du 1er juillet 1994, n°94-653 et n°94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique, ALD* 1995.comm. légis.151, spéc. n° 84 et s p. 165.

[187] Dans les établissements assurant le service public hospitalier, le patient n'est pas lié par un contrat à son médecin mais son consentement à l'acte médical est exigé. Circulaire DGS/DH n°95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients et comportant une charte du patient hospitalisé, *BO min. des Affaires sociales, de la Santé et de la Ville, n°95/21.*

[188] C. NEIRINCK, *Le consentement à l'acte médical*, dans, *L'acte médical et les droits du malade*, P. de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p. 91, spéc. p.98.

[189] Cass. civ., 29 mai 1951, *JCP* 1951.II.6421, note R. Perrot, *D.*1952.53, note R. Savatier, S. 1953.I.41, note R. Nerson, *RTDC* 1951.508, obs. H. et L. Mazeaud ; H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 10e éd. par F. Terré et Y. Lequette, 1994, n°13, p. 62.

phase d'exécution du contrat déjà formé»[190]. Un tel consentement apparaît alors comme une manifestation unilatérale de volonté par laquelle le patient permet au médecin d'effectuer l'acte médical.

124. D'autre part, le consentement à l'acte médical ne fait naître aucune obligation, ni pour celui qui l'émet, ni pour celui qui le reçoit. En effet, comme nous le verrons, la personne reste libre de revenir sur celui-ci et n'est donc pas engagée par son consentement.

125. Dans un second sens, le consentement est une simple permission donnée à un tiers pour l'accomplissement d'un acte[191] « sans qu'aucune des personnes en présence n'assume d'obligations»[192]. Ce sens, rarement retenu par le Code civil (article 148) et par le Code pénal (ancien article 368) avant les lois de 1994, a depuis lors trouvé une assise ferme dans les articles 16-3 et 16-10 du Code civil et dans les articles 226-1, 226-8, 226-18, 226-25 et 223-8 du Code pénal.

126. Un tel consentement, par lequel la personne permet à des tiers de porter une atteinte matérielle à son intégrité, est-il un acte ou un fait juridique ?

Au sens large, un fait juridique est un événement volontaire ou non qui produit des effets de droit. Cette acception ne permet pas de distinguer l'acte juridique du fait juridique car l'acte juridique est alors une espèce de fait juridique volontaire[193].

Au sens étroit, et selon une définition classique, est qualifiée d'acte juridique, une manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit, tandis qu'on qualifie de fait juridique, l'événement volontaire ou non d'où résultent des conséquences juridiques qui n'ont pas été recherchées par son auteur. La distinction, qui ne repose plus sur la source volontaire de l'événement mais sur le rôle de la volonté dans la production de ses effets, est, néanmoins, mouvante car la volonté est susceptible de gradation. Comme le constate M. Martin de la Moutte, une même opération peut être qualifiée d'acte ou de fait juridique selon que la volonté de produire des effets de droit existe ou non[194].

Gounot a tenté de rendre la notion d'acte juridique plus objective en énonçant que la volonté ne doit pas seulement déclencher la réalisation des conséquences

---

[190] R. NERSON, *note préc.*, p.43.
[191] A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, LGDJ, 1971, n°13, p.33 ; J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, 1978, n°64 et 65, p.85 et 86.
[192] P. KAYSER, *Le droit dit à l'image*, dans, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, tome II, Dalloz Sirey, 1961, n°15, p.86.
[193] P. HEBRAUD et R. VERDOT, Rép. Civ Dalloz, v° *Acte*, 1970, n°8, p.2.
[194] J. MARTIN de la MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse Toulouse, Sirey, 1949, n°14, p.23.

juridiques mais qu'elle doit, en outre, en organiser le contenu[195]. Serait ainsi exclu de la catégorie des actes juridiques[196], le consentement de la personne donné à la réalisation d'une étude génétique dans la mesure où même si la personne a voulu lever une interdiction d'atteinte à son intégrité, cet effet est déterminé par la loi[197].

Parce qu'une telle définition rend trop étroite la notion d'acte juridique en la limitant aux seules opérations dont la loi n'a pas aménagé les effets et parce qu'il est difficile de déterminer « le pouvoir jurigène de la volonté et de dire si c'est elle qui aménage véritablement la situation produite»[198], M. J. Martin de la Moutte propose d'affiner la définition classique en énonçant que l'acte juridique est celui pour lequel « l'intention de réaliser les effets de droit est absolument indispensable à la production des effets», au contraire du fait juridique dont les effets interviennent « sans qu'il soit nécessaire que le déclarant ait eu la volonté de se les voir réaliser»[199].

127. En transposant cette définition au consentement, il apparaît que la permission donnée par la personne à la réalisation d'une étude génétique est un acte juridique par lequel elle cherche à rendre licite une activité qui, sans son consentement, aurait été prohibée par la loi en vertu du principe d'inviolabilité de la personne[200]. Il s'agit d'un acte-condition, un acte-déclic qui « est bien une manifestation de volonté, une initiative volontaire, sans être la source productrice des effets de droits qu'il déclenche»[201] et, plus précisément, d'un acte unilatéral, œuvre d'une seule manifestation de volonté[202]. Cet acte juridique, même s'il a pour effet de conférer à autrui un pouvoir sur l'intégrité de la personne, n'entraîne pas un dessaisissement du pouvoir de l'individu sur lui-même par la voie d'un transfert de droit. Il serait alors, selon le critère rigide de classification des actes juridiques

---

[195] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse Dijon, 1912, p.240 et s.
[196] P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Thèse Dijon, 1978, p.49 et s.
[197] A. JACK, *Les conventions relatives à la personne physique, Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, p.362, spéc., n°19, p.394
[198] J. MARTIN de la MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse Toulouse, Sirey, 1949, n°16, p.25.
[199] J. MARTIN de la MOUTTE, *op. cit.*, n°17, p. 26.
[200] A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, LGDJ, 1971, n°40, p.74 ; I. MOINE, *Les choses hors du commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ 1997, n°353, p.233.
[201] G. CORNU, *Droit civil. Introduction-Les personnes-Les biens*, Domat Montchrestien, 9e éd. 1999, n°131, p.57.
[202] A. FAHMY ABDOU, *thèse préc.*, n°43, p. 80 ; I. MOINE, *thèse préc.*, n°353, p.233 . Egalement, P. KAYSER, *La protection de la vie privée*, Economica, 1re éd. 1984, n°135, p.146 : il s'agit d'un « acte juridique consistant dans une manifestation unilatérale de volonté » ; mais dans la 3e éd. 1995, n°136, p.236, il considère le consentement comme "donnant toujours naissance à un contrat", ce que nous avons réfuté.

ayant pour objet la personne que nous avons adopté, un acte juridique d'administration.

128. Pour distinguer ce consentement de celui qui est nécessaire à la formation du contrat, il aurait été préférable d'utiliser le terme de permission ou d'autorisation. L'autorisation, en mettant l'accent sur l'*actor*, évoque le pouvoir exclusif de la personne sur elle-même, duquel l'individu tire la faculté de permettre à des tiers de porter atteinte à son intégrité. Sans entraîner un dessaisissement de pouvoir, l'autorisation est « un acte juridique par lequel la personne manifeste sa volonté de lever un obstacle juridique et entend, ce faisant, rendre juridiquement possible, c'est-à-dire licite, régulier, l'exercice d'une activité, l'accomplissement d'un acte ou la tenue d'un comportement»[203].

129. Si la permission a pour effet de faire disparaître le caractère délictueux de l'atteinte, il s'agit, en droit pénal, d'un fait justificatif. Pourtant, l'autorisation n'efface pas à elle seule la responsabilité du tiers qui porte atteinte à l'intégrité car la maxime *volenti non fit injuria* n'est pas applicable aux infractions commises à l'encontre des personnes[204]. Ainsi, le fait justificatif ne consiste pas tant dans le consentement de la victime que dans la permission de la loi[205] en vertu de laquelle « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires». (Article 122-4 du Code pénal). La loi subordonne l'immunité des tiers à la double condition de l'obtention de l'autorisation de la personne et de la réalisation d'une finalité légitime. La réunion de ces conditions est nécessaire aussi bien pour l'intrusion dans le corps et dans la vie privée de la personne, réalisée par une étude génétique, que pour la divulgation des résultats de cette étude, laquelle divulgation ne porte atteinte qu'à la vie privée de la personne.

---

[203] B. THULLIER, *L'autorisation, étude de droit privé*, LGDJ, 1996, n° 54, p.44. Pourtant, l'auteur refuse la qualification d'autorisation au consentement du patient à l'atteinte à son intégrité (n°67, p.55). Elle considère que le patient, en acceptant que le médecin porte atteinte à son intégrité corporelle, émet un consentement, générateur d'un contrat médical « mettant à la charge du prétendu autorisé l'obligation de mettre positivement en œuvre la possibilité accordée par l'acte ». Cet argument ne paraît pas convaincant dans la mesure où le consentement à l'atteinte, d'une part, se distingue de celui nécessaire à la formation du contrat et, d'autre part, ne crée pas l'obligation du médecin de soigner son patient ; Voir *supra*, n°123.

[204] Cass. crim., 1er juillet 1937, *Affaire dite « des stérilisateurs de Bordeaux »*, *S.* 1938.I.195, note R. Tortat ; *D.H.* 1937.537 ; *Gaz. Pal.* 1937. 2.358..

[205] R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon, LGDJ,1939, n°187, p.412 ; F. ALT-MAES, *L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime, Rev. Science crim.* 1991.244, spéc. p.255-256 ; D. THOUVENIN, *Consentement et assujettissement,* dans*, Vers un anti-destin? Patrimoine génétique et droits de l'humanité*, Odile Jacob, 1992, p. 471, spéc. p.475.

Il n'en reste pas moins que le consentement de la personne à la détection de prédisposition génétique revêt une certaine particularité.

B) La particularité du consentement de la personne à la détection de prédisposition génétique

130. Le droit au respect de l'intégrité génétique revêt deux aspects : protégeant la personne contre l'atteinte à l'intégrité corporelle réalisée par le prélèvement de gène, il est un droit au respect du corps humain ; permettant à la personne de refuser que l'information génétique, élément de sa vie privée, soit détectée, il se rattache au droit au respect de la vie privée.

131. Ce double aspect du droit au respect de l'intégrité génétique révèle la particularité de la prérogative qu'il confère à son titulaire : alors qu'en principe, un double consentement devrait être donné pour que soit réalisée une étude génétique qui porte une atteinte à l'intégrité tant corporelle que morale de la personne, la loi se contente d'un consentement unique à l'étude génétique. Un tel consentement vaut, en principe, consentement au prélèvement des gènes du corps humain et à l'analyse des informations génétiques, éléments de la vie privée de la personne.

132. Néanmoins, en raison des possibilités techniques de conservation de l'ADN, le prélèvement des gènes peut être temporellement dissocié de l'analyse de l'information génétique. Le recueil des gènes peut avoir été obtenu, par exemple à l'occasion d'une prise de sang effectuée dans un but médical, sans que la personne concernée ait envisagé que ses cellules, porteuses de l'ADN, puissent révéler ses prédispositions génétiques ; de même, une collection des gènes peut avoir été réalisée à une fin de recherche déterminée, recherche qui a exigé le consentement de la personne, dont les investigateurs envisagent l'extension à un autre domaine qui n'était pas prévu lors du prélèvement[206]. Dans ces deux situations, la personne a certes autorisé l'atteinte à son intégrité corporelle, mais dans un but autre que la réalisation d'une étude génétique déterminée. Si l'atteinte à l'intégrité corporelle est consommée par le prélèvement, le droit au respect dû à la vie privée exige que le médecin obtienne l'autorisation de la personne avant de réaliser une étude génétique non prévue à l'époque du prélèvement.

---

[206] CCNE, *Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population. (Problèmes des "banques" de l'ADN, des "banques" de cellules et de l'informatisation des données*), n°25, 24 juin 1991 ; CCNE, *Avis et*

133. Il est un domaine, celui du traitement informatique des données médicales dans une finalité de recherche, où la loi n'exige pas que la personne consente à l'atteinte à sa vie privée et se contente de son absence d'opposition à une telle atteinte.

Aux termes de l'article 40-3 de la loi Informatique et Libertés[207], « nonobstant les règles relatives au secret professionnel, les membres des professions de santé peuvent transmettre les données nominatives qu'ils détiennent dans le cadre d'un traitement automatisé de données », sous réserve que la personne dont les données nominatives sont transmises ne s'y oppose pas (article 40-4 de la loi).

134. En exigeant de la personne qu'elle s'oppose au traitement de ses données génétiques et non qu'elle y consente, comme cela avait été préconisé par la CNIL[208], le droit de l'informatique, quand bien même prend-il en considération la volonté de la personne, atténue la prérogative conférée habituellement par le droit au respect de l'intégrité.

Alors qu'en principe, l'atteinte à l'intégrité est subordonnée à une manifestation de volonté permissive, celle réalisée par le traitement informatique des données génétiques pourra être effectuée en l'absence d'une manifestation de volonté prohibitive. L'opposition de la personne n'en a pas moins la même nature juridique que le consentement : elle est un acte juridique visant, à l'inverse du consentement, à empêcher une activité, qui, sans elle, aurait été licite.

Cette atténuation apportée au droit au respect de l'intégrité par le législateur est justifiée par l'intérêt collectif de la recherche. En effet, la généralisation de la nécessité d'une autorisation est difficilement compatible avec la pratique d'études épidémiologiques portant sur un grand nombre de personnes[209]. Elle s'explique,

---

recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention », n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p.16 .

[207] La loi n°94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* 2 juillet.

[208] CNIL, *Délibération n° 92-025 du 10 mars 1992 portant avis sur le projet de loi relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé*, dans, *Treizième rapport d'activité de 1992*, Doc. Française, 1993, p.83, spéc. p.85-86. : « En retenant la simple possibilité d'exercer son droit d'opposition, en étant obligé de justifier des raisons légitimes, au lieu de prescrire le recueil de l'accord de l'intéressé, le projet de loi ne respecte pas suffisamment les droits des individus relatifs à leur vie privée et n'apporte pas non plus les garanties appropriées requises par l'article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe (Convention n°108 du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel) ».

[209] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la*

également, par le caractère temporaire de l'atteinte à la vie privée. En effet, comme nous l'avons précédemment relevé, les données médicales devront être, en principe, rendues anonymes avant leur transmission. En outre, l'anonymat s'applique, sans exception, à la présentation des résultats de la recherche. L'atteinte à la vie privée est donc supprimée puisque l'individu ne pourra plus être identifié.

135. Le domaine pour lequel la loi se contente de l'absence d'opposition de la personne est limité à la seule divulgation par le médecin traitant des informations génétiques déjà découvertes. En revanche, dès lors que le chercheur souhaite recueillir des prélèvements biologiques identifiants, à partir desquels seront analysées les informations génétiques, il devra recueillir le consentement de la personne concernée (article 40-4 alinéa 2 de la loi).

* *

*

136. L'obligation du médecin de recueillir le consentement de la personne avant de réaliser une étude génétique de prédisposition trouve sa source dans un droit de la personnalité. Ce droit, qui permet à la personne d'imposer au tiers le respect dû à la liberté de son intégrité génétique, confère, en effet, à la personne la prérogative de consentir au prélèvement des gènes de son corps humain et à l'analyse des informations génétiques, éléments de sa vie privée.

Analysé comme un acte juridique, le consentement doit être recueilli par le médecin selon certaines règles.

---

santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, n°1057, J.-F. Mattéi, 25 mars 1994, p.273.

CHAPITRE II - LE RECUEIL DU CONSENTEMENT

137. L'article 16-3 du Code civil, après avoir énoncé qu'«il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne »[210], dispose, dans son alinéa 2, que « 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».

L'antériorité de l'autorisation à chaque acte médical est, parfois, apparue comme une notion mythique[211]. Enchaîné physiquement et psychiquement à un mal qui l'aurait empêché d'avoir une volonté consciente et libre, le patient était assimilé, par certains, à un incapable. Dès l'instant où il réclamait des soins ou des conseils, il abdiquait son pouvoir sur lui-même au profit du médecin, seul compétent pour connaître exactement son mal. Par un acte de confiance initial, le patient se livrait aveuglement à son médecin qui effectuait toutes les interventions nécessaires sans lui en référer. Force est de constater que le « paternalisme médical » tournait à « l'impérialisme médical » dans la mesure où la personne faisait un acte d'adhésion inconditionnel par lequel elle donnait « pour disposer de son être, un blanc seing au médecin, ainsi convaincu de son omnipotence»[212].

La jurisprudence[213] ne s'est jamais ralliée à une telle conception, développée par certains médecins qui souhaitaient exercer librement leur art sans être embarrassés par les tergiversations des malades. Le rappel par le Code civil de la règle d'un

---

[210] A l'origine l'article 16-3 alinéa 1 faisait référence à la nécessité « thérapeutique », mais l'article 70 de la loi du 27 juillet 1999, portant création d'une couverture maladie universelle, a remplacé le terme de thérapeutique par le mot « médicale», *JO* 28 juillet, *D.*1999.lég.439, spéc. p.457.

[211] L. PORTES, *Du consentement du malade à l'acte médical*, dans, *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson PUF, 1954, p. 156, spéc. p. 170: « Le patient, à aucun moment, ne "connaissant" au sens exact du terme, vraiment sa misère, ne peut vraiment "consentir" ni à ce qui lui est affirmé, ni à ce qui lui est proposé... ».

[212] R. SAVATIER, J-M AUBY, J. SAVATIER, H. PEQUIGNOT, *Traité de droit médical*, Librairies Techniques, 1956, n°9, p. 23 ; R. SAVATIER, *Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le « permis d'opérer» et les pratiques américaines, D.* 1952.157.

[213] Paris, 20 février 1992, *D.* 1993. somm.30, obs. J. Penneau, le médecin ne pouvait se satisfaire d'un « consentement global et approximatif » du malade.

consentement préalable à tout acte médical permet ainsi de rejeter l'impérialisme médical.

138. A la différence d'un acte médical traditionnel qui implique une personne malade, l'étude génétique impose, souvent en raison du caractère familial de gènes de prédisposition, d'être réalisée sur plusieurs membres d'une même famille malades ou non. « Par son caractère familial, la maladie génétique entraîne donc une modification de la relation médicale car le patient n'est plus seulement l'individu mais le couple ou la famille »[214]. Ainsi, le consentement de chacune des personnes concernées devra être recueilli par le médecin avant de réaliser une étude génétique à des fins médicales ou de recherches (article 16-10 du Code civil et L.145-15 du Code de la santé publique), ou un traitement informatique de données nominatives dont la mise en œuvre implique l'obtention de prélèvements biologiques identifiants (article 40-4 inséré dans la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, par la loi n°94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé- ci-après dénommée loi Informatique et Libertés-).

Le Code civil se limite à l'énoncé de « principes d'interprétation»[215] relatifs au respect du corps humain. Les règles relatives aux modalités du recueil du consentement par le médecin (Section I) et celles applicables lorsque ces dernières ne sont méconnues (Section II) doivent donc être précisées.

---

[214] I. PANISSET, *Les obligations du médecin face au porteur en droit québécois*, dans, *La génétique humaine: de l'information à l'informatisation*, dir. B.-M Knoppers, L. Cadiet, C.M. Laberge, Litec, 1992, p.229, spéc. p.230 ; D. THOUVENIN, *Les règles juridiques applicables à l'activité de conseil génétique, dans, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire, Quelle prise en charge ?,* INSERM, 1998, p.207, spéc.215.

[215] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi relatif au corps humain*, n°2871, B. Bioulac, 30 juin 1992, p.116.

SECTION I - LES MODALITES DU RECUEIL DU CONSENTEMENT

139. Acte juridique unilatéral, la permission à l'atteinte doit être délivrée préalablement à l'atteinte et par une personne dont le consentement doit être éclairé et libre. En effet, il est impératif que la personne ne se représente pas faussement la réalité de l'acte médical qui lui est proposé, que cette erreur soit spontanée ou provoquée par des manœuvres dolosives. En outre, son consentement ne doit pas être extorqué par la violence.

L'article L.209-9 du Code de la santé publique -qui régit les examens génétiques réalisés sur une personne à des fins de recherches scientifiques en vertu de l'article L. 145-15 du Code de la santé publique- exige le recueil d'un « consentement libre, éclairé, exprès». Aux termes de l'article 40-4 de la loi Informatique et Libertés, « dans le cas où la recherche nécessite le recueil de prélèvements biologiques identifiants, le consentement éclairé et exprès des personnes concernées doit être obtenu préalablement à la mise en œuvre du traitement (informatique) de données ».

Prévue dans le projet de loi initial adopté par le Sénat en première lecture, l'exigence d'un consentement éclairé de la personne à l'examen génétique n'apparaît plus dans le texte de l'article 16-10 du Code civil car elle n'est que la simple application du droit commun[216]. En effet, loin d'être cantonnée au domaine de la recherche, la nécessité du consentement libre et éclairé du patient[217] a été posée par la jurisprudence comme une règle s'imposant à tous les actes médicaux[218](§1).

---

[216] Tableau comparatif des textes adoptés en première lecture par l'Assemblée Nationale et le Sénat, dans, ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport fait sur le projet de loi relatif au respect du corps humain,* n°1062, 31 mars 1994, J. Bignon, p. 70.

[217] CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation n°R(92) 3 sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales*, 10 février 1992, principe 5 ; *Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine*, Oviedo, 4 avril 1997, article 5.

[218] Finalité médicale : Lyon, 17 nov. 1952, *JCP* 1953.II.7541, note R. Savatier ; *D.* 1953.253, note P. Gervésie ; pourvoi rejeté par Cass. civ. 1re, 8 novembre 1955, *JCP* 1955.II.9014, note R. Savatier ; *Gaz. Pal.* 1956.1.37 ; D.1956.3 ; Trib. civ. de Nice, 16 janvier 1954, *D.* 1954.178 ; Cass. civ. 1re, 11 octobre 1988, *Bull. civ.* I, n°280, p. 192 ; *JCP* 1989.II.21358, note A. Dorsner-Dolivet. Finalité scientifique : Trib. civ. de la Seine, 16 mai 1935, *D.P.* 1936.II.9, note H. Desbois, dont le jugement a été confirmé par Paris, 11 mai 1937, *D.H.* 1937.340 ; *JCP* 1937.II.376, note R.I., *Gaz. Pal.* 1937.2.379 ; *S.* 1938.II.71.

Néanmoins, il est des cas où le médecin se trouve dans l'impossibilité d'obtenir de la personne sur laquelle il se propose d'effectuer un acte médical, un tel consentement. Dans ces cas, la loi apporte des atténuations à l'exigence d'un consentement libre et éclairé (§2).

§ 1 - Le principe

140. Au contraire du professionnel qu'est le médecin, la personne désireuse de connaître ses prédispositions est, le plus souvent, profane en génétique médicale. L'ignorance du patient exclut sa liberté de décision. En effet, la personne qui ne comprend pas la portée de son autorisation est sous la dépendance du médecin qui est, de ce fait, à même de lui imposer son appréciation et d'influer sur sa décision. Le médecin peut néanmoins remédier à l'impéritie du patient en partageant ses connaissances médicales avec celui-ci. Eclairée par le professionnel (A), la personne est mise en mesure d'appréhender les implications de sa décision et peut exercer son choix d'accepter ou de refuser de se soumettre à l'opération « en dehors de toute coercition»[219]. En effet, l'information de la personne conditionne la liberté de son consentement (B) en permettant au patient de se prononcer en « connaissance de cause »[220].

A) Le consentement éclairé par la délivrance d'une information

141. Pour émettre un consentement éclairé, la personne, à qui est proposé un test génétique, doit comprendre la signification de la prédisposition génétique à la maladie ou à sa transmission à la descendance ainsi que les implications d'une telle identification. Cette compréhension transite par la délivrance d'une information scientifique, qui peut prendre deux formes : générale et individuelle.

---

[219] CCNE, *Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, familiales et études de population. (Problème des "banques" de l'ADN, des "banques" de cellules et de l'informatisation des données)*, n°25, 24 juin 1991.

[220] Cass. civ. 1re, 27 octobre 1953, *Bull. civ.* I, n°287, p.237 ; *D.*1953.658 ; *JCP* 1953.II.7891, *Gaz. Pal.* 1954.1.148 ; Cass. civ. 1re, 17 novembre 1969, *Bull. civ.* I n°347, p.276 ; *JCP* 1970.II.16507, note R. Savatier ; *Gaz. Pal.* 1970.1.49 ; *D.* 1970.85 ; *RTDC* 1970.580, obs. G. Durry ; Versailles 17 janvier 1991, *JCP* 1992.II.21929, note G. Mémeteau.

142. Générale, elle s'adresse au public pour le sensibiliser au progrès de la génétique, « renseigner les personnes qui peuvent être concernées sur l'existence et les modalités pratiques d'accès, et apaiser, par la transparence de l'information, toutes inquiétudes éventuelles »[221].

Préconisée par le Conseil de l'Europe pour les tests génétiques réalisés à des fins médicales, l'information du public sur le traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche a été prévue expressément à l'article 40-7 de la loi Informatique et Libertés. Elle est assurée dans « tout établissement ou centre où s'exercent des activités de préventions, de diagnostic et de soins » public ou privé.

L'information du public permet de guider les personnes concernées vers un médecin spécialisé en génétique qui leur délivrera, non plus une information générale, mais une information individuelle, préalablement à la réalisation d'une étude génétique des prédispositions.

143. Individuelle, l'obligation d'information qu'assume le médecin est comparable à celle dont tout professionnel est débiteur à l'égard d'un profane. De même que la jurisprudence emploie, souvent, le terme de client pour désigner le patient, à l'instar des contrats de prestations de service relevant du droit de la consommation[222], la Chambre criminelle de la Cour de cassation a reconnu que les personnes avec lesquelles un médecin conclut un contrat médical sont considérées comme des consommateurs des services[223].

Préalablement à une intervention, le médecin doit exposer à son client *certains risques inhérents* à celle-ci. Sans influencer la volonté de son patient[224], il lui

---

[221] CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation n° R(92) 3 sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales*, 10 février 1992, Exposé des motifs du principe 1.
[222] Cass. civ., 20 mai 1936, *D.P.* 1936.I.88, concl. Matter, rapp. Josserand, note E.P. ; *S.* 1937.I.321, note A.Breton ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41 ; Cass. civ., 27 juin 1939 et 27 mai 1940, *D.C.* 1941.53, note M. Nast ; Cass. civ. 1re, 14 avril 1961, *Gaz. Pal.* 1961.2.53 ; Cass. civ. 1re, 11 janvier 1966, *D.* 1966. 266 ; Cass. civ. 1re, 5 mai 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2. panor.352 ; Cass. civ. 1re, 13 février 1985, *JCP* 1985.II.20388, concl. Gulphe ; C.E., 15 mars 1996, *D.*1996.IR.115 ; *JCP* 1996.IV.1593, obs. M.-Ch Rouault ; *JCP* 1996.I.3985, n°23, obs. G. Viney ; F. Alt-Maes, *L'information médicale au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, RDSS* 1994.381, spéc. p. 396.
[223] Cass. crim., 15 mai 1984, *Bull. crim.*, n°178, p. 461 ; *D.* 1986.106, note G. Mémeteau.
[224] CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation n°R(90) 13 sur le dépistage génétique anténatal, le diagnostic génétique anténatal et le conseil génétique y relatif,* 21 juin 1990, principe 4 ; *Recommandation n°R(92) 3 sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales,* 10 février 1992, principe 3.

délivre un renseignement[225], grâce auquel la personne décide librement de se soumettre à l'opération projetée après en avoir comparé les bienfaits et les inconvénients. Ayant une incidence sur l'autorisation, ce renseignement se distingue du conseil que le praticien donne, postérieurement à l'intervention, sur *tous les risques encourus* par le malade du fait de l'affection dont il souffre, afin de l'inciter à les éviter[226]. Le conseil est indépendant de l'autorisation car il ne la conditionne pas.

144. Même si la finalité assignée à la médecine prédictive, qui est de conseiller plutôt que de guérir, justifie que l'on qualifie de conseil génétique la relation médicale en cause, l'obligation de renseignement préalable à la réalisation d'un test génétique n'est pas pour autant évacuée.

En effet, comme tout médecin, le généticien doit éclairer son patient avant de pratiquer le test en lui fournissant une information « loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose ». Ces dispositions de l'article 35 du Code de déontologie[227] sont une source d'obligations, dont la méconnaissance est sanctionnée par le juge civil[228].

En disposant que l'information doit être loyale, le Code de déontologie oblige le médecin à délivrer les informations déterminantes de l'autorisation. La loyauté se réfère, alors, à la quantité des informations (1) qui doivent être délivrées. L'information claire et appropriée à l'état du patient, dont la délivrance a pour objet d'assurer la compréhension de l'acte médical par la personne, est une exigence qui vise à assurer la qualité de l'information (2).

---

[225] Sur l'emploi du terme renseignement, voir notamment, Lyon 17 novembre 1952 : *JCP* 1953.II.7541, note R. Savatier ; *D.* 1953.658 ; Tribunal civil de Nice, 16 janvier 1954, *D.*1954.178 ; Cass. civ. 1re, 21 février 1961, *Bull. civ.* I, n°115, p.92 ; *D.*1961.534 ; *JCP* 1961.II.12129, note R. Savatier ; Cass. civ. 1re, 29 mai 1984, 2e espèce, *JCP* 1984.II.20259, concl. Gulphe ; *D.* 1985.281, note F. Bouvier ; Cass. civ. 1 re, 16 juillet 1991, *Bull. civ.* n°I, n°248, p. 163 ; *JCP* 1992.II. 21947, note A. Dorsner-Dolivet ; *Gaz. Pal.* 1992.2.somm .152, obs. F. Chabas.

[226] Cass. civ. 1 re, 9 mai 1983, *D.* 1984.121, note J. Penneau ; Cass. civ. 1re, 29 mai 1984, 3e espèce, *D.* 1985.283, note F. Bouvier, *JCP* 1984.II.20259 ; Cass. civ. 1re, 20 janvier 1987, *Bull. civ.* I, n°19, p.14 ; *D.*1987.somm.419, obs. J.Penneau ; Versailles, 17 janvier 1991, *JCP* 1992.II. 21929, note G. Mémeteau.

[227] Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, *JO* du 8 septembre 1995.

[228] Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, *Bull. civ.* I, n°99, p. 99 ; *JCP* 1997.II.22829, rapport P. Sargos ; *D.* 1997.somm.315, obs. J. Penneau ; Cass. civ. 1re, 27 mai 1998, *Bull. civ.* I, n° 187, p. 126 ; *D.* 1998.531, note F. Laroche-Gisserot ; *RCA* 1998.comm.276 ; *RTDC* 1999.111, obs. P. Jourdain ; *D.P.B.B.* (Dictionnaire Permanent Bioéthique Biotechnologies), bull. 63, p.8470 et 8474.

(1) La loyauté de l'information assurée par la quantité des informations transmises

145. Une information loyale porte sur les données pertinentes de l'étude génétique de prédisposition[229]. Outre l'objectif et la méthodologie du test, ses risques prévisibles devront être exposés par le médecin[230]. Or ces derniers sont plus difficiles à cerner. Réalisée au moyen d'une simple prise de sang sur le sujet qui désire connaître sa prédisposition à la maladie ou à sa transmission, l'étude génétique, en elle-même, comporte peu de risques physiques. En revanche, parce qu'elle a pour objet de diagnostiquer les risques génétiques de la personne, l'étude peut générer des risques psychologiques importants : la création d'une psychose chez celui qui se sait prédisposé sans être certain de développer la maladie et le sentiment de culpabilité des parents susceptibles de transmettre la maladie à leurs enfants sont autant de risques, dont l'appréciation est d'autant plus difficile qu'ils varient en fonction de la personnalité de chacun. Les risques psychologiques, qui ne sont pas inconnus en droit, notamment dans le domaine de la chirurgie esthétique ou en matière de prélèvement d'organes[231], doivent être indiqués avant la réalisation du test. Quand bien même l'appréciation des risques psychologiques est subjective, on pourrait y introduire une dose d'objectivité en se référant à la gravité et à la fréquence de ceux-ci.

146. Le risque peut *qualitativement* apparaître comme grave ou bénin pour la personne. Les risques graves sont « de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes, ou même esthétiques graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques et sociales »[232]. Le risque peut, en outre, être *quantitativement* apprécié selon sa fréquence de réalisation, laquelle permet de distinguer les risques imprévisibles et les risques prévisibles. Il est aisé de définir le risque imprévisible : c'est celui qui ne s'est jamais réalisé. En revanche, la prévisibilité est variable et oblige à distinguer les risques normaux de ceux qui sont exceptionnels.

---

[229] CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation préc. n°R(92) 3 sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales*, 10 février 1992, Exposé des motifs du principe 5.
[230] CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine*, Oviedo, 4 avril 1997, Rapport explicatif à l'article 5.
[231] Chirurgie esthétique : Aix-en- Provence, 16 avril 1981, *JCP* 1983.II. 19922, note F. Chabas. Prélèvement d'organes : article R. 671-3-1 du Code de la santé publique.
[232] P. SARGOS, rapport sous Cass. civ. 1re, 14 octobre 1997, *JCP* 1997.II.22942, spéc. n°23.

L'appréciation jurisprudentielle de l'étendue de l'obligation d'information en fonction de la gravité et la fréquence du risque a évolué. Cette évolution implique de distinguer l'étendue de l'obligation d'information du généticien selon que l'étude génétique de prédisposition répond à une finalité médicale (a) ou à une finalité de recherche (b).

a - Information et étude génétique dans une finalité médicale

147. Avant les arrêts de la première chambre civile du 14 octobre 1997[233] et du 7 octobre 1998[234], la gradation de l'information était inversement proportionnelle à l'intérêt du malade. Le malade ne devait être éclairé « qu'en raison inverse de l'utilité que présent(ait) le traitement ou l'opération » et qu'en « raison directe des dangers et des risques qu'ils présent(aient) » [235]. Ainsi, lorsque l'acte était utile pour diagnostiquer et soigner la maladie, l'information du médecin se cantonnait aux risques graves et normalement prévisibles[236]. Cette solution jurisprudentielle n'avait été acquise que dans les années 60.

148. En effet, dans un premier temps, la jurisprudence exigeait des renseignements sur tous les risques prévisibles, normaux et exceptionnels, et dispensait le médecin de l'indication des seuls risques imprévisibles. Le 17 novembre 1952, la Cour d'appel de Lyon décidait, en effet, que « la rareté relative des fractures (consécutives à un traitement par électrochoc) ne les rend pas imprévisibles et n'autorise pas le médecin à dissimuler au malade leur éventualité »[237]. Dans son commentaire de cet arrêt, M. Savatier avait marqué son opposition à ce que l'information portât sur les risques prévisibles exceptionnels. Dès lors que ces derniers sont exposés, ils perdent dans l'esprit du malade leur caractère exceptionnel, lequel en majore les dangers. « Et, même si le médecin qui signale ces risques insiste, pour le rassurer, sur la rareté des accidents, le malade, qui sait que le rôle du médecin est de l'encourager, minimise aussitôt la portée

---

[233] Voir *infra* n°151.
[234] Voir *infra* n°154.
[235] L. KORNPROBST, *Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Flammarion 1957, p.381.
[236] Lyon, 10 juin 1954, *D.* 1955. somm. 6 ; Cass. civ. 1re, 20 mars 1984, *Bull. civ.* I, n°107, p. 89 ; Cass. civ. 1re, 9 octobre 1985, *Bull. civ.* I, n°253, p.227 ; Cass. civ. 1re, 11 février 1986, *Bull. civ.* I, n°24, p.21 ; *JCP* 1987.II.20775, note A. Dorsner-Dolivet ; *D.* 1987.somm.25, obs. J. Penneau ; Cass. civ. 1re, 20 janvier 1987, *Bull. civ.* I, n°19, p.14 ; Cass. civ. 1re, 3 janvier 1991, *Bull. civ.* I, n°5, p.4.

objective de ces encouragements. Ainsi, l'explication donnée sur l'ensemble des risques exceptionnels attachés à tout traitement et à toute opération, risquerait d'aboutir, à la fois, à paralyser le médecin par la résistance du malade, et, au cas où celui-ci se soumettrait tout de même, à miner toujours une confiance nécessaire au succès du traitement »[238].

149. La jurisprudence a entendu ces critiques, puisque à partir des années 60, elle a déchargé le praticien de l'information du risque « qui, sans être absolument imprévisible, est du moins tellement exceptionnel qu'on ne doit pas normalement l'envisager »[239]. Mais plutôt que d'insister sur la paralysie de l'activité médicale - ce qui ne serait pas sans faire penser à un retour à un certain paternalisme médical-, la jurisprudence justifiait sa position en se fondant sur l'intérêt du malade. Consciente que les risques exceptionnels suscitent un sentiment de crainte irrationnelle, elle en écartait l'indication pour éviter de détourner le patient d'une intervention salutaire[240]. Le seuil à partir duquel un risque prévisible exceptionnel devient normal était apprécié souverainement par les juges du fond. Ces derniers se fondaient, souvent, sur le pourcentage de survenance du risque. Ainsi, le risque dont la fréquence de réalisation est de 1,8 pour 1000[241] ou de 3 pour 1000[242] et, *a fortiori*, celui « qui se compte sur les doigts de la main » étaient jugés exceptionnels[243]. En revanche, apparaissait comme normal, le risque dont le taux de survenance est de 2 ou 5%[244].

150. L'intérêt de la personne, « grand principe purificateur »[245] du droit médical, justifiait son information non exhaustive lorsque l'intervention répondait à une finalité médicale. Cet intérêt expliquait que l'obligation de renseignement du médecin ne fût pas absolue[246]. En limitant l'étendue de l'obligation d'information aux seuls risques graves et normaux, la jurisprudence visait aussi bien l'acte curatif

---

[237] Lyon 17 novembre 1952, *D.* 1953.253, note P. Gervésie ; *JCP* 1953.II.7541, note R. Savatier. Rejet du pourvoi par Cass. civ 1re, 8 novembre 1955, *JCP* 1955.II.9014, note R. Savatier ; *D.* 1956.3 ; *Gaz. Pal.* 1956.1.37.
[238] R. SAVATIER, note sous Lyon 17 novembre 1952, *préc.*
[239] Nîmes 19 octobre 1964, *Gaz. Pal.* 1965.1.80 ; *D.* 1965.somm.31 ; *RTDC* 1965.361, obs. Rodière.
[240] Paris, 25 septembre 1987, *D.* 1987.IR.232 ; Lyon, 6 novembre 1961, *D.* 1962. somm.55.
[241] Cass. civ. 1re, 2 mars 1994, *Lexilase*r, pourvoi n°92-13.518.
[242] Versailles, 28 mars 1996, *D.*1996.IR.138.
[243] Cass. civ. 1re, 23 mai 1973, 1re espèce, *Bull. civ.* I, n°181, p.161 ; *Gaz. Pal.* 1973.2.885, note P.-J. Doll ; *RTDC* 1974.618, obs. G. Durry ; *JCP* 1975.II.17955, note R. Savatier.
[244] Cass. civ. 1re, 5 mai 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2.panor.352 ; TGI de Paris, 17 janvier 1994, *Gaz. Pal.* 1994.1.152, note J. Guigue. J. GUIGUE ET C. ESPER, *Le juge judiciaire et le juge administratif se prononcent sur l'information médicale du malade. Convergences ou divergences jurisprudentielles*, *Gaz. Pal.* 1997.2.1348, spéc. 1349-1350.
[245] J. CARBONNIER, note sous Paris 7 mars 1952, *JCP* 1952.II.7210.
[246] G. DURRY, *RTDC* 1974.618.

que l'acte diagnostique[247]. Le diagnostic s'entend de l'art d'identifier, outre une maladie déclarée, celle qui est future[248] ; il intègre donc son champ d'application la réalisation d'une étude génétique de prédisposition. En application de cette jurisprudence, lorsque le test génétique aurait eu pour but médical de déterminer la propension de la personne à contracter une maladie ou à la transmettre à sa descendance afin de lui indiquer les facteurs extérieurs déclenchants pour qu'elle les évite, le généticien n'aurait pas eu l'obligation de lui faire état des risques exceptionnels du test.

151. L'arrêt de la première chambre civile du 14 octobre 1997 a remis en cause ces solutions en abandonnant le critère quantitatif de la fréquence du risque[249], ce qui ne sera pas sans incidence sur l'étendue de l'obligation d'information du généticien préalablement à une étude génétique de prédisposition.

En l'espèce, une femme qui ne pouvait avoir un second enfant s'était vu proposer par son gynécologue une cœlioscopie[250] destinée à rechercher les causes de sa stérilité. Au cours de cette intervention, elle fut victime d'une embolie gazeuse mortelle. Son mari et son fils assignèrent le médecin pour manquement à l'obligation d'information sur ce risque. La Cour d'appel de Rennes, le 31 mai 1995, ne fit pas droit à leur demande au motif, notamment, que le risque d'embolie gazeuse était un risque exceptionnel qui n'avait pas, dès lors, à être signalé par le gynécologue. La Cour de cassation, pour rejeter le pourvoi, relève que la Cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, a retenu qu'un ensemble de présomptions démontrait que le médecin « avait informé sa patiente du risque grave d'embolie gazeuse inhérent à la cœlioscopie » et fait abstraction du motif de la Cour d'appel selon lequel il s'agissait d'un risque exceptionnel qui n'avait pas, de ce fait, à être indiqué.

152. Cet arrêt de rejet, qui fait abstraction d'un tel motif, a été unanimement remarqué puisqu'il a constitué un revirement de jurisprudence important : l'obligation d'information du médecin est, désormais, étendue aux risques non seulement normaux, mais aussi exceptionnels d'un acte, quel que soit l'intérêt médical de l'intervention pour le patient. En effet, pour le conseiller rapporteur P. Sargos, la théorie prétorienne fondée sur un critère exclusivement quantitatif devait

---

[247] Poitiers, 9 avril 1986, *D*.1987. somm.419, note J. Penneau ; Cass. civ. 1re, 16 mars 1994, *Lexilaser*, pourvoi n°92-16.167.
[248] I. VACARIE, *Examens génétiques et médecine prédictive, RDSS* 1993. 429.
[249] Cass. civ. 1re, 14 octobre 1997, *Bull. civ.* I, n°278, p. 189 ; *JCP* 1997.II.22942, Rapport P. Sargos ; *JCP* 1997.I. 4068, n°6 à 10, obs. G. Viney ; *RTDC* 1998.100, obs. J.Mestre ; M. Harichaux, *La preuve de l'information médicale, RDSS* 1998 .68.
[250] Examen endoscopique des organes génitaux de la femme.

être revue car son application relevait de l'arbitraire des juges du fond. Il souligne l'incertitude des statistiques relatives aux risques des actes médicaux[251] et indique, dans une autre affaire[252], que le risque d'un même acte a pu être jugé tantôt exceptionnel, tantôt normalement prévisible. Néanmoins, contrairement à ce qu'affirme M. P. Sargos, la jurisprudence n'avait jamais utilisé un critère exclusivement quantitatif. Elle cumulait ce dernier avec un critère qualitatif (gravité du risque) en déterminant l'étendue de l'information en fonction de l'utilité de l'acte médical pour la santé du patient. Lorsque l'acte était utile ou nécessaire, l'information portait, selon la jurisprudence, sur les risques graves et normalement prévisibles. Or, comme en l'espèce, le pronostic vital du patient- ainsi que le souligne M. P. Sargos- n'était pas en jeu dans l'affection ayant provoqué le recours à la cœlioscopie, l'application de la jurisprudence traditionnelle aurait conduit à imposer au médecin l'indication du risque exceptionnellement grave de l'acte. En effet, la cœlioscopie, si elle est utile pour diagnostiquer les causes de la stérilité, ne conduit pas à la réalisation d'un acte ayant un but thérapeutique immédiat[253] : la stérilité empêche une personne de procréer mais ne nuit pas directement à sa santé. Les circonstances de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 14 octobre 1997 justifiaient donc que l'information dût porter sur les risques exceptionnels, sans qu'il fût nécessaire à la Cour de cassation d'opérer un revirement de jurisprudence pour parvenir à une telle solution.

153. La Cour de cassation a pourtant décidé d'abandonner le critère quantitatif de la fréquence du risque pour déterminer l'étendue de l'obligation d'information du médecin en fonction du seul critère qualitatif de la gravité des risques. Si l'arrêt du 14 octobre 1997 conduit à accroître la quantité d'informations transmises par le généticien avant de réaliser une étude génétique à des fins médicales, sa portée restait néanmoins incertaine : étant un arrêt de rejet, son analyse ne permettait pas de savoir si, exceptionnellement, le médecin était autorisé à invoquer l'intérêt du patient afin de limiter l'information de ce dernier.

---

[251] P.SARGOS, Rapport sous Cass. civ 1re, 14 octobre 1997, *JCP* 1997.II.22942, n°21.
[252] P.SARGOS, Rapport sous Cass. civ 1re, 25 février 1997, *Gaz. Pal.* 1997.1.274, spéc.n°21.
[253] G. VINEY, *JCP* 1997.I.4068.

154. Par deux arrêts du 7 octobre 1998[254], la Cour de cassation précisa la portée du revirement. Dans le premier arrêt, une personne, victime d'une chute ayant provoqué une fracture de la deuxième vertèbre lombaire avait subi une intervention. A la suite de cette intervention, elle perdit un œil et assigna le chirurgien pour manquement à son obligation sur ce risque de l'intervention. La Cour d'appel, par un arrêt confirmatif, ne fit pas droit à sa demande au motif que, s'agissant d'un risque très rare, le médecin n'avait pas à en avertir la patiente « afin d'éviter par une inquiétude inutile de la placer dans un état psychologique défavorable au bon déroulement de l'opération ». La Cour de cassation cassa l'arrêt en énonçant dans un attendu de principe « qu'hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et qu'il n'est pas dispensé de cette obligation par *le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement* ».

Dans le second arrêt, lors d'une intervention du genou d'un patient, un risque exceptionnel d'atteinte du nerf sciatique se produisit et provoqua des troubles sensitifs chez le patient. Celui-ci en demanda réparation au médecin en soutenant qu'il n'avait pas été informé de ce risque. L'arrêt confirmatif de la cour d'appel le débouta dès lors que ce risque exceptionnel n'avait pas à être indiqué. La Cour de cassation rejeta le pourvoi du patient en raison de l'absence de préjudice résultant pour le patient « de la perte de la faculté qu'il aurait eue, s'il avait été informé, de refuser l'intervention », mais elle condamna le motif de la cour d'appel « erroné mais surabondant suivant lequel un risque n'avait pas à être révélé au patient en raison *du seul fait que sa réalisation était exceptionnelle* ».

155. En interdisant au médecin de celer à son patient les informations sur les risques de l'intervention « du seul fait » qu'ils sont exceptionnels, la Cour de cassation admet implicitement que la dispense d'une telle information peut

---

[254] Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 291, p. 202 et *Bull. civ.* I, n°287, p.199 ; *JCP* 1998.II.10179, concl. J. Sainte-Rose (1er arrêt), note P. Sargos ; *JCP* 1999.I.147, n°14, obs. G. Viney ; *Les petites affiches,* n°89, 5 mai 1999, p. 4 ; *RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, *Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions,* p. 13 et note J. Penneau, *Les fautes médicales,* p.9 ; *D.* 1999.145, note S. Porchy (1re arrêt) ; *RTDC* 1999.86, obs. J. Mestre et 111, obs. P. Jourdain (1er arrêt) ; *D.* 1999.somm.259, obs. D. Mazeaud (1er arrêt); *RDSS* 1999.506, obs. L. Dubouis (1er arrêt).

néanmoins être justifiée si, conformément à l'article 35 du Code de déontologie médicale, elle est faite « dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes »[255].

Mais, à la différence de la jurisprudence antérieure, l'absence d'information sur les risques graves et exceptionnels d'une étude génétique de prédisposition réalisée dans une finalité médicale n'est plus justifiée *ab initio* par la crainte de ce qu'une telle information détournât le patient d'un examen utile à sa santé[256]. Elle suppose que le médecin apprécie *in concreto* si l'anxiété du patient est susceptible de lui faire refuser une opération médicale salutaire.

Ainsi, aujourd'hui, quelle que soit l'utilité de l'étude génétique réalisée dans une finalité médicale, l'information sur ses risques exceptionnels est le principe, son absence, l'exception.

156. L'arrêt du 14 octobre 1997, qui a pour effet d'étendre l'obligation d'information qui pesait, jusque-là, sur le médecin quant aux risques des actes médicaux à finalité médicale, ne semble avoir que des incidences minimes sur l'étendue de l'obligation d'information du médecin qui réalise une étude génétique à des fins de recherche.

b - Information et étude génétique dans une finalité de recherche.

157. La jurisprudence antérieure à 1997, si elle cantonnait l'obligation d'information du médecin aux risques normaux et graves d'une intervention ayant une finalité médicale, exigeait au contraire une information sur tous les risques d'un acte dont la finalité médicale était restreinte. En effet, aucune raison ne justifiait de celer les risques exceptionnels à la personne qui se soumettait à une telle intervention, même s'ils devaient apeurer la personne[257]. Si, dans le domaine

---

[255] Si l'article 35 du Code de déontologie médicale (6 septembre 1995) autorise le médecin à ne pas révéler un diagnostic ou un pronostic grave, pour des raisons légitimes et dans l'intérêt du malade, il implique logiquement, selon M. P. Sargos, « la limitation de l'information sur les soins ou investigations impliqués par ce diagnostic » : note *préc.*, spéc. n°10.

[256] Cass. civ. 1re, 15 juillet 1999, *JCP* 1999.IV.2713 ; *DPBB*¸ Bull. n°80, p. 8018 ; *D.* 1999.somm.393, obs. J. Penneau : La Cour de cassation reproduit l'attendu de principe de l'arrêt du 7 octobre 1998 pour casser un arrêt ayant écarté la faute d'un médecin qui, en raison du faible risque et du souci de ne pas inquiéter son patient, n'avait pas informé ce dernier du risque grave de l'intervention.

[257] Cass. civ. 1re, 17 novembre 1969, *Bull. civ.* I n°347, p.276 ; *D.* 1970.85 ; *JCP* 1970.II.16507, note R. Savatier ; *Gaz. Pal.* 1970.1.49 ; *RTDC* 1970.580, obs. G. Durry ; Cass. civ. 1 re, 14 janvier 1992, *Bull. civ.* I n°16, p.10 ; *JCP* 1993.II.21996, note A. Dorsner-Dolivet ; *D.*1993.somm.29, obs. J. Penneau ; Paris, 16 juin 1995, *D.* 1995.IR.194 ; *JCP* 1996.I.3985, obs. G. Viney, n°23 ; C.E. 15 mars 1996, *JCP* 1996.IV.1593, obs. M.-C. Rouault ; *JCP* 1996.I.3985, n°23, obs. G. Viney.

de la chirurgie esthétique où l'opération n'a d'autre but que d'apporter « un réconfort esthétique à une situation jugée insupportable par le patient »[258], cette solution n'a pas été remise en cause par la jurisprudence de 1997[259] dans la mesure où l'indication de tous les risques de l'acte a pour but de responsabiliser la personne en lui faisant prendre pleinement conscience des dangers auxquelles elle s'expose[260], il est en *a fortiori* de même, dans le domaine de la recherche.

158. En principe, le chercheur devra délivrer une information exhaustive à celui qui, dans une finalité scientifique, consent à une étude génétique de prédisposition. L'information de celui qui se prête à une recherche biomédicale s'étend, en effet, selon l'article L.209-9 du Code de la santé publique, aux « bénéfices attendus », aux « contraintes » et aux « risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ». Ainsi la section technique du CCNE préconise-t-elle d'informer les personnes, chez lesquelles sont prélevés des échantillons biologiques à des fins d'étude génétique, non seulement des conséquences envisageables de la recherche sur les plans diagnostique, préventif et thérapeutique mais aussi du devenir des échantillons à la cessation de la recherche menée par les instigateurs du programme initial[261].

159. Néanmoins, l'article L.209-9 ne spécifie pas si l'information doit porter sur toutes les conséquences prévisibles. Le terme « prévisible » n'induisant pas à

---

[258] Lyon, 8 janvier 1981, *JCP* 1981.II.19699 : note F. Chabas ; *D*.1982.somm.274, obs. J. Penneau.

[259] Cass. civ. 1re, 17 février 1998, *Bull. civ.* I, n°67, p.45 ; *RCA* 1998.comm.166 ; *JCP* 1998.IV.1811 et 1998.I.144, n°20, obs. G. Viney ; *RTDC* 1998.681, obs. P. Jourdain : En matière d' « actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur tous les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter » ; Une solution similaire est posée en matière de don d'organes par l'article R.671-3-1 alinéa 2 du Code de la santé publique : l'information du donneur « porte sur toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement ainsi que sur les répercussions éventuelles de ce prélèvement sur la vie personnelle, familiale et professionnelle du donneur. Elle porte, en outre, sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur ».

[260] G. VINEY, obs. *JCP* 1996 préc : « L'obligation d'information dans ce domaine a en effet pour but non pas de faire accepter le risque par le patient, mais de l'amener à renoncer à le courir dès lors que l'avantage escompté ne l'emporte pas de façon évidente sur les inconvénients possibles ».

lui seul l'étendue précise du devoir d'information -car il existe des risques prévisibles normaux ou exceptionnels-, il est nécessaire de se demander si, exceptionnellement, le chercheur pourrait, en raison de l'anxiété de la personne qui se soumet à une étude génétique, limiter son information aux risques graves et fréquents.

160. Le Code de la santé publique distingue les recherches avec bénéfice individuel direct, procurant à la personne qui s'y soumet un avantage immédiat pour sa santé, et les recherches sans bénéfice individuel direct. Inspirées par une vision altruiste, les recherches sans bénéfice individuel direct obligent l'investigateur à exposer tous les risques de celles-ci. Cette dernière recherche n'ayant pas d'utilité diagnostique ou préventive pour le sujet, il n'y a aucune raison de taire ses risques exceptionnels, fussent-ils, en matière d'étude génétique de prédisposition, essentiellement d'ordre psychologique, même si ceux-ci risquent de dissuader la personne de se soumettre au protocole.

161. En revanche, la recherche avec bénéfice individuel direct n'autorise-t-elle pas exceptionnellement le médecin à passer sous silence de tels risques ? S'agissant d'une recherche, le bénéfice individuel, même s'il est potentiel, est toujours incertain[262]. La contingence du résultat bénéfique, parce qu'elle nuance l'utilité individuelle de la recherche, n'interdit-elle pas au médecin de se prévaloir de l'intérêt du patient pour limiter son information sur les risques exceptionnels de cette recherche? Néanmoins, le bénéfice même potentiel d'une recherche peut ne pas être négligeable pour le sujet. Ainsi le Comité Consultatif National d'Ethique, en 1984, avait-il admis que l'information de celui qui se prêtait à une telle recherche pouvait être incomplète lorsque son intérêt le commandait[263]. Cette solution a vocation à se maintenir dès lors que l'arrêt du 14 octobre 1997 admet

---

[261] CCNE, section technique, *Problèmes éthiques posés par la constitution et l'utilisation de collections d'échantillons biologiques en génétique humaine,* version du 13 mai 1994 : cette information devrait, en outre, décrire l'état des connaissances à son début, présenter le cadre dans lequel cette recherche doit se dérouler (équipes médicales et non-médicales impliquées, éventualités d'intervention d'acteurs du monde industriel) et indiquer les utilisations des données acquises (publications, brevets, accords de recherche et développements envisagés) ; COMMISSION EUROPENNE, Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies, *Avis relatif aux aspects éthiques des banques de tissus humains*, 21 juillet 1998, *D.* 1999.somm.344, obs. H. Gaumont-Prat ; J.-C. GALLOUX, *L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination, D.* 1999.13 : Selon cet auteur, la personne doit consentir aux différentes utilisations possibles de ses échantillons en vertu d'un droit de destination du donneur.

[262] Mémoire collectif du DEA de droit privé de Paris II sous la direction de M. GOBERT et J.-M. de FORGES, *Un premier bilan sur les comités consultatifs de protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, LGDJ 1994, p. 29.

[263] CCNE, *Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme. Réflexions et propositions*, n°2, 9 octobre 1984.

implicitement la faculté pour un médecin de taire les risques exceptionnels d'un acte dans l'intérêt de la personne. Le chercheur devrait pouvoir limiter son information aux seuls risques normaux et graves si le bénéfice individuel direct, recueilli par sujet qui se prête de la recherche, pourrait être compromis par l'anxiété de ce dernier[264].

162. Alors que la réalisation des tests génétiques à des fins de recherche est régie par l'article L.209-9 du Code de la santé publique, le traitement informatique des données génétiques qui en sont issues relève de la loi Informatique et libertés modifiée par la loi du 1er juillet 1994. L'information préalable de la personne sur le traitement informatique diffère de celle qui est donnée avant la réalisation de la recherche. En effet, alors que « dans le cadre d'une recherche biomédicale, ce sont les conséquences éventuelles sur la santé voire l'intégrité physique de la personne qui sont à craindre », (...) les craintes qui peuvent naître à propos d'un traitement informatique dans une finalité de recherche « concernent la protection des libertés publiques »[265]. Ainsi l'article 40-5 issu de la loi 1er juillet du 1994 prévoit-il que le chercheur, avant le début du traitement, informe la personne « de la nature des informations transmises », « de la finalité du traitement des données », « des personnes physiques ou morales destinataires des données », ainsi que de son droit d'accès et de rectification. La personne doit également être informée soit de l'obligation qu'a le chercheur de recueillir son consentement si la recherche nécessite le recueil de prélèvements biologiques identifiants, tel un prélèvement de gènes dont seront, ensuite, tirées les informations génétiques, soit du droit d'opposition qui lui est reconnu en cas de transmission de ses informations génétiques par un médecin à un organisme de recherche. Dans ce dernier cas, l'obligation d'information du chercheur est d'autant plus importante qu'elle est le seul moyen donné à la personne de connaître le traitement et donc de s'y opposer.

163. Il est pourtant apparu que « l'information était parfois très difficile à délivrer et qu'elle pouvait en outre inquiéter les sujets choisis pour une étude sur une maladie mortelle, dont ils ne sont pas nécessairement atteints, mais à l'égard de laquelle ils constituent un terrain de recherche pertinent en raison, par exemple, des facteurs de risques qu'ils présentent »[266]. La loi n'ayant pourtant prévu aucune

---

[264] D.P.B.B, *Recherches biomédicales sur l'homme*, n°53.

[265] D. THOUVENIN, *Les règles juridiques applicables à l'activité de conseil génétique*, dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?,* INSERM, 1998, p.207, spéc. p.226.

[266] SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou*

modalité particulière permettant d'adapter la délivrance des renseignements aux circonstances, il y a lieu de suivre les prescriptions du Code de déontologie relatives à la qualité de l'information. En vertu de ces prescriptions, l'information doit, aussi, être claire et appropriée à l'état du patient afin d'en faciliter sa compréhension.

(2) La compréhension de l'information assurée par la qualité de cette information

164. Si les dispositions du Code de déontologie sont applicables à tout acte médical, le Conseil de l'Europe a rappelé que l'information délivrée à une personne avant la réalisation d'une étude génétique devait être « claire et adaptée à la personne concernée »[267].

Afin de comparer les bienfaits et les inconvénients induits de la réalisation d'un examen génétique, l'individu doit comprendre l'information qui lui est délivrée. Or, l'entendement de celui-ci à la génétique varie en fonction de son état psychologique et de l'étendue de ses connaissances en génétique.

165. D'une part, « la nature, l'ampleur et la rigueur scientifique de l'information » doit « tenir compte de certains éléments psychologiques »[268]. La délivrance du renseignement préalable à la réalisation d'un acte médical peut avoir des effets anxiogènes. Ceux-ci risquent d'être augmentés chez la personne dont on recherche les prédispositions, lesquelles peuvent lui apparaître comme une « fatalité génétique » susceptible de menacer sa santé ou celle de sa descendance. Il appartient au médecin d'atténuer la crainte de ses patients, dans la mesure du possible, par l'exposé des mesures de prévention dont ils pourraient bénéficier en cas de découverte d'une prédisposition. L'information ne doit pas être standardisée et suppose d'être délivrée au patient lors d'un entretien particulier avec le praticien[269], lequel doit redoubler de prudence lorsque son client est psychologiquement fragile[270].

166. D'autre part, la qualité de l'information diffère selon que le patient est profane ou professionnel en médecine. L'ignorance de celui-ci oblige le médecin à

---

l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, A. Türk, n°209, 21 décembre 1993, p.50.

[267] CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation n°R(92) 3, préc., sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales*, 10 février 1992, exposé des motifs du principe 5.

[268] Cass. civ. 1re, 20 décembre 1994, *Lexilaser*, pourvoi n°93-11.195

[269] Paris, 20 février 1992, *D.*1993. somm.30, note J. Penneau.

convertir ses connaissances complexes en termes simples, dans la mesure où ces derniers facilitent la compréhension de l'acte envisagé[271]. Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 février 1961, avait-elle décidé que le praticien n'avait pas manqué à son obligation de renseignement en utilisant le terme de sinusite à la place de celui de mucocèle, afin de faire comprendre à sa patiente le genre d'affection dont elle était atteinte[272]. En admettant que l'information puisse être « approximative » dès lors qu'elle était « intelligible et loyale », la Cour approuvait que celle-ci puisse n'approcher que de loin la réalité. Le vocable « approximatif » peut néanmoins prêter à confusion : il ne doit être lié qu'aux termes médicaux usités par le médecin, sans inférer sur la perception du diagnostic par le malade, laquelle doit, au contraire, être la plus fidèle à la réalité. En effet, l'information conditionne un choix qui implique une connaissance sinon parfaite du moins raisonnable du diagnostic. Ainsi la jurisprudence postérieure[273], dont le Code de déontologie s'est fait l'écho, n'utilise-t-elle plus cet adjectif pour qualifier l'information.

Fondée sur l'inégalité d'accès des deux parties à l'information[274], l'obligation de renseignement devrait se diluer lorsque la relation médicale lie deux professionnels. Encore faut-il distinguer selon que leur compétence relève de spécialités identiques ou différentes. Si la personne qui consulte un généticien est elle-même médecin dans un autre domaine, son information préalable est nécessaire mais peut être délivrée dans un langage technique. En condamnant un médecin pour n'avoir pas informé sa cliente, spécialisée en ophtalmologie, des risques inhérents à un traitement antirides, la Cour d'appel de Versailles avait pris soin de relever qu'il importait peu que « sa cliente ait elle-même été médecin puisque, spécialisée en ophtalmologie », celle-ci « n'était pas tenue d'avoir des compétences particulières quant à la composition des produits qui lui avaient été injectés dans le

---

[270] Versailles, 20 décembre 1991, *D*.1993. somm.30, note J. Penneau.

[271] OMS, *Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe,* Consultation européenne sur les droits des patients, Amsterdam, 28-30 mars 1994, principe 2-4.

[272] Cass. civ. 1re, 21 février 1961, *Bull. civ.* I, n°115, p.92 ; *D*.1961.534 ; *JCP* 1961.II.12129, note R. Savatier (l'arrêt est daté du 1er février dans le *JCP*).

[273] Information simple, intelligible et loyale : Cass. civ. 1re, 5 mai 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2.panor. 352. Information loyale, claire et appropriée : Cass. civ. 1re, 14 octobre 1997, *Bull. civ.* I, n°278, p. 189 ; *JCP* 1997.II.22942, Rapport P. Sargos ; *JCP* 1997.I. 4068, n°6 à 10, obs. G. Viney ; *RTDC* 1998.100, obs. J.Mestre ; M. Harichaux, *La preuve de l'information médicale, RDSS* 1998 .68 ; Cass. civ. 1re, 27 mai 1998, *Bull. civ.* n° 187, p. 126 ; *D.* 1998.531, note F. Laroche-Gisserot ; *RCA* 1998.comm.276 ; *RTDC* 1999.111, obs. P. Jourdain ; *D.P.B.B* ., bull. 63, p.8470 et 8474.

[274] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ 1992, n°254, p.197.

cadre d'un institut de beauté» [275]. On en déduit *a contrario* que si la patiente avait été spécialisée en chirurgie esthétique, le médecin n'aurait pas eu à l'informer des risques de l'acte.

167. L'obligation du médecin de transmettre une information intelligible est donc appréciée *in concreto* en fonction des compétences médicales du patient : face au profane en génétique, le généticien devra s'assurer de sa compréhension effective du test génétique en lui délivrant des explications claires et simples, au moyen de termes vulgarisés ; à celui qui, sans être un généticien, possède néanmoins des connaissances médicales, le médecin pourra faire l'économie de la vulgarisation sans pour autant se dispenser de la fourniture d'une information. En revanche, le praticien, qui prescrit une étude de prédisposition à une personne spécialisée en génétique, devrait pouvoir être déchargé de son obligation d'information.

168. La compréhension de l'acte médical par l'individu lui permet d'apprécier son opportunité. Eclairé par le médecin, le patient, après avoir comparé les avantages et les inconvénients de l'opération, est libre de la refuser ou d'en accepter la réalisation.

B) La liberté du consentement exercée sans contrainte

169. Comme cela a été précédemment relevé, il a été nécessaire de prolonger la liberté de la personne sur son intégrité par un droit pour la rendre opposable aux tiers. La réminiscence de cette liberté apparaît dans les modalités d'exercice du droit[276], en offrant à la personne le choix de refuser ou d'accepter l'atteinte à son intégrité (1). La liberté du consentement perdure jusqu'à l'accomplissement de l'acte et justifie que, même donnée, l'autorisation soit révocable (2).

(1) L'alternative: la liberté d'accepter ou de refuser l'atteinte

[275] Versailles, 17 janvier 1991, *JCP* 1992.II.21929, note G. Mémeteau.
[276] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, Cujas, 2e éd. par Ph. Malaurie, 1994/1995, n°49, p.41. : « Le propre d'un droit subjectif, c'est de conférer une liberté, celle de l'exercer ou de ne pas l'exercer ».

170. Fondée sur le droit au respect de l'intégrité[277] consacré par les articles 9 et 16-1 du Code civil, l'autorisation implique que l'alternative ouverte à la personne entre le refus et l'acceptation de l'atteinte ne soit pas exercée sous la contrainte. L'exigence que la personne ne subisse aucune pression impose, en cas de refus de l'atteinte, de ne sanctionner ni le praticien qui se serait incliné devant celui-ci, ni la personne elle-même, alors même que l'abstention du médecin devrait être préjudiciable au patient.

171. Même s'il est interdit aux tiers de transgresser le refus d'autorisation, il est cependant du devoir du médecin, dont l'activité est commandée par l'intérêt thérapeutique de la personne, de lui faire prendre conscience de l'utilité d'un examen médical. Mais le médecin ne peut, sans violer le droit de son patient, ignorer son refus obstiné[278] à recevoir les soins qu'il juge nécessaire, et attenter à son intégrité, sous peine de sanctions civiles et pénales. L'opposition, qu'il est d'usage de faire constater par écrit à des fins probatoires[279], est un acte réfléchi qui implique la délivrance par le médecin d'une information sur ses conséquences (article 5 du Code de déontologie médicale).

172. Si l'impunité du médecin, respectueux de l'opposition de son patient à l'acte, a été consacrée par la jurisprudence tant civile qu'administrative, un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 29 juillet 1994 contrarie, néanmoins, cette jurisprudence harmonieuse en décidant que « nonobstant le refus par sa patiente d'un traitement chirurgical ou radiothérapique, (le médecin) avait commis une faute de nature à justifier une sanction en acceptant de la traiter par des remèdes illusoires qui l'ont privée d'une chance de guérison ou de survie »[280]. Alors même que le médecin avait informé sa patiente, atteinte d'un cancer, des risques encourus liés à l'absence de traitement, qu'il s'était ménagé une preuve écrite du refus, qu'il l'avait envoyée consulter un médecin diplômé en cancérologie, lequel se heurtant à son tour à une opposition de la patiente lui avait prescrit, également, des produits homéopathiques, le Conseil d'Etat condamne le médecin et, ce faisant, malmène la liberté de décision du patient en sacrifiant son autonomie, contrairement aux

---

[277] Cass. Req. 28 janvier 1942, *D.C.* 1942.63 ; Paris, 20 février 1992, *D.* 1993.somm.30, obs. J. Penneau.
[278] Cass. crim., 3 janvier 1973, *Bull. crim.*, n°2, p.4 ; C.E., 6 mars 1981, *Rec. CE.*1981.133 ; *RDSS* 1981.413, concl. D. Labetoulle, obs. L. Dubouis ; C.E., 27 janvier 1982, *D.* 1982.somm.275, obs. J. Penneau.
[279] Cass. civ.1re, 7 novembre 1961, *Bull. civ.* I, n°508, p. 402 ; *Gaz. Pal.* 1962.1.219 ; *RTDC* 1962.462, obs. A. Tunc.
[280] C.E., 29 juillet 1994, *RDSS* 1995.57, note L. Dubouis.

dispositions du Code de déontologie médicale selon lesquelles le médecin doit respecter le refus du malade en état d'exprimer sa volonté[281].

Pour M. J. Penneau[282], cet arrêt se justifierait, néanmoins, par les circonstances de l'espèce. En effet, le médecin, ayant attendu le stade terminal de la maladie pour adresser le patient à un spécialiste et lui ayant administré des remèdes illusoires, « s'était sans doute trop facilement incliné devant le refus de sa patiente (...), voire même, par la nature de ses prescriptions, l'avait-il confortée dans son attitude de refus. » Mais alors, que penser des deux arrêts rendus par la Cour administrative d'appel de Paris, en date du 9 juin 1998, qui refusent de sanctionner des médecins ayant pratiqué des transfusions sanguines sur des témoins de Jéhovah, « fût-ce en pleine connaissance de la volonté préalablement exprimée » par ces derniers « de les refuser pour quelque motif que ce soit »[283] ? La Cour énonce, en effet, que l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer, « si elle puise son fondement dans les principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain, ultérieurement retranscrits par le législateur aux articles 16-1 et 16-3 du code civil, n'en trouve pas moins sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort, la vie même de l'individu ». Ces arrêts ajoutent une condition au respect de la volonté du patient en état de l'exprimer que la loi, elle-même, ne pose pas : l'intervention ne doit pas être indispensable à la survie du patient, car, à défaut, le médecin redevient maître d'en imposer la réalisation à la personne. Le législateur a beau vouloir chasser le paternalisme médical, celui-ci revient au « galop », sous l'impulsion de la jurisprudence administrative ! Ce paternalisme est d'autant plus contestable que, dans l'une des espèces, malgré le caractère jugé indispensable de la transfusion pour la survie du patient, ce dernier est néanmoins décédé[284].

173. Le droit au respect de l'intégrité de la personne, sauf à être nié par la jurisprudence administrative en matière médicale, justifie l'impunité des tiers qui

---

[281] Article 7 du décret du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale, repris par l'article 36 du décret du 6 septembre 1995 le décret susmentionné.
[282] J. PENNEAU, *Le consentement face au droit de la responsabilité médicale, Gaz. Pal.* Janvier 1999, n° spécial sur le colloque du 28 mai 1998, *Le consentement aux actes médicaux,* p.8, spéc. p.10.
[283] CAA Paris, 9 juin 1998, Mme Donyoh et Mme Senanayake : *RFDA* 1998.1231, concl. M. Heers ; *DPBB,* Bull.67, p. 8361 ; *D.* 1999. 277, note G. Pélissier (1er arrêt) ; *RDSS* 1999.36, obs. J.-S. Cayla ; *Les petites affiches,* 23 avril 1999, n°81, p. 10, note G. Mémeteau ; C. Duvert, *Sectes et droit,* thèse Paris II, 1999, n°351 et s., p.181 et s.
[284] *Affaire Senanayake.*

se soumettent au refus libre et éclairé, et inversement devrait imposer que les tiers qui l'ignorent, fussent-ils des médecins, soient sanctionnés.

174. Corrélativement, il justifie également de considérer que son titulaire ne commet aucune faute s'il s'oppose à l'atteinte. La perspective de sanctions constituerait une pression indirecte exercée sur la volonté de la personne, contrainte alors d'accepter une atteinte afin d'échapper à l'application de ces sanctions. Rendant vaine la liberté de l'autorisation, des sanctions frappent, néanmoins, exceptionnellement, celui qui s'oppose à un traitement. En effet, le droit au respect de l'intégrité, s'il fonde la faculté de la personne à s'opposer à un acte médical, peut dégénérer en abus[285].

175. L'abus de droit est constitué lorsque l'exercice d'un droit, d'une part, est fait dans l'intention de nuire et, d'autre part, cause un dommage à autrui.

176. L'intention de nuire étant souvent déduite de l'inutilité de l'exercice du droit pour son auteur[286], il a été proposé de considérer que le critère en vertu duquel un droit devient abusif réside dans l'absence de motif légitime à son exercice. « Pierre angulaire de toute la théorie de la relativité des droits »[287], l'absence de motif légitime à l'exercice du droit au respect de l'intégrité corporelle serait caractérisée lorsque son titulaire refuse de subir une opération bénigne susceptible d'améliorer son état de santé. Ainsi, la victime d'un dommage corporel commet une faute en s'opposant à « une opération simple et sans risque sérieux »[288], à l'inverse de celle qui refuse une intervention comportant des « risques réels pour elle »[289], alors même que cette dernière opération permettrait de diminuer ses lésions corporelles.

177. On peut, néanmoins se demander si, au lendemain de la loi du 29 juillet 1994, la Cour de cassation n'a pas modifié sa jurisprudence. En effet, par un arrêt du 19 mars 1997[290], la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, approuvant les juges du fond d'avoir « exactement énoncé » que la victime d'un accident

---

[285] G. DURRY, *RTDC* 1975.712.
[286] Affaire "Clément Bayard" : Trib. civ. Compiègne, 19 février 1913, *D*.1913.II.181 ; Amiens, 12 novembre 1913, *D*.1917.I.79 ; Cass. Req., 3 août 1915,*D*. 1917.I.79, *S*. 1920.I.300.
[287] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, (Théorie dite de l'Abus de droit)*, Dalloz, 2e éd. 1939, n°296, p.401 ; L. CADIET, *Abus de droit*, Rép. civ. Dalloz, 1992, n°23.
[288] TGI Laval, 13 février 1967, *D*. 1968.39, note M. Le Roy.
[289] Cass. crim., 3 juillet 1969, *JCP* 1970.II.16447, note R. Savatier ; Angers, 19 janvier 1955, *JCP* 1955.II.8531.
[290] Cass. civ. 2e, 19 mars 1997, *Bull. civ.* II, n°86, p. 48 ; *RTDC* 1997. 632, obs. J. Hauser et 675, obs. P. Jourdain ; *D*. 1997.IR.106 ; *JCP* 1997.IV.1006 ; *JCP* 1998.I.139, n°2, obs.

« n'avait pas l'obligation de se soumettre à l'intervention destinée à la pose d'une prothèse », ne lui a pas fait supporter les conséquences financières de son refus. La Cour de cassation fonde sa solution sur l'article 16-3 du Code civil duquel il résulte, selon l'arrêt, que « nul ne peut être contraint hors les cas prévus par la loi de subir une intervention chirurgicale ». En ne justifiant pas sa solution par le caractère grave de l'intervention, la Cour de cassation a-t-elle entendu abandonner la jurisprudence antérieure ? Il ne le semble pas : d'une part, la pose d'une prothèse étant une intervention contraignante, le refus par la victime ne pouvait, dès lors, apparaître fautif. D'autre part, l'abandon de la distinction serait contraire à l'intention du législateur en 1994 qui « n'a qu'entendu consacrer les solutions antérieurement dégagées par la jurisprudence en lui donnant une allure solennelle, à la mode de notre temps ». En outre, un tel abandon « conduirait à pousser beaucoup trop loin la protection du corps humain»[291].

178. Liée au refus de soins opposé par la victime d'un dommage corporel, la distinction jurisprudentielle peut-elle s'appliquer dans l'hypothèse où la personne s'oppose à la réalisation d'un test génétique de prédisposition ou au traitement informatique des données génétiques ?

La loi du 1er juillet 1994 fournit un exemple, dans le domaine de l'informatique, de l'impossibilité d'appliquer la théorie de l'abus de droit en cas de traitement des données génétiques à des fins de recherches. Parce que « l'expression de la volonté de la personne ne saurait connaître de limite autre que sa conscience, dans la mesure où les données concernées relèvent de l'intimité de sa vie privée »[292], l'article 40-4 de la loi, contrairement au droit commun de l'informatique[293], ne subordonne pas l'opposition de la personne au traitement de données nominatives la concernant à l'invocation de raisons légitimes. Après quelques hésitations, le législateur, prenant conscience qu'il était difficile, dans ce domaine, « de dire ce qui est légitime et ce qui ne l'est pas », a été convaincu de la nécessité d'énoncer

---

C. Byk ; *D.* 1997.IR.106 ; *DPBB*, Bull. 47, 8890 et 8896 ; *Les petites affiches*, 8 mars 1999, n°47, p. 16, note I. Lucas-Gallay.

[291] J. HAUSER, *RTDC* 1997.632 ; voir également, D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Le corps humain*, Juris.-class. civil, art. 16 à 16-12, fasc. 12, 1997, n°33.

[292] CNIL, *Délibération n°92-025 du 10 mars 1992 portant avis sur le projet de loi relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé*, dans, *13e rapport d'activité de 1992*, Doc. Française, 1993, p. 83, spéc. p.86.

[293] Article 26 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; article 14 de la directive n°95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE* n° L 281, 23 novembre 1995.

un droit d'opposition inconditionnel, en considérant que la personne n'avait pas à s'expliquer sur une décision touchant son intimité[294].

En revanche, dans l'hypothèse où une étude génétique de prédisposition présente peu de risques et est utile à la santé[295], l'opposition de la personne à sa réalisation dans une finalité médicale pourrait ne pas être inspirée par des motifs légitimes. Pour être sanctionné sur le terrain de l'abus de droit, ce refus illégitime devrait, en outre, créer un préjudice à un tiers.

179. Le refus illégitime de la personne de subir une atteinte à son intégrité peut, en effet, parfois être préjudiciable pour un tiers. Ainsi, la victime d'un dommage corporel, qui refuse de subir une intervention susceptible d'améliorer son état, cause un préjudice à l'auteur, dans la mesure où le dommage de la victime et, ce faisant, l'indemnité mise à la charge du responsable, ne pourront pas être diminués. De même, la personne, en refusant de subir un test médical susceptible de révéler son inaptitude à l'emploi, commet une faute à l'égard de son employeur, lequel « pourrait subir un préjudice plus ou moins important du fait de ses retards, de ses absences ou de la moins bonne qualité de son travail »[296]. Si les juges ne peuvent pas directement imposer à la personne une opération ou un examen qu'elle refuse[297], sauf à méconnaître son droit au respect de l'intégrité corporelle, consacré par les articles 16-1 et 16-3 du Code civil, en revanche, ils lui feront supporter les conséquences de son refus : la victime du dommage corporel n'obtiendra du responsable qu'une indemnité réduite, proportionnelle à l'incapacité qui aurait subsisté après l'opération préconisée[298], de même celui qui s'est refusé à subir un test médical ne sera pas embauché par l'employeur.

180. Pourtant, on peut douter que le refus d'une personne de subir une étude génétique de prédisposition puisse créer un préjudice à des tiers. Les conséquences d'un tel refus sont, en effet, de nature différente que celles subies par l'auteur d'un dommage ou par un employeur. Pour ces derniers, les préjudices sont futurs mais

---

[294] SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n°209, A. Türk, 21 décembre 1993, p.49.

[295] A la différence de l'acte de soin, l'étude génétique est un acte diagnostique n'ayant pas pour finalité de lutter contre une maladie présente mais de prévenir une maladie future.

[296] J.-L. CLERGERIE, note sous CJCE, X... c/ Commission, 5 octobre 1994, *D*. 1995.421.

[297] Cass. crim. 3 juillet 1969, *JCP* 1970.II.16447, note R. Savatier ; P.-J. DOLL, *Des conséquences pécuniaires du refus de la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures, JCP* 1970.I.2351 ; CJCE, X... c/ Commission, 5 octobre 1994, préc.

apparaissent « comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel »[299]. L'opposition de la personne crée pour l'auteur du dommage une impossibilité actuelle de bénéficier de l'amélioration future de l'état de la victime et entraîne, pour l'employeur, la certitude de supporter les conséquences à venir de la maladie de l'employé.

Au contraire, le refus de la personne opposée à la détection de sa prédisposition ne crée qu'un dommage éventuel pour celui qui devra supporter les conséquences de la réalisation du risque génétique. En effet, la survenance d'une maladie génétique, qui résulte de l'interférence de facteurs extérieurs et des gènes de prédisposition, est par nature incertaine. De même que le porteur asymptomatique du virus du sida ne cause pas un préjudice à l'employeur[300], celui qui est prédisposé à une maladie génétique, dès lors qu'il peut ne pas la développer, ne commet aucun abus de droit en refusant de subir une étude génétique de prédisposition. Il ne pourra donc pas être, en principe, sanctionné sauf si la loi, dans l'intérêt général, limite sa liberté de refuser une étude génétique[301].

181. Ainsi la personne est-elle dotée d'un droit discrétionnaire au respect de son intégrité génétique. Ce droit lui permet d'autoriser librement une étude de ses prédispositions, sans qu'il soit possible de lui opposer les conséquences de son refus. La liberté du consentement persiste tant que l'atteinte à l'intégrité n'est pas réalisée. En effet, la révocabilité du consentement est inhérente à sa liberté.

(2) La révocabilité du consentement

182. La révocation est « une manifestation de volonté par laquelle le déclarant contredit absolument une manifestation précédemment émise et cherche ainsi à la détruire »[302]. La faculté de revenir sur le consentement n'est pas expressément prévue par les textes du Code civil et du Code de la santé publique relatifs aux études génétiques. Seuls deux articles du Code de la santé publique traitent de la révocabilité du consentement : l'article L.209-9 prévoit que l'investigateur doit informer la personne qui se prête à une recherche biomédicale de son droit de

---

[298] TGI Laval, 13 février 1967, *D.* 1968.39, note M. Le Roy ; Cass. crim. 30 octobre 1974, *JCP*1975.II.18038, note L. Mourgeon ; *Gaz. Pal.* 1975.1.67 ; *D.* 1975.178, note R. Savatier, *RTDC* 1975.107 et 712, obs. G. Durry.
[299] Req., 1re juin 1932, *D.P.* 1932.1.102, rapport Pilon ; *S.* 1933.1.49, note H. Mazeaud.
[300] C.J.C.E, 5 octobre 1994, *préc.*
[301] Voir *infra* n°695

« retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité ». Ces dispositions s'appliquent aux examens génétiques à des fins de recherche scientifique aux termes de l'article L. 145-15 alinéa 2 du Code de la santé publique. De même, l'article L.665-11 dispose que le consentement du donneur est révocable à tout moment. Même si ses termes se réfèrent au « donneur », l'insertion de cet article dans le Titre premier du Livre IV intitulé « principes généraux applicables au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain » aurait pu faire croire qu'énonçant un principe général, celui-ci avait vocation à s'appliquer à l'utilisation de gènes à des fins médicales. Pourtant, les travaux préparatoires de la loi excluent l'application de cet article aux prélèvements de cellules dans le cadre d'un acte diagnostique ou thérapeutique et qui ne font pas l'objet d'un don[303].

183. Loin de cantonner la révocabilité à des hypothèses particulières, l'article 5 de la Convention européenne sur la bioéthique la présente comme une règle générale applicable à toute intervention en matière de santé[304], règle dont il convient d'analyser le fondement et la portée.

184. Pour justifier que la révocabilité s'étende à toutes les conventions relatives à la personne physique, la plupart des auteurs avancent l'idée que l'obligation du médecin de soigner son patient serait affectée d'une condition suspensive potestative[305] : l'acte médical serait réalisé par le médecin si le patient le désire. Modalité de l'obligation qui suspendrait l'exécution de l'engagement du médecin à la volonté du patient, cette condition potestative serait valable, en vertu de l'article 1174 du Code civil, car la potestativité n'émanerait pas du débiteur de l'obligation de soin, le médecin, mais du créancier, le patient. Parce que les obligations issues d'un contrat médical sont synallagmatiques, la condition qui affecterait l'obligation du patient de payer les honoraires en contrepartie des soins proférés serait également potestative. Mais, à la différence de l'obligation du

---

[302] J. MARTIN de la MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse Toulouse, Sirey, 1951, n°343 p. 311-312.

[303] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, n°1057, J.-F. Mattéi, 25 mars 1994, p.186 : Voir l'article L.668-1, adopté par l'Assemblée Nationale en première lecture, dont les termes ont, par la suite, été modifiés, par souci de clarté, pour devenir l'article L.672-1.

[304] CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, Oviedo, 4 avril 1997, article 5 ; Egalement, *Recommandation n°R(92)3 sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales*, 10 février 1992, exposé des motifs du principe 5.

[305] A. JACK, *Les conventions relatives à la personne physique, Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933.362, spéc. n°13, p 385 et s. ; H. DESBOIS, note sous

médecin, cette condition serait simplement potestative en ce qu'elle dépendrait à la fois de la volonté du patient et d'éléments extérieurs à sa volonté : celui-ci paiera s'il se fait opérer. Simplement potestative, la condition qui suspendrait l'obligation du patient n'en serait donc pas une cause d'invalidation.

185. Plusieurs objections peuvent être formulées à l'encontre de cette explication : d'une part, la condition simplement potestative est un « masque si rudimentaire qu'il est transparent »[306]. L'intervention médicale à laquelle le patient subordonne son engagement de payer les honoraires dépend entièrement de son arbitraire sans lui imposer de sacrifice : il paiera s'il veut se faire opérer[307].

D'autre part, la condition est « une modalité qui affecte un rapport de droit existant indépendamment d'elle et ne peut se confondre avec un élément essentiel à ce rapport »[308]. A la différence de la condition de validité, qui désigne les éléments constitutifs de l'acte sans lesquels celui-ci ne peut exister ou atteindre son efficacité, la condition-modalité est « un élément adventice, dont la volonté des parties (...) fait dépendre la formation ou la survie d'une obligation qui aurait pu ne pas être assortie de cette modalité »[309]. Or la permission de la personne à l'acte médical, même si elle en suspend la réalisation, ne saurait avoir ce caractère accidentel. Elle est une nécessité que la loi, et non la volonté des parties, a posé comme condition à la licéité d'un acte attentatoire à l'intégrité génétique.

186. Si la révocabilité ne trouve pas sa justification dans l'existence d'une condition potestative, elle ne s'explique pas davantage par l'application de l'adage *Nemo cogi potest ad factum*. L'impossibilité de poursuivre l'exécution forcée des obligations de faire suppose au préalable la reconnaissance d'une telle obligation, et donc, en l'espèce, celle de subir une intervention médicale. Or, le consentement du titulaire d'un droit de la personnalité n'a pour effet ni de créer d'obligation à la charge de celui qui le donne, ni de conférer un droit acquis à celui qui l'obtient[310]. A la suite de la permission, le destinataire du consentement acquiert seulement

---

Trib. civ. de la Seine, 16 mai 1935, *D.P.* 1936.II.9 ; R. NERSON, *Les droits extra patrimoniaux*, thèse Lyon, LGDJ, 1939, n°191 p. 425.

[306] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, Cujas, 10e éd. 1999/2000, n°1113, p.675.

[307] A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, n°386, p.258.

[308] P. DEROIN, *Pour une analyse "fonctionnelle" de la condition, RTDC* 1978.1, spéc. n°79, p. 40.

[309] F.TERRE, Ph. SIMLER. Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n°1122, p. 1018.

[310] J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, 1978, n°262, p.264.

« une faculté d'agir que, sans le consentement, il n'aurait pas eue et qui augmente les limites de sa liberté »[311].

[311] A. FAHMY ABDOU, *Le consentement de la victime*, LGDJ, 1971,n°14, p.36.

187. C'est précisément parce que le droit au respect de l'intégrité génétique est un droit de la personnalité que l'autorisation est révocable[312]. En effet, ce droit protège la liberté inaliénable de la personne sur son intégrité, liberté qui serait remise en cause si on ne lui permettait pas de se dédire. Comme le précise le rapport explicatif à l'article 5 de la Convention européenne de bioéthique, la révocabilité est une conséquence de la liberté du consentement. En indiquant que la personne peut retirer son consentement « à tout moment », la Convention européenne de bioéthique en annonce la portée.

188. La portée de la révocabilité est déterminée par la qualification d'acte juridique unilatéral attachée à l'autorisation.

L'acte unilatéral est révocable tant qu'il n'a pas produit d'effet[313]. En revanche, les effets des actes juridiques unilatéraux sont irrévocables[314]. De même que le testament est révocable jusqu'au décès du testateur, l'autorisation peut être retirée avant l'accomplissement de l'acte médical. L'expression « révocable à tout moment » couvre donc le laps de temps qui sépare l'émission du consentement de la réalisation de l'acte médical. Ainsi, une fois la prestation effectuée, l'atteinte à l'intégrité génétique a un caractère irrémédiable empêchant à la personne de revenir sur son consentement.

189. Acte juridique, la révocation est soumise aux mêmes conditions de validité que l'autorisation. Elle doit être éclairée par l'information du patient sur ses conséquences. Libre, la révocabilité empêche, comme le prévoit l'article L. 209-9 du Code de la santé publique, de rechercher la responsabilité de son auteur. Modalité d'exercice du droit au respect de l'intégrité corporelle et morale, la révocabilité pourrait dégénérer en abus de droit et obligerait celui qui retire son autorisation sans motif légitime à indemniser son bénéficiaire[315]. Mais, la révocabilité de l'autorisation à une étude génétique, dès lors qu'elle échappe, au même titre que le refus, à tout contrôle des motifs, ne saurait constituer un abus de droit.

190. En principe donc, le consentement de la personne à une étude génétique de prédisposition doit être éclairé de la part du médecin par la délivrance d'une information loyale, claire et adaptée à la personnalité du patient afin que ce dernier

---

[312] J. RAVANAS, *préc.,* n° 288 et s., p. 306 et s.
[313] B. THULLIER, *L'autorisation. Etude de droit privé*, LGDJ, 1996, n°189, p.125;
[314] J. MARTIN de la MOUTTE*, L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse Toulouse, Sirey, 1951, n°348, p. 315.

puisse librement décider de s'y soumettre. La loi apporte, néanmoins, quelques atténuations à cette exigence de principe.

§ 2 - Les atténuations

191. Dans deux séries de cas, le médecin n'aura pas à solliciter le consentement de la personne sur laquelle sera portée une atteinte à l'intégrité : l'incapacité juridique de la personne explique que son consentement est donné par autrui (A) ; l'impossibilité de fait de recueillir le consentement d'une personne hors d'état de manifester sa volonté, justifie que celui-ci est, parfois, présumé (B).

A) Le consentement donné par autrui

192. Acte juridique, l'autorisation d'effectuer une étude génétique de prédisposition doit être donnée par une personne capable d'émettre un consentement libre et éclairé, un tel consentement supposant une capacité de discernement. Cette dernière peut faire défaut ou être amoindrie chez l'enfant en raison de son âge et chez l'adulte dont les facultés mentales sont altérées. Dès lors, des régimes de protection ont été mis en place par le Code civil, différents selon le degré de l'incapacité.

193. En matière patrimoniale, l'incapacité du mineur et celle du majeur en tutelle sont organisées selon le système de la représentation, en vertu duquel une personne agit au nom et pour le compte de l'incapable. En revanche, le majeur en curatelle n'est pas représenté, mais assisté par une personne chargée de le conseiller et de le contrôler pour les actes de la vie civile.

194. Le laconisme du Code civil relativement au gouvernement de la personne incapable oblige souvent à rechercher dans d'autres textes (Code de déontologie, Code de la santé publique) les règles applicables aux actes médicaux effectués sur l'incapable, actes dont l'étude génétique de prédisposition ne constitue qu'une illustration particulière. Ainsi, dans les développements qui suivront, les règles applicables à l'étude génétique effectuée sur une personne incapable seront déterminées à partir de celles qui gouvernent la réalisation de tout acte médical.

---

[315] Paris, 7 juin 1988, *D.*1988. IR.224.

Ces dernières règles révèlent que le choix entre le système de la représentation et celui de l'assistance est pragmatique : il est dicté selon la capacité réelle de discernement de l'incapable, sans l'enfermer définitivement dans un système rigide. Celui dont la capacité de discernement est absente sera représenté par une autre personne (1). En revanche, dès lors que l'incapable, qu'il soit mineur ou majeur en tutelle, fait preuve d'une intelligence suffisante pour apprécier les implications de l'acte médical, il lui appartiendra, assisté d'un tiers, de l'autoriser (2).

(1) L'incapable représenté

195. Le procédé de la représentation intervient dans deux hypothèses : celle du mineur en bas âge, incapable de discernement, et celle de majeur en tutelle, dépourvu de volonté propre. Comme pour tout acte médical, l'étude génétique de prédisposition ne pourra être effectuée sur ceux-ci, qu'à la condition que leur représentant, auquel aura été délivrée l'information médicale, ait donné son consentement libre et éclairé[316].

196. Accompli sur le mineur, l'acte médical relève de l'autorité parentale (article 371-2 du Code civil). Celle-ci est exercée en commun par le père et la mère dans la famille légitime, unie ou désunie par un divorce ou une séparation de corps. Dans la famille naturelle, l'exercice commun est de plein droit si les deux parents ont reconnu l'enfant avant l'âge d'un an et s'ils vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance (article 372 alinéa 2 du Code civil). L'exercice en commun résulte, également, dans la famille naturelle, soit d'une déclaration conjointe devant le greffier en chef du Tribunal de grande instance, soit d'une décision judiciaire (article 374 du Code civil).

L'exercice de l'autorité parentale est unilatéral lorsque l'un des parents se trouve dans l'impossibilité de l'exercer (article 373 du Code civil : décès, parent hors d'état de manifester sa volonté...). En outre, en cas de divorce ou de séparation de corps, le juge peut, dans l'intérêt de l'enfant, confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des parents (article 287 du Code civil). Dans la famille naturelle, hors les cas où elle est exercée en commun, l'autorité parentale l'est par

[316] CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, Oviedo, 4 avril 1997, article 6-4 ; article R.671-3-4 du C.S.P., lorsque le prélèvement d'organe sur un mineur est permis.

celui des deux parents à l'égard duquel la filiation est établie ou par sa mère si le double lien de parenté est établi (article 374 alinéa 1 et 2 du Code civil).

197. Lié à l'autorité parentale, l'acte médical doit être autorisé par le ou les parents qui l'exercent. Le parent qui exerce unilatéralement l'autorité parentale est seul compétent pour permettre l'intervention chirurgicale sur son enfant. Néanmoins, l'autre parent conserve un droit de surveillance doublé d'un droit d'information relativement aux « choix importants relatifs à la vie » de l'enfant (en cas de divorce, article 288 du Code civil). Ce droit d'information n'implique aucunement que le parent, qui n'exerce pas l'autorité parentale, doive autoriser les actes médicaux « importants »[317]. En revanche, il peut saisir le juge qui appréciera si l'acte est ou non conforme à l'intérêt de l'enfant et, le cas échéant, interdira à l'autre parent de l'autoriser.

198. Si l'exercice conjoint de l'autorité parentale obligeait le médecin à recueillir pour chaque acte médical l'accord des deux parents, il en résulterait un risque de « paralysie pratique de la vie quotidienne »[318] pouvant nuire à la santé de l'enfant. Ainsi, l'article 372-2 du Code civil pose une présomption d'accord parental quand l'un des parents « fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». La notion d'acte usuel, n'ayant pas été définie par la loi, a été précisée par la doctrine. Pour M. G. Cornu, la formule d'acte usuel renvoie à une « notion-cadre », non rigide, qui « se détermine par une double évocation. « Usuel » suggère d'abord, dans une échelle de gravité, un genre d'initiatives de peu d'importance : Actes anodins, opérations courantes (...). Pris dans une autre perspective, les actes usuels s'éclairent par l'usage, la coutume : ce sont des actes qu'il est d'usage d'accomplir relativement à la personne de l'enfant »[319].

Appliquée aux interventions médicales, la notion d'acte usuel suscite des doutes[320] et est même apparue discutable[321]. Et effet, un tel acte n'est jamais anodin

---

[317] T.G.I Toulouse, 25 avril 1985, *Gaz. Pal.*1985.2.470, note I. Grandbarbe ; F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz, 6e éd. 1996, n°1047, p. 892. Prévu en cas de divorce, il est logique, pour ces auteurs, d'étendre ce droit d'information au parent d'un enfant naturel n'exerçant pas l'autorité parentale et investi par le juge aux affaires familiales d'un droit de surveillance (article 374 al. 4) ; Contra, G. MEMETEAU, *Le droit médical*, Litec, 1985, n°578, p.386 ; M. HARICHAUX-RAMU, *Le contrat médical*, fasc.81, n°24, dans, *Droit médical et hospitalier*, Litec.
[318] F. TERRE et D. FENOUILLET, *préc.*, n°1032, p.876.
[319] G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 6e éd. 1998, n°83, p.146.
[320] G. CORNU, *préc.*, n°83, p. 147 ; également, C. COLOMBET, *Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, D.*1971.1, spéc. p. 13.
[321] F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz, 6e éd. 1996, n°1032, p.877.

en lui-même puisqu'il implique souvent une atteinte à l'intégrité corporelle, alors que dire de l'étude génétique de prédisposition dont les implications sont loin d'être « usuelles » !

199. Si le Code civil, dans l'article 372-2, détermine les pouvoirs des parents en fonction du caractère usuel ou non de l'acte, en revanche, il est beaucoup plus laconique sur le pouvoir du tuteur relativement à la personne de l'enfant[322]. En effet, l'article 450 dispose que « le tuteur pendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils » sans distinguer entre les actes qu'il peut faire seul et ceux pour lesquels il a besoin de l'autorisation du conseil de famille. Cette lacune est d'autant plus regrettable qu'elle empêche de préciser le pouvoir du tuteur relativement à la personne du majeur protégé, dont on sait qu'ils sont déterminés par référence à ceux du tuteur du mineur (article 495 du Code civil).

Il appartenait donc à la loi ou la jurisprudence de combler ce vide juridique. Ainsi, à partir des solutions applicables à tout acte médical (a), sera-t-il possible de déterminer les règles régissant la réalisation d'une étude génétique de prédisposition sur l'incapable (b).

a - L'acte médical réalisé sur l'incapable

200. Alors que la jurisprudence a dégagé les solutions applicables à l'acte médical réalisé sur l'incapable dans une finalité médicale, la loi a posé des règles relatives à la recherche à laquelle l'incapable peut se prêter.

201. Lorsque l'acte médical est réalisé dans une finalité médicale, la jurisprudence, plutôt que de se référer à la notion d'acte « usuel », a établi une distinction entre les traitements bénins et ceux qui sont graves. Seuls ces derniers nécessitent l'accord des deux parents.

Ainsi, dans une espèce soumise au Tribunal de grande instance de Paris, le 6 novembre 1973, trois enfants âgés de 5, 6 et 7 ans avaient été circoncis par un médecin sur demande de leur mère. Le père, qui soutenait que cet acte avait été accompli pour des motifs religieux et non médicaux, a reproché au médecin de s'être passé de son accord. Le Tribunal, considérant que la circoncision était justifiée par des raisons médicales, débouta le père au motif que « le médecin

---

[322] T. FOSSIER, *Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure*, *JCP* 1985.I.3195 ; C. GEFFROY, *La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle, JCP* 1993.I.3724.

n'était pas tenu, avant de pratiquer une intervention médicale relativement bénigne, de recueillir d'autre autorisation que celle de la mère »[323].

De même, s'agissant une personne majeure, atteinte d'arriération mentale profonde, « totalement privée de ses facultés mentales et donc incapable de donner un avis quelconque », le Tribunal d'instance de Brest a décidé, en qualité de Juge des tutelles, que « le représentant légal pourra donner les autorisations aux soins nécessaires à la protection de la santé de X... étant entendu que pour les actes pouvant engager gravement la santé ou l'intégrité corporelle, il devra se munir de l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles selon le régime de protection (art.389-6 et 449 C. civ) ».[324]

202. L'analyse comparée des jugements du 6 novembre 1973 et de celui 25 avril 1978 est doublement intéressante : d'une part, les deux jugements utilisent le critère de la gravité de l'atteinte, celui-là même employé en matière patrimoniale pour distinguer les actes d'administration et de disposition[325]. D'autre part, en utilisant le critère de gravité de l'acte médical afin de répartir entre les représentants le pouvoir d'autoriser l'accomplissement d'un acte sur l'incapable, les deux jugements établissent une symétrie entre le régime de la tutelle des majeurs et celui de l'autorité parentale relativement à la personne du mineur : il ressort de leur analyse que le tuteur du majeur peut autoriser l'acte médical peu grave qu'un parent d'un enfant mineur pourrait lui-même accomplir. Il doit solliciter l'accord du conseil de famille pour les actes plus graves, actes pour lesquels l'accord des deux parents est nécessaire.

203. Or, lorsqu'il s'agit des biens de l'enfant, les pouvoirs des parents sont calqués sur ceux du tuteur, en vertu d'une « réglementation par références »[326]. Ainsi l'article 389-4 du Code civil dispose que « chacun des parents est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation ». Les actes ainsi visés sont les actes d'administration (article 450 du Code civil). L'article 389-5 ajoute qu'ils « accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille », à savoir les actes de disposition (article 457 du Code civil).

---

[323] T.G.I. Paris, 6 novembre 1973, *Gaz. Pal.* 1974.1.299, note P. Barbier.
[324] Trib. inst. de Brest, 25 avril 1978, *D.*1978.697, note C. Geffroy.
[325] R. LEGEAIS, *L'autorité parentale*, Rép. du Notariat Defrénois, 1973, n°89, p.87 ; voir *supra* n°65 et s.
[326] P. COURBE, note sous Cass. civ. 1re, 17 janvier 1978, *JCP* 1979.II.19175.

204. Transposée à la personne, la classification patrimoniale des actes en fonction de leur gravité permet d'assimiler l'acte usuel, auquel l'article 372-2 du Code civil se réfère, à un acte matériel d'administration relatif à la personne de l'incapable[327] : un seul des parents pourrait consentir à un tel acte, ainsi que le tuteur, sans autorisation du conseil de famille. Les autres actes sont des actes matériels de disposition supposant l'accord des deux parents et exigeant que le tuteur sollicite l'accord du conseil de famille. En revanche les actes de disposition, à la fois inutiles et risqués, devraient être interdits puisque la personne capable ne peut pas, elle-même, les autoriser[328].

205. L'application de cette distinction aux actes médicaux a, ainsi, l'avantage de préciser les pouvoirs respectifs des parents et du tuteur, relativement à la personne de l'incapable. Cette approche, liée à une analyse de la jurisprudence relative aux actes ayant une finalité médicale, semble être confortée par la loi, laquelle détermine les pouvoirs des représentants légaux en fonction de la gravité de l'acte réalisé dans une finalité autre que médicale.

206. Le Code de la santé publique a, en effet, prévu des dispositions protectrices des incapables qui se prêtent à des recherches biomédicales, applicables à la réalisation d'études génétiques (article L.145-15 alinéa 2). Alors que les recherches avec bénéfice individuel direct peuvent être réalisées sur l'incapable, même si elles comportent des risques prévisibles, les recherches sans bénéfice individuel direct ne sont admises qu'à la triple condition qu'elles ne présentent « aucun risque prévisible sérieux pour la santé », qu'elles soient « utiles à des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap », et qu'elles ne puissent « être réalisées autrement » (article L.209-6). Lorsque les recherches sur l'incapable sont autorisées, le consentement doit, aux termes de l'article L.209-10 du Code de la santé publique, « être donné (...) par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale pour les mineurs non émancipés. Pour les mineurs ou les majeurs protégés par la loi, le consentement est donné par le représentant légal pour les recherches avec bénéfice individuel direct ne présentant pas un risque prévisible sérieux et, dans les autres cas, par le représentant légal autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles».

---

[327] M. BRAZIER, *Commentaire de la loi n°70-459 du 4 juin 1970*, *JCP* 1970.I.2362, spéc. n°56 : l'auteur définit l'acte usuel relatif à la personne du mineur comme "tous actes d'administration concernant la santé, l'éducation et d'une façon générale, tous les besoins de l'enfant" . Il est par ailleurs intéressant de relever les similitudes de rédaction entre l'article 372-2 du Code civil qui concerne l'autorité parentale sur la personne et l'article 389-4 du Code civil, lequel traite de l'administration des biens de l'incapable.

[328] *Supra* n°68.

207. La rédaction de cet article résulte de la loi n°94-630 du 25 juillet 1994 qui a modifié l'ancien article L.209-10 en substituant au terme de majeurs sous tutelle, celui de majeurs protégés par la loi. Pour désigner celui qui manifeste le consentement de l'incapable aux recherches avec bénéfice individuel sans risque prévisible sérieux, la loi utilise le mot de représentant légal et non plus celui de tuteur. Dicté par la volonté de protéger, outre les majeurs en tutelle, ceux qui sont placés sous la sauvegarde de la justice et les majeurs en curatelle[329], le terme « représentant » est impropre dans la mesure où ces deux derniers ne sont pas soumis au régime de la représentation. Sauf à considérer que les personnes en curatelle ou sous sauvegarde de la justice seraient soumises au régime de la représentation pour les recherches avec bénéfice individuel direct, cet article ne peut viser que le tuteur du mineur et celui du majeur protégé. La modification rédactionnelle se révèle donc inutile.

208. En outre, l'article L.209-10 du Code de la santé publique n'établit pas toujours une symétrie parfaite entre le régime de l'autorité parentale des parents et celui de la tutelle des majeurs : alors qu'il précise les pouvoirs du représentant légal et du conseil de famille ou du juge des tutelles en fonction de chaque type de recherche, cet article semble exiger, à l'égard des mineurs soumis à l'autorité parentale, le consentement de chacun des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, sans distinguer selon que la recherche comporte ou non un bénéfice individuel direct. Pourtant, la symétrie des pouvoirs du tuteur avec ceux des parents, établie par la jurisprudence pour l'acte matériel à finalité médicale, milite en faveur d'une telle distinction.

209. Ainsi, la recherche avec bénéfice individuel direct ne présentant pas des risques prévisibles sérieux serait un acte d'administration utile à la santé de l'incapable majeur ou mineur, quand bien même ce bénéfice, en raison de l'incertitude inhérente à l'activité de recherche, serait éventuel. Si la loi admet que le représentant légal (tuteur) peut y consentir sans avoir à solliciter l'autorisation du conseil de famille, elle devrait préciser que cette recherche n'exige que le consentement d'un seul titulaire de l'autorité parentale.

210. En revanche, la recherche sans bénéfice individuel direct et sans risque prévisible sérieux, ainsi que celle avec bénéfice individuel présentant des risques prévisibles sérieux, seraient des actes de disposition, des actes « anormaux », la

---

[329] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport fait sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat (n°1214) tendant à modifier le livre II bis du code de la santé publique*, J.-F. Mattéi, n°1291, 31 mai 1994, p.40 et 43.

première, en raison de son absence d'utilité pour la santé de l'incapable, la seconde, parce que les risques d'atteintes à l'intégrité de l'incapable sont graves. Dès lors, elles supposent, selon l'article L.209-10, de recueillir le consentement du représentant légal autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles, et le double consentement des parents. Les recherches sans bénéfice individuel direct présentant des risques prévisibles sérieux seraient des actes de disposition interdits (article L.209-6).

Appliquée à une étude génétique de prédisposition effectuée sur l'incapable, la distinction suppose de qualifier cette étude d'acte matériel d'administration ou de disposition.

b - L'étude génétique de prédisposition réalisée sur l'incapable

211. Une étude génétique de prédisposition peut avoir pour finalité de diagnostiquer le risque de l'incapable à contracter une maladie ou à transmettre la maladie à sa descendance.

212. L'étude génétique de prédisposition à la maladie comporte peu de risques physiques. L'utilité de celle-ci réside, non pas dans le caractère curatif des soins apportés, mais dans les conseils donnés à une personne, dont la prédisposition aura été détectée, afin qu'elle ne tombe pas malade.

213. Réalisée dans une finalité médicale ou dans une finalité de recherche avec bénéfice individuel direct, l'étude génétique de prédisposition à la maladie vise à permettre l'application de mesures préventives du risque dont l'incapable serait porteur. Même si elle ne doit pas être envisagée « comme une routine »[330], cette étude n'en est pas moins, alors, un acte d'administration de la santé de l'incapable[331]. A ce titre, elle devrait pouvoir être autorisée par l'un des parents d'un enfant mineur ou par le tuteur d'un majeur en tutelle.

---

[330] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »*, n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p.15-16. « L'examen des caractéristiques génétiques chez des enfants ne doit pas être envisagé comme une routine, mais doit toujours répondre à des situations particulières fondées sur l'analyse des données médicales et des données familiales ». Cet examen ne peut être réalisé sur l'enfant « que si la maladie liée à son génotype peut se déclarer avant 18 ans ou peut bénéficier de mesures préventives instaurées avant 18 ans ».

[331] Sous réserve que l'application des mesures de prévention n'implique pas qu'une atteinte grave soit réalisée sur l'incapable, car si tel n'était pas le cas, l'étude génétique serait un acte de disposition.

214. Cette étude ne devrait, pourtant, pas pouvoir être ordonnée par le juge des enfants, sur le fondement de l'article 375 du Code civil, en application d'une mesure d'assistance éducative. Une telle mesure nécessitant que la santé de l'enfant soit en danger, ce danger, même s'il ne se confond pas avec l'urgence, outre son caractère sérieux, doit être certain et réel[332]. Or la prédisposition de l'enfant, indiquant un risque hypothétique de maladie, ne présente pas le caractère de certitude qui est une condition de fond de la saisine du juge.

215. L'étude génétique effectuée dans une finalité de recherche ne comportant pas de bénéfice individuel direct, telle celle qui tend à la découverte d'un gène de prédisposition sans indiquer à la personne les moyens d'éviter l'apparition de la maladie, serait un acte de disposition nécessitant le double consentement parental ou celui du tuteur autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles.

216. Le test génétique peut avoir pour objet de diagnostiquer la prédisposition de la personne, non plus à contracter la maladie elle-même, mais à la transmettre à sa descendance. Parce que cette prédisposition n'affecte pas la santé de l'incapable, la détermination des pouvoirs des représentants en fonction de la gravité de l'acte sur la santé se révèle inopérante. En indiquant le risque lié à la procréation, le test permet à l'incapable de faire un choix personnel ayant des implications, non pas sur sa santé, mais sur celle de sa descendance. Aussi, comme en matière de contraception ou d'interruption volontaire de grossesse, nul ne devrait pouvoir autoriser l'étude génétique à sa place, si l'incapable, en âge de procréer et doué d'une faculté de discernement[333], ne veut pas y consentir.

217. La protection de l'incapable qui consent à une étude génétique de prédisposition peut, néanmoins, exiger son assistance par d'autres personnes.

En effet, le procédé de la représentation, applicable lorsque l'incapable est dépourvu de volonté propre, cède le pas à celui de l'assistance du mineur ou du majeur protégé dont les facultés de discernement lui font mesurer les implications d'un test génétique.

---

[332] A. DEISS, *Le juge des enfants et la santé des mineurs, JCP* 1983.I.3125, spéc. n°38 ; D. DUVAL-ARNOULD, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, 1994, p.179 et s.

[333] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »*, n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p. 16.

(2) L'incapable assisté

218. « La généralité de l'incapacité, concevable en matière patrimoniale où l'équilibre global du patrimoine est en jeu, doit s'incliner en matière personnelle parce qu'ici personne ne peut prétendre avoir de meilleurs critères que l'intéressé lui-même s'il est en état de juger »[334].

Doué d'une capacité de discernement (a), l'incapable ne sera plus représenté mais seulement assisté par d'autres personnes, selon certaines modalités (b).

a - La capacité de discernement de l'incapable.

219. L'assimilation du majeur en tutelle à un mineur sans discernement n'est concevable que si le majeur est incapable de comprendre la portée de ses actes[335]. En revanche, dès lors qu'il est capable d'apprécier l'acte qu'un médecin se propose d'effectuer sur sa personne, le majeur doit l'autoriser[336]. A la représentation se substitue un procédé d'assistance et d'arbitrage qui permet « de rapprocher la tutelle à la personne du système de la curatelle aux biens »[337]. En effet, le majeur, placé sous un régime de curatelle étant atteint d'une incapacité moins grave que le majeur en tutelle a seulement « besoin d'être conseillé ou contrôlé » (article 508 du Code civil) pour effectuer certains actes.

220. De même, certains textes prennent en compte la capacité de discernement du mineur[338]. Ainsi, l'article 388-1 du Code civil (loi n°93-22 du 8 janvier 1993) s'y réfère expressément en disposant que « dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou par la personne désignée par le juge à cet effet ».

---

[334] J. HAUSER, *Réflexions sur la protection de la personne incapable*, dans, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz Sirey, 1985, p.227 et s., spéc. p. 234.
[335] J. MASSIP, *Les majeurs protégés* , tome I, *le régime juridique*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1994, n° 202, p.197 .
[336] J. HAUSER, *op. cit.*, p. 234 ; R. NERSON, *Le respect par le médecin de la volonté du malade*, dans, *Mélanges dédiés à G. Marty*, 1978, p.853, spéc. p.861.
[337] T. FOSSIER et M. HARICHAUX, *La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical, RDSS* 1991.1, spéc. p.4.
[338] Convention relative aux Droits de l'Enfant faite à New York, 26 janvier 1990, entrée en vigueur le 6 septembre 1990, article 12 ; J.-P. GRIDEL, *L'âge et la capacité civile*, *D*.1998.90, spéc. p. 93.

221. Parfois, des textes particuliers reconnaissent implicitement l'autonomie de jugement du mineur en supprimant l'incapacité du mineur, telle la loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974[339] qui a permis au mineur d'obtenir des contraceptifs sans à avoir à solliciter le consentement de ses parents. Plus souvent, la loi réduit l'incapacité du mineur « à une simple assistance, sous la forme d'une autorisation à obtenir ou d'une éventuelle opposition à respecter »[340]. Ainsi, l'article L. 162-7 du Code de la santé publique relatif à l'interruption volontaire de grossesse exige, outre le consentement personnel de la mineure, celui de « l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal ». De même, les articles L.671-5 et R. 671-3-8 de ce même code prévoient que lorsque le prélèvement d'organes est autorisé sur un mineur et qu'il a été consenti par chacun des titulaires de l'autorité parentale, le mineur capable de discernement est entendu par un comité d'expert, lequel s'assure qu'il n'existe aucun refus du mineur faisant obstacle à un tel prélèvement.

222. De ces textes particuliers, ne peut-on pas déduire la reconnaissance d'une « capacité civile sanitaire » du mineur[341], qui ignorerait la capacité légale du mineur fixée à 18 ans, pour tenir davantage compte de sa « capacité naturelle, existant en fait, de manifester un consentement sérieux »[342]? En effet, il semble souhaitable « d'établir une sorte d'état intermédiaire entre la majorité et la minorité, une sorte de stage qui préparerait le mineur au libre exercice de ses droits civils »[343], état que M. F.Gisser qualifie de « prémajorité »[344].

223. La détermination de l'âge à partir duquel la volonté du mineur ne peut être ignorée peut résulter soit d'un « système qualitatif » consistant à rechercher, dans les circonstances de fait, la maturité de chaque mineur, soit d'un « système

---

[339] *JO* 5 décembre.

[340] M. GRIMALDI, *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence,* dans*, L'enfant, la famille et l'argent,* Actes des journées d'études du 13 et 14 décembre 1990 et organisées par le laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, LGDJ, 1991, p.101, spéc. p. 103.

[341] C.E., 18 mars 1983, *JCP* 1983.II.20111, note J. M. Auby ; F. BOUVIER*, Le consentement à l'acte thérapeutique : réalités et perspectives. Les enseignements du colloque " Génétique, procréation et droit" de janvier 1985, JCP* 1986.I.3249, spéc. n°7.

[342] A. JACK, *Les conventions relatives à la personne physique, Revue crit. de législ. et de jurisp.*, 1933.362, spéc. n°14, p. 388 ; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon, LGDJ, 1939, n°192, p.426 ; *Le respect par le médecin de la volonté du malade*, dans, *Mélanges dédiés à G. Marty*, 1978, p.853, spéc. p.861.

[343] G. CORNU, *L'âge civil*, dans, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz Sirey 1961, tome II, p. 9 et spéc. p.18.

[344] F. GISSER, *Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité, JCP* 1984.I.3142.

quantitatif » fixant un âge à partir duquel tout mineur peut bénéficier du statut de « prémajeur »[345].

224. Alors que certains auteurs préconisent le système qualitatif, en faisant valoir que l'aptitude de jugement « existera à certains moments, pour cesser d'exister ensuite »[346], d'autres, reprochant à cette dernière méthode empirique son incertitude et son insécurité, préfèrent le système quantitatif et considèrent que l'âge à partir duquel la prémajorité doit être reconnue est de 15 ans[347]. Le caractère hétéroclite des différentes dispositions légales révèle néanmoins l'arbitraire d'une telle fixation : le seuil à partir duquel la loi reconnaît au mineur une certaine autonomie est parfois déterminé à treize ans (consentement à l'adoption plénière ou simple : articles 345 et 360 du Code civil ; au changement de prénom : article 60 du Code civil ; responsabilité pénale : article 122-8 du Code pénal), à 15 ans (le mariage d'une mineure : article 144 du Code civil ; âge à partir duquel les relations sexuelles avec un mineur ne sont plus répréhensibles : article 227-27 du Code pénal) ou à 16 ans (capacité testamentaire : article 904 du Code civil ; contrat de travail : article L.117-3 du Code du travail).

225. Ainsi, plutôt que de choisir entre les deux systèmes, il serait préférable de les cumuler en fixant un âge à partir duquel le plus grand nombre des mineurs serait capable d'apprécier les conséquences des actes et, ce faisant, de consentir à une étude génétique de prédisposition. Une certaine autonomie médicale pourrait être reconnue au mineur à partir de 15 ans. Mais, parce que le plus grand nombre ne signifie pas l'ensemble des mineurs et afin d'éviter que l'arbitraire de la fixation de ce seuil ne se retourne contre le mineur lui-même, il serait nécessaire d'introduire dans ce système, *a priori* rigide, un certain pragmatisme. Le mineur de 15 ans devrait seulement être présumé capable de comprendre les incidences de l'acte médical qu'est l'étude génétique. Mais il serait possible de renverser cette présomption en s'appuyant sur les circonstances de fait qui révèleraient que tel mineur déterminé ne serait pas apte à consentir à l'acte. De même si tout mineur de moins de 15 ans devait être présumé incapable d'une autonomie médicale, il se pourrait néanmoins qu'un mineur, qui appartiendrait à cette tranche d'âge, fût doté d'une aptitude au jugement lui permettant de consentir à une intervention médicale. Ainsi, même les auteurs qui fixent l'âge de la prémajorité médicale à 15 ans se

---

[345] F. GISSER, *chron. préc.*, n°11 et 12.
[346] J.-C. LOMBOIS, *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, LGDJ, 1963, p.131.
[347] F. GISSER, *chron. préc.*, n°13 ; D. DUVAL-ARNOULD, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, LGDJ, 1994, p. 147 et 291.

réfèrent, pour déterminer l'étendue des prérogatives du mineur de 15 ans, à un arrêt de la Chambre des mineurs de la Cour d'appel de Nancy qui avait eu à connaître d'un conflit opposant un médecin à une mineure de 14 ans et à sa mère sur le choix d'une méthode thérapeutique[348]!

226. L'appréciation pragmatique de l'inaptitude du mineur de plus de quinze ans ou celle de l'aptitude de mineur de moins de quinze ans, comme celle du majeur en tutelle, appartiendrait au médecin[349] ou à un comité d'expert composé en partie de médecins[350]. En effet, l'article 42 alinéa 3 du Code de déontologie médicale dispose que si l'avis du mineur ou du majeur protégé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible ». Afin d'éviter un retour au paternalisme médical, l'appréciation du médecin devrait être, en cas de conflit, soumise au contrôle du juge des enfants, celui-là même qui est compétent pour prendre les mesures d'assistance éducative lorsque la santé du mineur est en danger (Article 375-1 du Code civil).

227. Si l'incapable en droit, doué d'une capacité de discernement, doit participer à la décision médicale, il appartient au médecin de lui délivrer une information médicale afin de s'assurer de son consentement libre et éclairé[351]. Mais la participation de l'incapable, pour être nécessaire, est souvent insuffisante, ce qui justifie son assistance par d'autres personnes.

---

[348] Nancy, Ch. des mineurs, 3 décembre 1982, *JCP* 1983.II.20081, note G. Raymond ; *Gaz. pal.*, 1984.1.132, note A. Dorsner-Dolivet. En l'espèce, la reconnaissance de l'autonomie du mineur n'est qu'implicite puisque l'arrêt relève que « la mère et la fille n'ont jamais divergé sur le choix de telle ou telle thérapeutique ».

[349] J.-C. LOMBOIS, *préc.*, p.131.

[350] L'article L. 671-6 du C.S.P. précise que le comité d'expert, compétent pour apprécier l'aptitude du mineur à exprimer sa volonté au prélèvement de moelle osseuse au bénéfice de son frère ou de sa sœur, comporte deux médecins, dont un pédiatre, et une personnalité n'appartenant pas aux professions médicales.

[351] Articles L.671-5 al. 4 et R. 671-3-8 du C.S.P. : si le mineur est capable de discernement, le comité d'expert qui autorise le prélèvement de moelle osseuse s'assure que le mineur a été informé du prélèvement envisagé et de ses conséquences ; CCNE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche,* n°58, 12 juin 1998 , *D.* 1999.somm.346, obs. H. Gaumont-Prat.

b - Les modalités d'assistance de l'incapable

228. Tout incapable peut accomplir seul, outre les actes conservatoires, les actes autorisés par la loi ou par l'usage (article 450 du Code civil). Si l'usage permet à l'incapable mineur ou majeur[352], d'effectuer les actes patrimoniaux « de la vie courante » n'entraînant pas de « risques particuliers »[353], tels l'achat de denrées alimentaires, il ne peut néanmoins justifier que l'incapable consente seul à une intervention médicale, par nature aléatoire. En effet cette dernière comporte toujours des risques imprévisibles qui, fussent-ils minimes, empêchent de la considérer comme un acte de la vie courante.

229. S'agissant de la réalisation d'une étude génétique de prédisposition à la maladie, la détermination des personnes qui ont le pouvoir d'assister l'incapable dépend du régime sous lequel celui-ci est placé et varie, comme en matière de représentation de l'incapable dépourvu de volonté, en fonction de la gravité des conséquences potentielles de l'acte médical en cause sur la santé de l'incapable.

230. En matière de tutelle et de minorité, les actes graves, c'est-à-dire les actes que nous avons qualifiés de disposition, exigent le consentement du tuteur et du conseil de famille ou celui des deux parents du mineur (réalisation d'un test génétique dans une finalité de recherche sans bénéfice individuel direct ou avec bénéfice individuel direct mais comportant des risques prévisibles sérieux). En revanche, le consentement du tuteur ou celui de l'un des parents sera suffisant pour les actes d'administration relatifs à la santé de l'incapable (test génétique, sans risque prévisible sérieux, réalisé à une fin médicale ou à une fin de recherche avec bénéfice individuel direct).

231. En vertu de l'article 510 du Code civil, le majeur en curatelle fait avec l'assistance du curateur tous les actes qui, sous le régime de la tutelle des majeurs, requerraient une autorisation du conseil de famille. Ainsi, s'il peut autoriser seul les actes d'administration relatifs à sa propre santé, il devra être assisté de son curateur pour tous les actes médicaux graves.

---

[352] Mineur : Cass. civ. 1re, 9 mai 1972, *Bull. civ.* I . n° 122, p.110 ; *Gaz. Pal.* 1972.2.871. Majeur sous tutelle : Cass. civ. 1re, 3 juin 1980, *Bull. civ.* I, n°172, p.141 ; *Gaz. Pal.* 1981.1.172 *; Defrénois* 1981.380, obs. J. Massip ; J.-C. MONTANIER, *Les actes de la vie courante en matière d'incapacité*, *JCP* 1982.I.3076 ; Ph. CONTE et J.-C. MONTANIER, *Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé, JCP* éd.Not. 1986.I.401, spéc. n°18 et s : La notion d'acte usuel qui détermine les pouvoirs du représentant légal, adulte avisé et capable, sur le mineur n'est pas transposable aux actes autorisés par l'usage au mineur.

[353] Cass. civ 1re, 9 mai 1972, *préc.*

232. En revanche, le majeur sous la sauvegarde de la justice qui a seulement « besoin d'être protégé dans les actes de la vie civile » (article 490 du Code civil), sans que son état nécessite une assistance ou une représentation, conserve l'exercice de ses droits (article 491-2 al 1) et peut, dès lors, autoriser tous les actes médicaux.

233. Un conflit peut opposer l'incapable et celui ou ceux qui l'assistent en ce qui concerne l'opportunité de l'acte médical en cause. L'intérêt de l'incapable doit dicter la solution[354]. S'agissant d'un acte d'administration utile à la santé de l'incapable et sans risque prévisible sérieux, l'autorisation, qu'elle émane de l'incapable ou de ou des personnes chargées de l'assister, prévaut sur le refus[355]. En revanche, si l'acte en cause est un acte de disposition, le refus d'autorisation doit toujours être respecté. Ainsi l'article L. 209-10 alinéa 3 du Code de la santé publique dispose-t-il, dans le cas d'une recherche biomédicale, que « le consentement du mineur ou du majeur protégé par la loi doit également être recherché lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement »[356].

234. Ces solutions, fondées sur la gravité de l'acte médical, sont applicables à la réalisation d'une étude génétique de prédisposition à la maladie. En revanche, elles sont difficilement transposables à la réalisation d'un test qui décèle les prédispositions de l'incapable à la transmission de la maladie, puisque de telles prédispositions ne nuisent pas à la santé. Dès lors que la réalisation d'un test de prédisposition à la transmission de la maladie suppose le consentement personnel de l'incapable, il y a lieu de se demander si ce consentement suffit, comme en matière de délivrance de contraceptifs, ou s'il est exigé, en outre, le consentement d'un représentant légal, à l'instar de ce que la loi prévoit pour l'interruption volontaire de grossesse.

235. Dans l'hypothèse où le consentement d'un représentant légal serait nécessaire, il se poserait le problème de la résolution du conflit opposant l'incapable, qui accepte l'acte, et le représentant, qui le refuse.

---

[354] CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, Oviedo, 4 avril 1997, rapport explicatif à l'article 6, n° 47.

[355] J.-C. LOMBOIS, *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, LGDJ 1963, p.133 : « Dans le cas des traitements bénins, il faut toujours soigner, qui que ce soit qui s'y oppose ».

[356] Même si la loi ne distingue pas selon les catégories de recherche, on peut, néanmoins, se demander si un tel refus devrait être pris en compte dans le cas où la recherche est susceptible d'apporter au mineur ou au majeur protégé un bénéfice individuel direct.

En matière d'interruption volontaire de grossesse, ce conflit peut être réglé par le juge qui, sur le fondement de l'article 375 du Code civil, ordonne des mesures d'assistance éducative lorsque « la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger ». Mais le danger de la grossesse, s'il peut justifier que le juge autorise une IVG commandée par un motif thérapeutique sur une mineure en cas de refus d'un de ses parents, est, néanmoins, très incertain lorsque l'IVG n'est pas thérapeutique. En effet, dans ce cas, la grossesse ne compromet pas la santé ou l'intégrité corporelle de la mère. Seule la sauvegarde de la santé psychique de la mineure pourrait, éventuellement, justifier que le juge autorisât une IVG pour motif personnel, malgré l'opposition du représentant. L'appréciation de ce danger psychologique se révèle arbitraire, comme en témoignent les décisions contradictoires des juges. Alors que certains juges autorisent l'IVG en raison de la situation de détresse de la mineure qui, « sans ressources, ni domicile, ni famille », ne pouvait envisager « de faire naître l'enfant qu'elle serait incapable d'élever »[357], d'autres s'y refusent dans la mesure où « la situation de grossesse n'est pas génératrice d'un danger en soi », alors même qu'ils constatent que le refus du représentant n'est pas toujours dicté par le seul intérêt de l'enfant et constitue alors un abus de droit[358]. Ces solutions contradictoires révèlent que l'article 375 du Code civil est inadapté pour régler les conflits opposant l'incapable à ses représentants quant aux décisions qui, sans nuire directement à la santé de l'incapable, intéressent sa personne.

236. Mais si le consentement d'un représentant de l'incapable était exigé à la réalisation d'une étude génétique de prédisposition à la transmission de la maladie, il est certain que le refus du représentant prévaudrait sur le consentement de l'incapable. En effet, dès lors que cette prédisposition ne met pas en danger la santé de l'incapable, le juge ne pourra jamais contrer le refus du représentant en ordonnant une mesure d'assistance éducative.

237. Or, puisqu'un tel refus peut ne pas être justifié par l'intérêt de l'incapable, il serait préférable qu'un acte aussi personnel soit consenti par le seul incapable lorsqu'il est doué de discernement. Le régime du test génétique de prédisposition à la transmission de la maladie suivrait ainsi celui de la délivrance des contraceptifs à une mineure.

---

[357] Trib. enf. Evry, 8 novembre 1982, *D*.1983.218, note P. Raynaud.

[358] Bordeaux, 4 décembre 1991, *D*.1993.129, note T. Dubaele : En l'espèce, la mère avait subordonné son accord pour autoriser l'interruption de grossesse à ce que sa fille retirât sa plainte pour inceste, déposée contre son père.

238. La règle du consentement libre et éclairé de la personne ne devrait être atténuée, dans le domaine de l'incapacité, que dans le cas où l'incapable n'a pas une faculté de discernement lui permettant de comprendre les implications d'une étude de ses prédispositions pour y consentir.

Une telle solution, justifiée en droit par l'incapacité, se distingue de celle où le médecin rencontre des difficultés, en fait, à recueillir le consentement de la personne. Ce dernier sera alors présumé.

B) Le consentement présumé

239. Lorsqu'il est matériellement difficile, voire impossible, pour le médecin de solliciter le consentement de la personne avant d'effectuer sur elle des actes médicaux, son consentement n'aura pas à être recueilli. Une telle dispense repose sur une présomption du consentement car il est vraisemblable que la personne aurait autorisé l'atteinte si elle avait été en état de le faire. Encore faut-il distinguer selon que cette présomption de consentement s'applique à une personne vivante (1) ou décédée (2).

(1) La présomption de consentement d'une personne vivante

240. La présomption de consentement, même si elle n'a pas été posée en des termes exprès par la loi, s'induit de la possibilité conférée au médecin de se dispenser du recueil du consentement lorsque est en cause l'intérêt de la personne. La présomption générale de consentement, qui concerne tous les actes médicaux, quelle que soit leur finalité, est soumise à des conditions strictes que la détection de prédisposition génétique ne remplit pas (a). Même si le législateur a posé, à l'article L.145-15 alinéa 3 du Code de la santé publique, une présomption de consentement spécifique à l'étude génétique, son application à celle qui détecte les prédispositions est néanmoins incertaine (b).

a - La non-application à la détection de prédisposition génétique de la présomption générale de consentement posée pour les actes médicaux.

241. La déclaration sur la promotion des droits du patient en Europe énonce un principe selon lequel « quand un patient est dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, alors qu'un acte médical s'impose d'urgence, son consentement est présumé, sauf s'il appert d'une manifestation de volonté antérieure que le consentement serait refusé en pareil cas »[359].

242. Ce principe est appliqué en droit français par les articles L.209-9 du Code de la santé publique et 16-3 alinéa 2 du Code civil. En effet, l'article L.209-9 du Code de la santé publique dispose que « en cas de recherches biomédicales à mettre en œuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole (...) peut prévoir que le consentement de cette personne ne sera pas recherché et que seul sera sollicité celui des membres de sa famille s'ils sont présents ». Lorsque l'acte est accompli dans une finalité médicale, l'article 16-3 alinéa 2 du Code civil dispense le médecin de recueillir le consentement de l'intéressé dans « le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir »[360].

243. Ces articles posent chacun deux conditions à la présomption de consentement : l'une est relative au caractère urgent ou nécessaire de l'acte médical, l'autre est relative à la personne qui est hors d'état de consentir à l'acte médical. En précisant le sens de ces deux conditions, il sera possible de constater que l'étude génétique de prédisposition ne les réunit pas cumulativement.

---

[359] OMS, *Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe*, Consultation européenne sur les droits des patients, Amsterdam, 28-30 mars 1994, principe 3-3.

[360] L'alinéa 1 de l'article 16-3, qui pose le principe auquel l'alinéa 2 fait exception, est source de confusion. A l'origine, il disposait qu'il « ne pouvait être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne ». La loi du 27 juillet 1999 a modifié l'alinéa 1, en substituant le terme de « médical » à celui de « thérapeutique » afin de le distinguer de l'alinéa 2, (article 70 de la loi n°99-641 du 27 juillet 1999, portant création d'une couverture maladie universelle, *JO* 28 juillet, *D.* 1999.lég.439). Cette modification est insuffisante pour distinguer le cas où le consentement doit, en principe, être recueilli (alinéa 1) de celui où il peut, exceptionnellement, être présumé (alinéa 2). En effet, dès lors qu'une atteinte peut être portée au corps humain avec le consentement de la personne lorsque l'acte médical est utile à la santé du patient sans lui être nécessaire, il aurait été préférable que l'alinéa 1 de l'article utilisât le terme de « finalité » médicale plutôt que celui de « nécessité » médicale pour se démarquer de l'alinéa 2, qui se réfère à une intervention nécessaire.

244. Alors que l'article L.209-9 du Code de la santé publique se réfère à une situation d'urgence, l'article 16-3 du Code civil se rapporte à la nécessité thérapeutique de l'intervention. Les travaux préparatoires à l'article 16-3 révèlent que le terme nécessaire couvre le cas d'urgence[361]. Pourtant, en principe, l'urgence et la nécessité ne sont pas synonymes puisque « l'urgence n'est (...) qu'une forme particulière de la nécessité qui se singularise par des considérations temporelles : c'est la nécessité d'agir vite »[362]. La volonté des rédacteurs du Code civil de se conformer à la « jurisprudence établie » [363] permet de préciser le sens donné à la condition de nécessité.

245. Certes, la terminologie employée par la jurisprudence pour dispenser le médecin de son obligation de recueillir le consentement est flottante et diffère selon les décisions. Alors que certaines se référent au cas de force majeure[364], d'autres préfèrent les termes « d'urgence ou de nécessité absolue »[365]. De même, un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 11 octobre 1988, pour sanctionner un chirurgien qui avait ligaturé les trompes d'une femme pendant son accouchement pour conjurer les risques qu'une nouvelle grossesse pouvait lui faire courir, sans avoir préalablement obtenu son autorisation, a énoncé dans son chapeau que « le médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient»[366]. L'emploi de la conjonction « ou »[367] devrait impliquer que « la nécessité évidente » et « le danger immédiat » sont deux hypothèses totalement distinctes[368]. Le danger immédiat se référerait à la situation dans laquelle le critère temporel est décisif, alors que la

---

[361] SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au corps humain*, G. Cabanel, n°230, 12 janvier 1994, p. 43.
[362] C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Thèse Paris II, LGDJ 1999, n° 172, p. 94 ; A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1993, vol. II : « L'urgence se dit de la nécessité d'agir vite ».
[363] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi relatif au corps humain*, n° 2871, tome 1, B. Bioulac, 30 juin 1992, p.116 et s.
[364] Cass. Req. 28 janvier 1942, *D.C.* 1942.63.
[365] Trib. civ. Nice, 16 janvier 1954, *D.*1954.178 ; Cass. civ. 1re 27 octobre 1953, *Bull. civ.* I n°287, p.237 ; *D.*1953.658 ; *JCP* 1953.II.7891 ; *Gaz. Pal.* 1954.1.148 : « il n'y avait ni urgence, ni nécessité absolue ».
[366] Cass. civ. 1re, 11 octobre 1988, *Bull. civ.* I. n°280, p.192 ; *JCP* 1989.II.21358, note A. Dorsner-Dolivet ; *D.* 1989.somm.317, obs. J. Penneau ; Cass. civ. 1re, 14 janvier 1992, *Bull. civ.* I. n°16, p.10 ; *JCP* 1993.II.21996, note A. Dorsner-Dolivet ; *D.*1993.somm.29, obs. J. Penneau : l'intervention n'était pas imposée par « un caractère d'urgence ou par un danger immédiat pour la patiente ».
[367] A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1993, vol. II : dans le sens originel, « ou » est « une conjonction disjonctive qui sert à distinguer deux objets, deux idées dont l'une exclut l'autre ».
[368] A. DORSNER-DOLIVET, note *JCP* 1989, *préc.*

nécessité évidente se rapporterait à l'intérêt supérieur que constitue le traitement pour le malade, sans que cet intérêt soit nécessairement pressant.

Il semble plus logique d'admettre que les deux termes s'appliquent à des situations identiques, voire complémentaires, dans lesquelles le manque de temps est associé au caractère indispensable du traitement pour le patient. Si les deux hypothèses avaient été distinctes, l'arrêt de cassation du 11 octobre 1988 aurait dû relever que ni le danger immédiat, ni la nécessité évidente ne s'appliquaient à l'espèce. Or la Cour de cassation s'est contentée d'indiquer que l'opération « n'était pas destinée à prévenir un danger immédiat » sans analyser la seconde hypothèse. Ainsi, c'est pour faire face à un danger immédiat que l'intervention se présente comme une nécessité évidente. Certes, il est utile de relever la spécificité des notions de nécessité et de danger immédiat, la première s'attachant à l'action indispensable pour la santé, la seconde visant l'imminence du péril. On constate donc que les deux notions sont indissolublement liées. Plutôt que d'utiliser la conjonction « ou » afin d'établir une équivalence entre le péril imminent et la nécessité de l'intervention, il eût été préférable que la Cour de cassation employât la conjonction « et », faisant, ainsi, apparaître la dépendance des deux notions.

246. Dès lors, « la nécessité » de l'intervention thérapeutique, posée l'article 16-3 alinéa 2 du Code civil comme une des conditions de dispense du consentement, aurait gagné à être précisée en ajoutant que l'acte est nécessaire pour conjurer un danger actuel ou imminent relatif à la santé de la personne. Cela aurait permis de faire apparaître le caractère urgent de l'acte. Nous préférons donc à la rédaction de l'article 16-3 du Code civil, celle de l'article 8 de la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine en vertu duquel « lorsqu'en raison d'une situation d'urgence, le consentement approprié ne peut être obtenu, il pourra être procédée immédiatement à toute intervention médicalement indispensable pour le bénéfice de la santé de la personne concernée »[369].

247. L'acte médical nécessaire est, ainsi, celui qui tend à sauvegarder l'intégrité de la personne contre un péril imminent. L'appréciation de la nécessité de l'acte médical appartient en premier lieu au médecin[370]. Celui-ci devra estimer la réalité du danger couru pour la personne (danger de mort, d'atteinte irrémédiable à son intégrité) et ne pourra effectuer l'acte médical, sans son consentement, que si

---

[369] CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine* , Oviedo, 4 avril 1997.
[370] Cass. crim., 31 mai 1949, *D.*1949.347.

les risques de l'abstention sont supérieurs à ceux de l'action[371]. Les juges du fond contrôlent *a posteriori* les conditions de la dispense de consentement en déduisant souverainement des circonstances l'urgence qui rend nécessaire l'accomplissement de l'acte[372].

248. Le caractère de l'acte médical justifiant que le médecin se dispense de recueillir le consentement de la personne n'est pas sans rappeler celui de l'acte conservatoire. L'acte conservatoire se différencie de l'acte d'administration en ce qu'il est un acte « non seulement utile, mais nécessaire », il est « un acte de sauvegarde dont le seul effet est de conjurer un péril immédiat »[373]. Application particulière de l'état de nécessité en droit civil, l'acte conservatoire, implique la condition préalable d'une menace sérieuse et imminente, d'une urgence[374]. Matériel ou juridique[375], l'acte conservatoire « définit moins une catégorie distincte d'acte qu'une manière d'être, une qualité qui peut affecter les deux autres. Il est des actes d'administration et même de disposition qui deviennent conservatoires en raison des circonstances »[376]. La notion d'acte conservatoire, réservée jusque-là aux actes patrimoniaux, pourrait qualifier les seuls actes médicaux nécessaires pour sauvegarder la santé de la personne et dont l'accomplissement ne tolère pas de délai[377]. Parce qu'il est urgent, l'acte conservatoire a un effet dérogatoire qui est

---

[371] A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, LGDJ 1986, n°390, p. 324.

[372] Cass. civ. 1re, 30 juin 1958, *Bull. civ.* I, n°343, p.276.

[373] P.-A PAGEAUD, *Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire*, Thèse Poitiers, 1941, n°124, p.68 et n°128, p.69.

[374] P.-A PAGEAUD, *thèse préc.*, n° 196 et s., p. 101 et s. ; M. VASSEUR, *Urgence et droit civil*, *RTDC*.1954. 406, spéc. n°4 et 5, p. 410-411 ; *Contra* C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Thèse Paris II, LGDJ 1999, n° 166 et s., p.91 et s. : Pour cet auteur, l'acte conservatoire est un acte nécessaire qui n'est pas toujours urgent. Par ailleurs, il considère que la notion d'acte conservatoire doit être réservée aux actes patrimoniaux (n°200 et s., p.138 et s.). Néanmoins, rien n'empêche d'admettre que parallèlement aux actes patrimoniaux conservatoires, il existe des actes conservatoires portant sur la personne.

[375] Cass. civ. 3e, 25 janvier 1983, *Bull. civ.* III, n°24, p.19 : « Les mesures nécessaires à la conservation de la chose indivise, que l'article 815-2 du Code civil permet à tout indivisaire de prendre seul, s'entendent des actes *matériels* ou *juridiques* ayant pour objet de soustraire le bien indivis à un péril imminent sans compromettre sérieusement le droit des indivisaires ».

[376] J. CARBONNIER, *Droit civil, 1/ Les personnes. Personnalité, Incapacités, Personnes morales*, Thémis PUF, 20e éd. 1996, n°106, p. 168.

[377] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil. Les personnes, les incapacités*, 5e éd. par Ph. Malaurie avec le concours en droit fiscal de P.-J. Claux et N. Couzigou-Suhas, 2000, n°521, p. 248 ; J.-.C LOMBOIS, *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, LGDJ, 1963, p.135 : l'auteur est « frappé de l'analogie qu'on peut en tirer avec l'acte conservatoire ».

« source, soit d'une capacité, soit d'un pouvoir exceptionnel »[378]. Si l'incapable peut en autoriser la réalisation sans avoir besoin de l'accord de ses représentants, le médecin pourra se dispenser de recueillir le consentement de la personne, même capable, car il est vraisemblable que, si elle avait été en état de le faire, la personne y aurait consenti.

249. Or l'étude génétique de prédisposition ne présente pas les caractères de l'acte conservatoire. La prédisposition indique un risque futur et incertain de maladie dont les moyens de prévention ne sont pas toujours connus. Elle est antinomique de l'urgence, laquelle implique la nécessité d'une intervention immédiate et vitale ayant pour but d'arrêter l'évolution inéluctable de la maladie. L'arrêt précité de cassation, rendu le 11 octobre 1988, en témoigne : pour débouter une patiente de sa demande en réparation dirigée contre le médecin qui avait, pendant son accouchement, ligaturé ses trompes sans son consentement, la cour d'appel invoquait qu'il « eût été déraisonnable que celle-ci refusât son consentement, en raison des risques évidents d'une itérative rupture en cas de nouvelle grossesse et du danger existant alors pour sa vie ». La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que l'autorisation devait être sollicitée dès lors que l'intervention « n'était pas destinée à prévenir un danger immédiat pour sa vie, mais seulement à empêcher <u>un risque futur</u> en cas d'une nouvelle grossesse et qu'elle impliquait de surcroît un choix strictement personnel de la part de l'intéressée »[379].

250. L'étude génétique n'étant pas nécessaire à la santé de la personne, son consentement ne devrait pas être présumé, sauf à considérer que la condition de nécessité de l'acte médical n'est pas exigée lorsque la personne est dans l'impossibilité de consentir à l'acte médical. Une telle interprétation semblerait contraire à la lettre de la loi. En effet, de même que le dernier alinéa de l'article L.209-9 du Code de la santé publique permet au chercheur de se dispenser du consentement de la personne dans les situations d'urgence où son consentement ne peut être recueilli, l'article 16-3 alinéa 2 du Code civil exige, outre la nécessité de l'intervention, que la personne soit hors d'état de consentir.

251. Pourtant les travaux préparatoires de l'article 16-3 du Code civil sont parfois sources de confusion car, en expliquant le sens de l'impossibilité de

---

[378] P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, n°31, p.29 ; également M. VASSEUR, *Urgence et droit civil*, *RTDC* 1954. 406, spéc. n°2, p.407 : « elle apparaît comme revêtue d'une fonction dérogatoire à la règle de la loi ou du contrat. En bref, l'urgence est source d'un droit d'exception ».

consentir, ils ne font pas toujours apparaître l'autonomie de cette condition par rapport à celle de la nécessité. Ainsi, une telle condition viserait les « cas où il sera impossible de recueillir le consentement pour des raisons physiques -en cas de coma, par exemple- *ou d'urgence*, mais aussi pour des raisons psychologiques, le médecin estimant, par exemple, qu'il ne peut pas dire la vérité à un patient incapable de la soutenir ou qu'il est impossible de l'associer à des thérapeutiques extrêmement sophistiquées »[380].

252. On comprend que des raisons psychologiques puissent rendre la personne hors d'état de consentir. Ainsi, une personne juridiquement capable peut, provisoirement, être dénuée d'une capacité de fait la rendant inapte à émettre un consentement libre et éclairé. Un état douloureux ou fébrile, un délire, une intoxication alcoolique[381] peuvent altérer la capacité de discernement de la personne. Mais, sauf à renouer avec le paternalisme médical, grâce auquel le médecin considérerait comme inapte toute personne refusant une intervention indispensable à sa survie, le non-recueil du consentement ne doit être admis qu'exceptionnellement dans les seuls cas où une altération de la volonté de la personne est établie.

253. De même, pour des raisons physiques, liées à l'inconscience de la personne, il est bien évident que son consentement ne pourra pas être recueilli préalablement à la réalisation d'une intervention nécessaire à sa santé. Cette inconscience peut être spontanée (malaise, coma) ou peut avoir été provoquée (anesthésie) mais, bien évidemment, dans un but autre que celui de se passer du consentement de la personne. L'hypothèse de l'inconscience provoquée, qui permet à la présomption de consentement de jouer, vise le cas où une personne a consenti à une opération, opération au cours de laquelle est découverte une maladie qui n'avait pas été diagnostiquée et dont le traitement ne souffre aucun retard[382]. Mais l'impossibilité pour le médecin de recueillir le consentement de la personne ne le décharge pas de l'obligation de recueillir « celui des personnes qui sont investies à (l'égard du malade) d'une autorité légale, ou que leurs liens de parenté avec lui

---

[379] Cass. civ. 1re, 11 octobre 1988, *Bull. civ.* I. n°280, p.192 ; *JCP* 1989.II.21358, note A. Dorsner-Dolivet.
[380] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi relatif au corps humain,* B. Bioulac, n°2871, tome I, 30 juin 1992, p.117.
[381] CCNE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche,* n°58, 12 juin 1998.
[382] Rouen, 17 décembre 1970, *D.* 1971.152, note R. Savatier ; *RTDC.* 1971.861, obs. G. Durry.

désignent comme des protecteurs naturels »[383], à moins que ceux-ci ne soient eux-mêmes dans l'impossibilité de consentir en raison, notamment, de leur absence sur les lieux de l'opération[384].

254. En revanche, les travaux préparatoires à l'article 16-3 du Code civil, lorsqu'ils citent, parmi les raisons physiques empêchant le recueil du consentement, le cas de l'urgence, confondent les deux conditions à l'admission de la présomption de consentement. L'urgence est plus un caractère qui se rattache à la condition de la nécessité de l'acte médical qu'à celle de l'impossibilité de consentir. En effet, l'urgence n'évacue pas *de facto* la faculté de la personne de manifester son consentement. En face d'un péril grave nécessitant une intervention immédiate, le médecin est obligé de recueillir son consentement et ne peut passer outre le refus du patient conscient de sa situation[385].

255. La condition de la nécessité de l'acte médical et celle de l'impossibilité de la personne de consentir sont deux conditions cumulatives à l'admission de la présomption de consentement, comme le révèlent les textes des articles 16-3 du Code civil et L.209-9 du Code de la santé publique[386].

En effet, une fois réunies ces deux conditions, « il est licite d'agir comme si la victime avait consenti : car, selon toute vraisemblance, si le blessé recouvrait à cet instant l'usage de la raison, l'instinct de conservation lui dicterait l'acquiescement aux intentions du médecin »[387]. Si l'acte est nécessaire à la santé de la personne mais que cette dernière peut y consentir, son consentement ne peut pas être

---

[383] Cass. civ. 1re, 8 novembre 1955, *JCP* 1955.II.9014, note R. Savatier ; *D*.1956.3 ; *Gaz. Pal.* 1956.1.37, confirmant, Lyon 17 novembre 1952, *D*.1953.253, note P. Gervésie ; *JCP* 1953. II. 7541, note R. Savatier.

[384] L'article L. 209-9 du C.S.P exige, « en cas de recherche biomédicale à mettre en œuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement de la personne qui y sera soumise » de solliciter le consentement « des membres de sa famille s'ils sont présents ».

[385] Angers, 4 mars 1947, *D*.1948.299, R. Savatier ; A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition de la responsabilité civile et pénale dans l'homicides et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, Thèse LGDJ, 1986, n°389, p.323 ; J. PENNEAU, *obs. préc.*, *D*. 1989.somm.317 ; *Contra*, CAA Paris, 9 juin 1998, Mme Donyoh et Mme Senanayake, *RFDA* 1998.1231, concl. M. Heers ; *DPBB*, Bull.67, p. 8361 ; *D*. 1999, 277, note G. Pélissier (1er arrêt) ; *RDSS* 1999.36, obs. J.-S. Cayla ; *Les petites affiches*, 23 avril 1999, n°81, p. 10, note G. Mémeteau. Nous avons critiqué cette décision car, sauf à considérer que les témoins de Jéhovah sont, pour des raisons psychologiques, hors d'état de consentir à une intervention, elle méconnaît la liberté du consentement de la personne et son droit au respect de l'intégrité corporelle : *Supra* n°172.

[386] Par ailleurs d'autres travaux préparatoires à l'article 16-3 du Code civil insistent sur le caractère cumulatif de ses deux conditions : voir notamment, : SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au corps humain*, G. Cabanel, n°230, 12 janvier 1994, p. 43 : « En cas d'urgence <u>et</u> lorsque l'intéressé n'est pas à même de se prononcer, le chirurgien est fondé à intervenir ».

présumé. Inversement, si la personne est hors d'état de consentir à un acte qui n'est pas nécessaire à sa santé, il est loin d'être vraisemblable que celle-ci y aurait consenti si elle avait été en état de la faire.

256. Il résulte du caractère cumulatif des deux conditions, que même si la personne se trouve pour des raisons physiques ou psychologiques dans l'impossibilité de consentir à la détection de prédisposition génétique, son consentement ne devrait jamais être présumé, sur le fondement de l'article L.209-9 du Code de la santé publique ou 16-3 alinéa 2 du Code civil , puisque cette étude ne remplit pas les caractères de l'acte conservatoire. Le pourra-t-il sur le fondement de l'article L.145-15 alinéa 3 du Code de la santé publique qui pose une présomption spécifique de consentement aux études génétiques ?

b - L'application incertaine à la détection de prédisposition génétique de la présomption de consentement spécifique posée pour les études génétiques

257. Après un débat houleux, la commission mixte paritaire a proposé d'introduire un alinéa 3 à l'article L. 145-15 du Code de la santé publique[388] qui dispose « qu'à titre exceptionnel, lorsque cette étude (génétique) est entreprise à des fins médicales, le consentement de la personne peut ne pas être recueilli, dans son intérêt et dans le respect de sa confiance ».

258. La technique de la présomption permet au médecin de réaliser un acte nécessaire à la santé car il est vraisemblable que la personne, si elle avait été consciente, y aurait consenti.

En utilisant le terme de « respect de la confiance », l'article L.145-15 alinéa 3 laisse penser que le non-recueil du consentement par le médecin se fonde sur la volonté présumée de la personne.

Celui « d'intérêt de la personne » semble inclure dans le champ d'application de la présomption les études génétiques non seulement nécessaires[389], mais aussi utiles à la santé de la personne, telles celles qui détectent la prédisposition d'une personne. Or, si la présomption n'est pas limitée aux seules études génétiques

---

[387] H. DESBOIS, note sous Trib. civ. de la Seine, 16 mai 1935, *D.P.* 1936.II.9, spéc. p.11.
[388] ASSEMBLEE NATIONALE, n°1369, et SENAT, n°497, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, J.-F. Mattéi et J. Chérioux, 10 juin 1994, p. 20.
[389] En théorie, ce pourrait être, par exemple, les études génétiques indispensables à la mise en œuvre d'une thérapie génique qui s'imposerait d'urgence.

nécessaires à la santé de la personne, l'exigence d'un consentement véritable, libre, éclairé, spécifique et préalable ne risque-t-elle pas d'être détournée pour fonder un pouvoir médical et scientifique absolu[390] ?

259. On peut, néanmoins, douter que l'intention du législateur ait été de poser une présomption de consentement à l'étude génétique ayant une finalité médicale[391]. Il ressort des travaux préparatoires que l'article L. 145-15 alinéa 3 du Code de la santé publique ne doit s'appliquer que dans une hypothèse limitée : celle où « il convient de vérifier, pour un conseil génétique utile, la réalité de la paternité ». Cet alinéa autorise le médecin à « s'affranchir du recueil du consentement, afin de ne pas avoir, ultérieurement, à révéler des informations nuisibles à l'équilibre des couples qui, lorsqu'ils entreprennent une telle démarche (conseil génétique), souhaitent se projeter dans l'avenir »[392]. En effet, un couple ayant un enfant atteint d'une maladie génétique peut désirer, avant de concevoir à nouveau, connaître quelle est sa probabilité de transmettre la maladie génétique à la descendance. Pour ce faire, le généticien devra rechercher si l'enfant atteint de la maladie a pour père le mari ou le concubin.

Quel que soit l'intérêt de l'étude génétique pour la personne, le législateur entendait donc poser, moins une présomption de consentement à la réalisation de cette étude, qu'une limitation de l'information de la personne sur les données révélées par le test qui pourraient lui nuire. Le praticien, qui décidera de ne pas divulguer ces résultats, n'informera pas la personne, avant de réaliser l'acte, qu'il recherchera de telles données. Le consentement de la personne devra être recueilli, mais ne sera, néanmoins, pas totalement éclairé.

260. Dès lors, l'introduction de cet alinéa dans le Code de la santé publique était-elle bien utile[393] ? En effet, l'article 35 du Code de déontologie médicale[394] prévoit que « dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic

---

[390] N-J MAZEN, *Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique, Les petites affiches*, 14 décembre 1994, n°149, p. 70, spéc. p.76.
[391] D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. La génétique humaine. La personne,* Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.32, 1997, spéc. n°112.
[392] ASSEMBLEE NATIONALE n°1369 et SENAT n°497, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, J.-F. Mattéi et J. Chérioux, 10 juin 1994, p.20.
[393] D. FENOUILLET, *préc.*
[394] Décret n°95-100 du 6 septembre 1995, *JO* 8 septembre. Même si ce décret est postérieur à la loi de 1994, l'ancien Code de déontologie (décret n°79-506 du 28 juin 1979) prévoyait une disposition similaire en son article 42.

ou d'un pronostic grave ». Cet article, loin de poser une présomption de consentement, autorise seulement le praticien à limiter l'information donnée au patient.

261. Eu égard à l'intention du législateur, l'application de l'article L.145-15 alinéa 3 du Code de la santé publique à la détection de prédisposition devrait être limitée au seul cas où l'étude génétique répond à une finalité médicale pour autrui. L'identification des gènes de prédisposition peut, en effet, impliquer en raison de son caractère familial, de prélever des échantillons biologiques sur les membres d'une même famille, malades ou non. Si la personne malade ignore la maladie génétique dont elle souffre, il devrait être possible au généticien de ne pas lui révéler sa maladie avant d'effectuer un prélèvement[395]. De même, lorsque cette étude est effectuée dans une finalité de recherche, l'article L.209-9 du Code de la santé publique permet au chercheur, « à titre exceptionnel, lorsque dans l'intérêt d'une personne malade le diagnostic de sa maladie n'a pu lui être révélé », de réserver, « dans le respect de sa confiance », certaines informations liées à ce diagnostic ». Pourtant, même non éclairé par la délivrance d'une information sur la finalité du prélèvement, le consentement de la personne au prélèvement d'échantillons devrait toujours être recueilli.

262. Le seul cas où l'absence d'information paralyse non seulement l'émission d'un consentement éclairé, mais aussi la faculté de manifester sa volonté, se rencontre dans le domaine du traitement automatisé des données médicales à des fins de recherche. En effet, ce traitement pouvant être mis en œuvre en l'absence d'opposition de la personne, l'information du chercheur conditionne la faculté de la personne de s'y opposer. L'article 40-5 de la loi Informatique et Libertés a posé deux exceptions à l'obligation d'information : d'une part, l'information pourra ne pas être délivrée « si, pour des raisons légitimes que le médecin traitant apprécie en conscience, le malade est laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave » ; d'autre part, cet article prévoit que « dans le cas où les données ont été initialement recueillies pour un autre objet que le traitement, il peut être dérogé à l'obligation d'information individuelle lorsque celle-ci se heurte à la difficulté de retrouver les personnes concernées ». Si la première exception se fonde sur l'intérêt de la personne, la seconde exception est justifiée par l'intérêt de la recherche. S'appliquant à la seule transmission de résultats d'une étude génétique par un

---

[395] D. THOUVENIN, *Les règles juridiques applicables à l'activité de conseil génétique*, dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?,* INSERM, 1998, p.207, spéc.226.

médecin à un organisme de recherche, ces exceptions ne permettent pas de réaliser une étude génétique sans le consentement de la personne.

263. Aussi, même si les termes de l'article L.145-15 alinéa 3 du Code de la santé publique semblent poser une présomption de consentement à l'étude génétique, l'interprétation qui devrait en être faite, conformément à l'intention du législateur, devrait s'opposer à l'admission de la présomption de consentement à la détection de prédisposition. Seule pourrait être limitée, exceptionnellement, l'information de la personne sur les résultats du test ou sur le traitement informatique de ceux-ci dans une finalité de recherche.

La présomption de consentement à la réalisation d'une étude génétique de prédisposition, qui ne devrait pas être admise du vivant de la personne, pourrait être, en revanche, justifiée après son décès.

(2) La présomption de consentement d'une personne décédée

264. Parce que le décès de la personne l'empêche de manifester sa volonté à un acte qui ne peut plus nuire à sa santé, la loi admet un large domaine d'application de la présomption de consentement (a) et en précise la portée(b).

a - Le domaine d'application de la présomption

265. Le domaine d'application de la présomption diffère selon qu'il s'agit de prélever sur le cadavre de la personne ses gènes afin de réaliser une étude génétique (i), ou de traiter par informatique les résultats de ces études dans une finalité de recherche (ii).

i - La présomption de consentement au prélèvement des gènes

266. Même si le décret en Conseil d'Etat qui doit fixer « les situations médicales et les conditions dans lesquelles le prélèvements de tissus et de cellules et de produits du corps humain sur une personne décédée sont autorisés » (article L.672-6 alinéa 1 C.S.P) n'est pas encore paru, il est certain qu'un prélèvement de cellules, lesquelles contiennent les gènes, ne pourra être effectué « dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel

prélèvement » en vertu de l'article L.671-7 du Code de la santé publique. Ce dernier article, relatif au prélèvement d'organes sur une personne décédée, s'applique, en effet, aux prélèvements de tissus et de cellules (article L.672-6 alinéa 2 C.S.P.).

267. En posant une présomption de consentement, la loi du 29 juillet 1994 s'inspire de l'article 2 de la loi du 22 décembre 1976[396], dite loi Caillavet, mais en modifie le domaine d'application.

Sous l'empire de la loi de 1976, la présomption de consentement s'appliquait à tous les prélèvements d'organes effectués sur un cadavre, quelles que soient leurs finalités, à l'exception de ceux qui étaient réalisés sur le cadavre d'un incapable en vue d'une greffe. Dans ce dernier cas, l'article 2 posait l'exigence de l'autorisation de son représentant légal[397]. Ainsi, le Conseil d'état avait jugé que le prélèvement d'organes sur le cadavre d'un mineur n'était pas subordonné au consentement de son représentant légal lorsqu'il était pratiqué à des fins diagnostiques pour déterminer la cause du décès[398].

Abrogeant la loi Caillavet, la loi de 1994 a limité le champ d'application de la présomption de consentement en considération de la finalité du prélèvement (diagnostique, scientifique ou thérapeutique pour autrui)[399] et de la situation juridique de la personne décédée.

268. En application de l'article L.671-7 du Code de la santé publique, une présomption de consentement est posée au prélèvement de tissus, d'éléments ou de produits sur un cadavre à des fins scientifiques, lorsque ce prélèvement a pour but de rechercher les causes du décès (articles L.671-7 alinéa 2 et L.671-9 alinéa 1 *a contrario*), peu importe que, de son vivant, la personne fût capable ou incapable. Ainsi, après le décès, le consentement d'une personne au prélèvement de ses gènes sera présumé lorsqu'il s'agira de déterminer si son décès résulte de l'interaction entre sa prédisposition génétique et des facteurs extérieurs.

---

[396] Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976, relative au prélèvement d'organes, *JO* 23 décembre.

[397] Voir également, CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution (78) 29 sur l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine,* 11 mai 1978, article 10.

[398] C.E., 17 février 1988, *JCP* 1990.II.21421, note E. Fort-Cardon.

[399] Si la loi ne traite que des finalités thérapeutiques ou scientifiques du prélèvement (article L.672-6 alinéa 2 C.S.P.), c'est parce que la finalité scientifique inclut dans l'esprit du législateur la recherche scientifique proprement dite et la recherche des causes du décès (interprétation *a contrario* de l'article L.671-9 du C.S.P). Le CCNE recommande néanmoins au législateur de bien distinguer les trois finalités des prélèvements, *Réexamen des lois de bioéthique,* n°60, 25 juin 1998, *D.* 1999.somm.343, obs. H. Gaumont-Prat.

269. En revanche, lorsque le prélèvement est réalisé à « des fins scientifiques autres que celles ayant pour but de rechercher les causes du décès », la présomption de consentement est exclue, quelle que soit la situation juridique de la personne (article L.671-9 du C.S.P.)[400]. La personne capable doit avoir exprimé, de son vivant, son consentement à un tel prélèvement. Après son décès, ce consentement est établi par le témoignage de la famille. Effectué sur un mineur, ce prélèvement exige le consentement d'un des titulaires de l'autorité parentale[401]. Cette disposition était nécessaire car les articles L.209-1 et suivants du Code de la santé publique, qui régissent exclusivement la recherche effectuée sur une personne vivante, ne permettent pas de justifier les prélèvements sur un cadavre en vue de rechercher les gènes de prédisposition.

270. Le prélèvement réalisé après le décès d'une personne dans une finalité thérapeutique pour autrui concerne les greffes et ne vise pas, par hypothèse, à la détection de prédisposition[402].

271. Même si le prélèvement de cellules à des fins thérapeutiques pour autrui ne tend pas à la détection des prédispositions, on peut, néanmoins, remarquer que la loi établit une asymétrie peu convaincante entre les régimes du prélèvement à des fins scientifiques et thérapeutiques, selon la situation juridique de la personne.

En effet, la présomption de consentement s'applique lorsque le prélèvement à des fins thérapeutiques pour autrui est effectué sur une personne qui était capable. Mais elle ne joue pas lorsque ce prélèvement est réalisé sur un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale (article L.671-8 C.S.P.). En principe interdit du vivant de l'incapable (article L. 671-4 du C.S.P.)[403], le prélèvement ne pourra pas être effectué après son décès, à moins que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou que le représentant légal y consente expressément par écrit.

---

[400] Le CCNE propose d'étendre la présomption de consentement aux prélèvements à visée de recherche scientifique, *préc.*

[401] La loi omet d'indiquer les règles relatives à un prélèvement à des fins scientifiques effectué sur un incapable majeur.

[402] Néanmoins ce type de prélèvement peut, d'une manière indirecte, intéresser les gènes lorsqu'une thérapie génique est associée à des greffes. Ainsi, notamment dans les greffes de moelle osseuse, pour éviter que l'injection des lymphocytes du donneur de moelle au receveur n'expose ce dernier à un risque de maladie du greffon, « un gène suicide » est transféré dans les lymphocytes du donneur avant qu'ils ne soient injectés au patient greffé. OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, *Rapport sur Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie de la pharmaceutique,* F. Sérusclat, Assemblée Nationale, n°1871, Sénat, n°20, octobre 1999, p. 69.

Ainsi, on ne comprend pas pourquoi la loi, dans le cas d'un prélèvement thérapeutique, exige le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale et présume le consentement de la personne qui, de son vivant, était capable, alors que, lorsqu'il s'agit d'un prélèvement exclusivement scientifique, elle se contente du consentement d'un des titulaires de l'autorité parentale[404] et exige le consentement de la personne qui était capable.

272. Les dispositions du Code de la santé publique s'appliquent dans l'hypothèse où le prélèvement des gènes et l'analyse des informations génétiques, dont les gènes sont porteurs, sont réalisés simultanément après le décès de la personne. Elles ne visent pas le cas où l'information génétique est seule traitée après le décès de la personne.

ii - La présomption d'absence d'opposition au traitement des données génétiques

273. Lorsqu'un individu a, de son vivant, consenti à une étude génétique réalisée dans une finalité médicale, la loi Informatique et Libertés, modifiée le 1er juillet 1994, autorise le traitement informatique des informations génétiques de cet individu après son décès, dans une finalité scientifique. L'article 40-4 alinéa 3 de cette loi pose une présomption d'absence d'opposition en disposant que « les informations concernant les personnes décédées (...) peuvent faire l'objet d'un traitement de données, sauf si l'intéressé a, de son vivant, exprimé son refus par écrit ». L'absence d'atteinte au cadavre ainsi que l'importance de la connaissance des informations pour la science (étude épidémiologique) justifient que la présomption d'absence d'opposition ne soit pas limitée, à la différence du prélèvement des cellules post-mortem, en fonction de la situation juridique de la personne à propos de laquelle seront traitées les informations génétiques.

274. La loi n'a pas envisagé l'hypothèse où les chercheurs disposent des gènes de la personne mais n'en ont pas tiré l'information génétique. Si, du vivant de la personne, son consentement doit être recueilli pour l'analyse des informations génétiques contenues dans ses cellules, en revanche, son décès empêche de solliciter son consentement. Dès lors, puisque la recherche l'exige, il aurait été

---

[403] Par dérogation aux dispositions de l'article L.671-4 du C.S.P., l'article L.671-5 autorise le prélèvement de moelle osseuse sur un mineur vivant au bénéfice de son frère ou de sa sœur . Le mineur est informé du prélèvement en vue d'exprimer sa volonté s'il y est apte.

[404] Le Conseil d'Etat préconise d'imposer, pour des raisons de cohérence, le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale pour un tel prélèvement : CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 92.

utile de prévoir une disposition permettant de présumer le consentement de la personne décédée à l'analyse de ses informations génétiques.

275. Qu'il s'agisse de la présomption de consentement à l'étude génétique ou de celle d'absence d'opposition au traitement informatique des résultats de cette étude, la loi en a expressément défini la portée.

b - La portée de la présomption

276. La présomption de consentement ou d'absence d'opposition est une présomption simple qui peut être renversée : le prélèvement de gènes et le traitement informatique des données génétiques ne peuvent être effectués si la personne a fait connaître de son vivant son refus (article L.671-7 alinéa 2 du C.S.P., article 40-4 de la loi Informatique et Libertés).

277. En vertu de l'article L.671-7 alinéa 3 du Code de la santé publique, le « refus peut être exprimé par l'indication de la volonté sur un registre national automatisé prévu à cet effet ». L'article L.671-7 alinéa 4 du Code de la santé dispose que « si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille »[405]. Même en l'absence de refus exprimé par écrit, la famille peut attester que le défunt s'opposait de son vivant à un tel prélèvement. Ainsi, le refus peut être prouvé par d'autres moyens que par le registre.

278. Le décret du 30 mai 1997[406] a précisé les conditions de fonctionnement et de gestion de ce registre en insérant les règles applicables à celles-ci dans le Code de la Santé publique aux articles R. 671-7-5 à R. 671-7-14. L'article R. 671-7-6 dispose que « toute personne majeure ou mineure âgée de treize ans au moins peut s'inscrire sur le registre afin de faire connaître qu'elle refuse qu'un prélèvement d'organes soit opéré sur son corps après son décès soit à des fins thérapeutiques, soit pour rechercher les causes du décès, soit à d'autres fins scientifiques, soit dans

---

[405] Le Conseil d'Etat propose de remplacer « la notion de famille(...) par celle de « proches » » : *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 90 ; ce que proposait déjà l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Rapport sur l'application de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal,* A. Clayes et C. Huriet, A.N., n°1407, Sénat, n°232, 18 février 1999, p.63.

[406] Décret n°97-704 du 30 mai 1997, relatif au registre national automatisé des refus de prélèvement sur une personne décédée d'organes, de tissus et de cellules, *JO* 3 juin ; commenté par Th. REVET, *RTDC* 1997.768.

plusieurs de ces trois cas ». Un tel refus vaut également refus de prélèvement de tissus et cellules, en vertu de l'article R. 672-6-2.

279. Le refus du mineur interdit de réaliser un prélèvement ayant pour fin de déterminer les causes de son décès, prélèvement pour lequel son consentement et celui des ses représentants légaux sont présumés. En outre, il prive d'effet le consentement que les représentants légaux auraient pu donner aux prélèvements à des fins scientifiques ou dans une finalité thérapeutique. En effet, aucun prélèvement « ne peut être opéré sur une personne décédée âgée de plus de treize ans sans interrogation obligatoire et préalable du registre sur l'existence éventuelle d'un refus de prélèvement formulée par la personne décédée » (article R. 671-7-10 du C.S.P.).

Le décret utilise le critère de l'âge pour déterminer si le mineur peut refuser un prélèvement après sa mort. Or l'utilisation, à titre exclusif, d'un tel critère est contestable. En effet, on ne comprend pas pourquoi le décret choisit ce critère alors que la loi se fonde sur la capacité de discernement du mineur vivant pour admettre que son refus fasse obstacle à un prélèvement à des fins de recherche scientifique (L.209-10 du C.S.P.). Ainsi, comme en matière de prélèvement sur un mineur vivant, il nous semble que le critère de l'âge ne devrait être qu'un indicateur de la capacité de discernement du mineur, lorsque est en cause un prélèvement sur un mineur décédé.

280. S'agissant d'une personne majeure, le décret ne distingue pas selon que le refus de prélèvement après son décès est inscrit, sur le registre, par une personne capable ou incapable. Le décret, en ouvrant la faculté de refus à tous les types de prélèvements opérés sur la personne capable, oublie le rôle de cette faculté : elle renverse une présomption de consentement. La présomption de consentement ne jouant pas pour les prélèvements réalisés à des fins exclusivement scientifiques, ce n'est pas tant le refus d'une personne capable à un tel prélèvement qui devrait être inscrit sur le registre que son consentement[407].

281. Ainsi malgré quelques atténuations, le consentement de la personne à une étude génétique de prédisposition doit en principe, traduire, une volonté libre et éclairée. La méconnaissance de ces modalités expose celui qui réalise une étude génétique à des sanctions.

---

[407] OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, *Rapport sur l'application de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal,* A. Clayes et C. Huriet, A.N., n°1407, Sénat, n°232, 18 février 1999, p.62.

SECTION II - LA MECONNAISSANCE DES MODALITES DU RECUEIL DU CONSENTEMENT

282. La méconnaissance des modalités de recueil du consentement à un acte médical constitue une violation du droit au respect de l'intégrité qui, si elle est prouvée, est sanctionnée. Aussi la régime de la preuve du recueil du consentement libre et éclairé à l'étude génétique de prédisposition doit-il être examiné (§1) avant de s'intéresser au régime de la sanction du défaut d'un tel consentement (§2).

§ 1 - Le régime de la preuve du recueil du consentement libre et éclairé

283. L'article L.145-15 du Code de la santé publique exige que le consentement de la personne à la réalisation d'une étude génétique à des fins médicales soit recueilli par écrit. En outre, il soumet les études qui sont effectuées dans une finalité de recherche au régime prévu à l'article L.209-9 alinéa 5 et 6 du C.S.P, au terme duquel « les informations communiquées sont résumées dans un document écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité. Le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers ».

284. L'exigence d'un consentement écrit préalablement à l'atteinte à l'intégrité atteste que ce consentement est distinct de celui qui est nécessaire à la formation du contrat médical[408]. La permission de la personne, condition *sine qua non* de l'intervention du médecin, est un acte juridique, une manifestation de volonté ayant pour effet de rendre licite une atteinte. Dès lors l'absence d'écrit permettra de présumer la méconnaissance par le médecin de son obligation de recueillir le consentement, lequel aura donc la charge de prouver qu'il a sollicité ce dernier.

285. Néanmoins, s'agissant de la réalisation d'une étude génétique dans une finalité médicale et non de recherche, le législateur n'a pas précisé si l'exigence d'un consentement écrit impliquait que l'information soit également donnée par écrit. Dès lors, on peut se demander si l'exécution de l'obligation d'information

[408] *Supra* n°123.

doit suivre le même régime de preuve que celle de consentement, d'autant plus qu'en 1994, au moment où le législateur a réglementé les études génétiques, la jurisprudence décidait, au contraire, depuis la seconde moitié du XXe siècle, que la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information par le médecin pesait sur le patient. Aussi convient-il de déterminer si l'obligation d'information est soumise au régime de l'obligation de recueillir le consentement de la personne en s'intéressant tant à la charge (A) qu'aux modes de preuve du recueil du consentement libre et éclairé[409] (B).

A) La charge de la preuve

286. Parce que l'obligation d'informer le patient sur les risques d'un acte est un corollaire de celle de recueillir son consentement, la charge de leur exécution devrait incomber à la même personne, et donc, lorsque cet acte est une étude génétique de prédisposition, au praticien qui l'a réalisée.

287. Il n'est pourtant pas certain qu'en 1994, la jurisprudence, si elle avait eu à connaître d'un litige concernant l'inexécution de l'obligation d'information en matière d'étude génétique, aurait imposé au médecin de prouver qu'il l'avait correctement exécutée. En effet, la Cour de cassation décidait, depuis un arrêt du 29 mai 1951, que la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information devait être rapportée par le patient.

288. Dans cet arrêt, la Cour de cassation énonçait que « si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir au préalable obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation

[409] Puisque l'obligation de recueillir le consentement n'aurait aucun sens si le médecin ne transmettait pas à la personne une information médicale, grâce à laquelle la personne manifeste une volonté libre et éclairée d'autoriser l'étude génétique, nous nous permettons d'utiliser une expression unique, celle d'« obligation de recueillir le consentement libre et éclairé », lorsqu'il s'agit de désigner les deux obligations de recueillir le consentement et de transmettre une information.

contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération »[410].

289. Cette solution, qui n'a pas manqué de nourrir des controverses[411], a cependant été remise en cause par l'arrêt *Hédreul* du 25 février 1997 rendu par la 1re Chambre civile de la Cour de cassation[412].

En l'espèce, un patient, qui avait subi une perforation intestinale à l'occasion d'une coloscopie[413] avec ablation d'un polype, reprochait à son médecin de ne pas l'avoir d'informé sur les risques de perforation liés à une telle intervention. Un arrêt confirmatif de la cour d'appel de Rennes l'avait débouté au motif qu'il ne rapportait pas la preuve « de ce que le médecin ne l'aurait pas averti des risques inhérents à une polypectomie, et notamment de celui qualifié de non négligeable par l'expert d'une perforation digestive ». Au soutien de son pourvoi, le patient faisait valoir que la charge de la preuve de l'information incombait au médecin. En suivant la voie ouverte par le pourvoi pour opérer un revirement de jurisprudence,

---

[410] Cass. civ., 29 mai 1951 (cassation de Angers, 4 mars 1947, *D.* 1948.299, note R. Savatier), *JCP* 1951.II.6421, note R. Perrot, *D.*1952.53, note R. Savatier, S. 1953.I.41, note R. Nerson, *RTDC* 1951.508, obs. H. et L. Mazeaud ; H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 10e éd. par F. Terré et Y. Lequette, 1994, n°13, p. 62 ; R. SAVATIER, *Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le « permis d'opérer» et les pratiques américaines*, *D.*1952.157. Egalement, Cass. civ. 1re, 11 janvier 1966, *D.*1966.266 (en l'espèce le manquement reproché au médecin consistait dans la seule violation de son obligation d'information du patient).

[411] A. DORSNER-DOLVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilité civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, LGDJ, 1986, n°265 et s., p.227 et s. ; F. BOUVIER, *Le consentement à l'acte thérapeutique : réalités et perspectives. Les enseignements du colloque " Génétique, procréation et droit" de janvier 1985, JCP* 1986.I.324 , n°4 ; F. ALT-MAES, *L'information médicale au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, RDSS* 1994.381, spéc. p. 389 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n°541 et s., p.430 et s., spéc. n°546, p.432.

[412] Cass. civ. 1re, 25 février 1997, *Bull. civ.* I, n°75, p.49 ; *Gaz. Pal.* 1997.1.274, rapp. P. Sargos, note J.Guigue ; *JCP* 1997.I.4025, n°7 à 12, obs. G. Viney ; *D.* 1997. somm.319, obs. J. Penneau ; *RTDC* 1997.434, obs. P. Jourdain et 924, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1997.751, obs. J.-L. Aubert ; *Contrat. conc. consom.* 1997.comm.76 ; L. Leveneur, *Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation : la recherche de l'équilibre, Contrat. conc. consom.* 1997.chr.5 ; L. Dubouis, *La preuve de l'information du patient incombe au médecin : progrès ou régression de la condition des patients ?, RDSS* 1997.288 ; J. Guigue et C. Esper, *Le juge judiciaire et le juge administratif se prononcent sur l'information médicale du malade, Gaz. Pal.* 1997.2.1348 ; A. Dorsner-Dolivet, *Responsabilité médicale : Le renversement de la charge de la preuve de l'obligation d'information, Les petites affiches,* 16 juillet 1997, n°85, p.17 ; P. Biclet, *Qui sème le vent..., Méd. et Droit*, 1997, n°23, p.1 ; P. Sargos, *Obligation de moyens et obligation de résultat. Bilan de la jurisprudence récente de la Cour de cassation* ; G. Mémeteau, *Devoir d'information, renversement de la charge de la preuve*, et C. Paley-Vincent, *La preuve de l'information donnée :quelle prévention ? : Méd. et Droit,* 1997, n°24, p. 2, 6 et 24 ; C. Lapoyade Deschamps, *Les médecins à l'épreuve, RCA* 1997.chr.8 ; *RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, *Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions,* p. 13 et note J. Penneau, *Les fautes médicales,* p.9.

la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel au motif que « le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation ». Par la généralité de la formule, la solution posée par cet arrêt a vocation à s'appliquer à l'obligation d'information du praticien qui réalise une étude génétique de prédisposition. Aussi ne fait-il plus de doute aujourd'hui que celle-ci ne sera pas artificiellement distinguée de l'obligation du médecin de recueillir le consentement de la personne à l'étude génétique, dont la charge de la preuve incombe, depuis le lois de 1994, au généticien.

290. Pour déterminer s'il est légitime de faire peser la charge de la preuve sur le généticien, il est nécessaire d'établir si cette solution est conforme aux règles qui gouvernent la preuve des obligations. Les arrêts du 29 mai 1951 et du 25 février 1997 visaient chacun l'article 1315 du Code civil pour parvenir à des solutions opposées. Aux termes de cet article « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Quelle est alors, de la solution de 1951 ou de 1997, celle qui est justifiée au regard des règles applicables en matière de preuve des obligations?

291. Si l'existence de l'obligation doit être établie par le créancier, quelle que soit la nature de l'obligation, en revanche la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation dépend de sa qualification : elle diffère selon que l'obligation en cause est de résultat ou de moyens.

292. Lorsque le débiteur est tenu par une obligation de résultat, sa responsabilité est engagée dès lors que le résultat n'est pas réalisé, sauf s'il démontre que l'inexécution est justifiée par une cause étrangère[414]. Si l'application de ce régime de preuve ne soulève pas de problème lorsque l'absence de résultat se constate sans difficulté, en revanche dans le cas inverse, il y a lieu de préciser qui supporte la charge de prouver que le résultat n'a pas été exécuté. La solution varie

---

[413] Examen endoscopique du côlon.

[414] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général : Sources des obligations*, tome V, Paris Rousseau, 1925, n°1237 ; *Effets des obligations*, tome VI, 1931, n°599. H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations : Obligations contractuelles et extra-contractuelles ; "obligations déterminées" et "obligation générale de prudence et diligence", RTDC* 1936.1 ; A. TUNC, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, JCP* 1945.I.449. A. PLANCQUEEL, *Obligations de moyens, obligations de résultat, (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution), RTDC* 1972.334.

selon que le créancier se prévaut d'une inexécution totale ou défectueuse de l'obligation[415].

293. Lorsque le créancier se plaint d'une inexécution totale, si la charge de la preuve de l'inexécution incombait au créancier, il se verrait contraint d'apporter une preuve négative. Aussi M. Tunc a-t-il soutenu que l'article 1315 alinéa 2, en disposant que « réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » posait une présomption d'inexécution des obligations de résultat, présomption fondée sur des « considérations d'une meilleure aptitude à la preuve ». En effet, « il est facile de constater qu'en fait, le créancier auquel incomberait ainsi la preuve se trouverait trop souvent dans l'impossibilité d'y satisfaire » car « il serait généralement en présence d'une preuve « négative indéfinie », portant, de surcroît, sur l'attitude d'autrui »[416]. La jurisprudence consacre cette interprétation de l'article 1315 du Code civil lorsqu'elle impose au vendeur de prouver l'exécution de son obligation de livraison de marchandises à l'acheteur[417].

L'exécution de l'obligation ayant été prouvée par le débiteur, il appartient au créancier, qui prétend que cette exécution est défectueuse, d'établir le vice de l'exécution[418].

294. Mais, la présomption d'inexécution, tirée de l'article 1315 du Code civil, ne peut pas s'appliquer dans le cas d'une obligation de moyens. En effet, dans ce cas, le débiteur s'engage seulement à employer des moyens appropriés pour obtenir un résultat qu'il ne garantit pas. Il serait alors sans objet de présumer que celui-ci n'est pas parvenu au résultat, dès lors que l'absence de résultat ne suffit pas à engager sa responsabilité. Le créancier supporte donc la charge de prouver que le débiteur a commis une faute de diligence.

295. En conséquence, si les obligations du médecin de solliciter le consentement du patient et de l'informer des risques de l'opération sont des obligations de résultat, il est logique de faire peser sur le généticien la charge de prouver l'exécution de son obligation. A l'inverse, si c'était une obligation de moyens, la preuve de son inexécution devrait incomber au patient.

---

[415] P. JOURDAIN, obs. Cass. civ. 3e, 14 février 1996, *RTDC* 1997.142.
[416] A. TUNC, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, JCP* 1945.I.449, spéc. n°8 et 9 ; également, P. EISMEN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, RTDC* 1933.627, spéc. n°12, p.648.
[417] Cass. com., 23 octobre 1990, *Bull. civ.* IV, n°251, p. 175 ; *RTDC*. 1991.747, obs. J. Mestre.
[418] Cass. com., 3 décembre 1980, *Bull. civ.* IV, n°409, p.328.

296. Alors que l'obligation du médecin de prodiguer des soins est, en principe, une obligation de moyens[419], dont l'inexécution doit être prouvée par le patient[420], celles d'obtenir le consentement du patient et de lui transmettre une information médicale sont des obligations de résultat[421]dont la violation engage la responsabilité de médecin dès lors qu'elle ne résulte pas d'un cas de force majeure.

297. Aussi la solution de l'arrêt précité du 29 mai 1951 était-elle critiquable dans la mesure où, en faisant supporter au patient la charge de prouver l'inexécution de l'obligation de recueillir un tel consentement par le médecin, elle appliquait à cette obligation de résultat le régime de l'obligation de moyens.

Certains auteurs avaient tenté de justifier cette solution en considérant que l'obligation du médecin de solliciter le consentement « ne saurait être regardée comme une obligation de résultat » car « elle est indivisible de cette obligation générale qui s'identifie au contrat lui-même et dont l'objet est de donner des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science ; c'est une obligation de moyens, de diligence »[422]. Le contrat aurait fait donc naître deux obligations : celle de recueillir le consentement libre et éclairé, obligation accessoire à l'obligation principale de donner des soins.

Ce raisonnement, consistant à considérer que l'obligation de recueillir le consentement libre et éclairé était indivisible de l'obligation de prodiguer des soins, faisait peu de cas de la source de la première obligation : cette obligation ne naît pas du contrat puisqu'elle trouve sa source dans le droit, antérieur et distinct, d'après la jurisprudence, au respect du corps humain[423]. Certes, l'inexécution de l'obligation est sanctionnée par une responsabilité contractuelle du fait que le

---

[419] Cass. civ., 20 mai 1936, *D.P.* 1936.I.88, concl. Matter, rapp. Josserand, note E.P. ; *S.* 1937.I.321, note A. Breton ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41, concl. Matter : le médecin s'engage, en effet, sinon, à guérir le malade, du moins à lui donner des soins « consciencieux, attentifs, et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

[420] Cass. civ., 27 juin 1939, *D.C.* 1941.53 (1re esp.), note M. Nast.

[421] Cass. Req., 28 janvier 1942, *D.C* 1942.63 : « tout chirurgien (...) est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération (...) ; qu'en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade » ; B. MANSART, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient,* Thèse Paris I, 1999, n°210, p. 132 ; P. JOURDAIN, *Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, *Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions,* p. 4, spéc. p.5.

[422] R. BESSERVE, *De quelques difficultés soulevées par le contrat médical, JCP* 1956.I.1309, spéc. n°22 ; A.TUNC, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, JCP* 1945.I.449, note 35 : « préciser une obligation de diligence, ce n'est pas contracter une obligation de résultat »

[423] Cass. civ. 1re, 17 novembre 1969, *Bull. civ.* I n°347, p.276 ; *JCP* 1970.II.16507, note R. Savatier ; *Gaz. Pal.* 1970.1.49 ; *D.* 1970.85 ; *RTDC* 1970.580, obs. G. Durry :

consentement à l'atteinte est sollicité après la formation du contrat. Mais, on ne peut soumettre l'obligation de recueillir le consentement libre et éclairé au régime de l'obligation de soins, sans en nier la particularité et l'autonomie. La solution de l'arrêt du 29 mai 1951 méconnaissait le droit au respect de l'intégrité, en vertu duquel la mutilation ne devient légitime que si la personne y a consenti[424]. Elle ne pouvait donc s'appuyer que sur des raisons d'opportunités justifiant d'exclure l'application, au médecin, du régime auquel sont soumis les autres tiers qui commettent une atteinte à l'intégrité. En effet, pour ces derniers, l'inexécution de l'obligation légale de recueillir le consentement se présume de la seule constatation de l'atteinte à l'intégrité[425], ce qui les oblige à apporter la preuve de la justification de l'atteinte, à savoir l'obtention du consentement de la personne[426], en application de l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil.

298. La Cour de cassation, le 25 février 1997, en prenant le contre-pied de la solution énoncée par l'arrêt de 1951 et en décidant que la charge de la preuve de l'obligation d'information incombe au médecin, permet de ne plus nier le droit au respect de l'intégrité du patient. Ce revirement était d'autant plus souhaitable que le législateur, en consacrant le droit au respect du corps humain à l'article 16-1 du Code civil, n'établit aucune distinction selon l'auteur de l'atteinte. Pourtant, même si cet article paraît avoir inspiré la solution[427], celui-ci n'est pas rendu sous le visa de l'article 16-1, issu de la loi du 29 juillet 1994, qui était inapplicable à l'instance en cours.

299. Visant le seul article 1315, la Cour de cassation impose, non seulement aux médecins, mais aussi à tous ceux qui sont « légalement ou contractuellement tenu(s) d'une obligation particulière d'information », alors même qu'ils ne portent pas atteinte à l'intégrité de la personne, de rapporter « la preuve de l'exécution de cette obligation »[428]. C'est donc la particularité de l'obligation d'information qui

---

l'avertissement préalable constitue « une obligation d'ordre générale, antérieure à l'intervention médicale ou chirurgicale et distincte de celle-ci ».

[424] R. PERROT, note sous, Cass. civ., 29 mai 1951, *JCP* 1951.II.6421.

[425] J. CARBONNIER, *Droit civil, 1/ Les personnes. Personnalité, Incapacités, Personnes morales,* Thémis PUF, 20e éd. 1996, n°87 p. 141 ; Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, *Bull. civ.* I, n°378, p.265 ; *JCP* 1997. II. 22805, note J. Ravanas ; *JCP* 1997.I.4025, n°1, obs. G. Viney ; *D.*1997.403, note S. Laulom ; *D.* 1997.somm.289, obs. P. Jourdain ; *RTDC* 1997.632, obs. J.Hauser; Cass. civ. 1re, 25 février 1997, *Bull. civ.* I, n°73, p. 47 ; *JCP*1997.II.22873, note J. Ravanas.

[426] Paris, 9 novembre 1982, *D.*1984.30, note R. Lindon ; Paris, 19 avril 1985, *D.* 1985.IR.324 : Cette jurisprudence relative au droit à l'image doit être étendue à tous les droits de la personnalité.

[427] P. SARGOS, Rapport sous Cass. civ.1re, 25 février 1997, *Gaz. Pal.* 1997.1.274, spéc.p.277.

[428] Cass. civ. 1re, 25 février 1997, *préc.*

conduit à imposer au médecin la charge de prouver son exécution. Pourtant la Cour de cassation ne définit pas cette notion : l'obligation particulière renvoie-t-elle à celle d'obligation de moyens renforcée, dont les tribunaux usent parfois pour aggraver la responsabilité des professionnels ? Il ne le semble pas puisqu'en mettant à la charge du débiteur la preuve de l'exécution de cette obligation, la Cour soumet cette obligation au régime de l'obligation de résultat. Cette qualification permet davantage d'insister sur la spécificité des obligations d'information par rapport aux autres obligations prévues par le législateur ou par le contrat. En effet, même si le contrat fait naître une obligation de moyens (dont l'inexécution doit être prouvée par le créancier), l'obligation d'information n'en suit pas le régime et est soumise à celui de l'obligation de résultat qui lui est propre. L'emploi du qualificatif « particulière » par la Cour de cassation atteste de la divisibilité des obligations d'information des autres obligations auxquelles est tenu le même débiteur. Cette divisibilité est consacrée en d'autres matières par la Cour de cassation : ainsi, dans un arrêt du 29 avril 1997, la Cour de cassation a imposé à l'avocat de rapporter la preuve de son obligation particulière d'information et de conseil vis-à-vis de son client[429].

300. La solution de l'arrêt *Hedreul* du 25 février 1997, selon laquelle la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information incombe au médecin, ne devrait, conformément au droit des obligations, s'appliquer qu'au cas où le patient se plaint d'une inexécution totale de l'obligation et non d'une exécution défectueuse. En l'espèce, le patient faisait valoir que le médecin ne l'avait pas informé d'un risque. Il ne prétendait pas que l'information lui avait été transmise sans qu'il l'ait comprise. « C'est seulement l'absence d'information qui est présumée. Dès lors que le débiteur établit avoir matériellement informé la victime, c'est à celle-ci qu'il incombera de démontrer que l'information était inexacte, incomplète, ambiguë, etc. La présomption de faute sera donc limitée à l'existence même de l'information, à sa matérialité ; elle n'affectera pas sa qualité »[430].

Si tel était le cas, le généticien, après avoir établi l'exécution de son obligation d'information par la transmission à la personne d'informations sur les implications

---

[429] Cass. civ. 1re, 29 avril 1997, *Contrats, conc. consom.* 1997.comm.111, obs. L.Leveneur ; *Les Petites affiches*, 15 août 1997, n°98, p.15, note M.-H. Maleville et V. Maleville, *RTDC* 1997.924, obs. J. Mestre.

[430] P. JOURDAIN, obs. *RTDC* 1997.434 ; également, M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n°551, p.435 ; P. SARGOS, rapport *préc.* p.25 ; *contra* M. HARICHAUX, *La preuve de l'information médicale, RDSS* 1998.68, spéc. p.74.

de l'étude génétique, n'aurait pas à prouver la compréhension par son patient de l'information transmise.

On peut néanmoins objecter que la distinction entre l'inexécution totale et l'inexécution défectueuse de l'obligation, lorsqu'elle est appliquée en matière médicale, est d'une excessive rigueur dans la mesure où celui qui n'est pas informé est dans la même situation que celui qui ne la comprend pas : aucun des deux ne peut émettre un consentement éclairé.

301. Par un arrêt du 14 octobre 1997, la première chambre civile de la Cour de cassation a semblé refuser cette distinction dans le domaine de l'information médicale. En effet, la Cour a énoncé « que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé »[431]. La formulation générale qui ne distingue pas selon que la preuve porte sur la qualité de l'information (claire et appropriée à l'état du patient) ou sur son existence n'avait pas eu d'incidence pratique dans cette espèce car seule l'absence d'information était reprochée au médecin.

L'interprétation de cet arrêt, selon laquelle la Cour de cassation aurait refusé une telle distinction, aurait pu n'être que divinatoire, si la Cour de cassation, le 27 mai 1998[432] n'avait pas rejeté un pourvoi contre un arrêt qui avait fait supporter au médecin la charge de la preuve de l'existence et de la qualité de l'information. En l'espèce, une femme désirant un cinquième enfant, malgré une dysovulation, avait subi une induction ovarienne permettant une nouvelle grossesse. Puis la patiente avait demandé à son médecin de pratiquer un déclenchement artificiel de l'accouchement de façon que la naissance se produisît le jour de son anniversaire de mariage. Une rupture utérine se réalisa pendant l'accouchement entraînant une hémorragie immédiate abondante. Au cours des interventions médicales tendant à stopper l'hémorragie, la patiente fit deux arrêts cardiaques prolongés, à la suite desquels elle resta en état quasi végétatif jusqu'à son décès, survenu un an plus tard. La cour d'appel sanctionna le médecin en retenant contre lui qu'il était permis de s'interroger tant sur la qualité de l'information donnée à sa cliente que sur la connaissance par celle-ci des dangers encourus. Le pourvoi invoquait à l'encontre de la décision des griefs tirés, notamment, de la méconnaissance des règles de

---

[431] Cass. civ. 1re, 14 octobre 1997, *Bull. civ.* I, n°278, p. 189 ; *JCP* 1997.II.22942, Rapport P. Sargos ; *JCP* 1997.I. 4068, n° 6 à 10, obs. G. Viney ; *RTDC* 1998.100, obs. J. Mestre ; M. Harichaux, *préc*.

preuve. La Cour de cassation rejette le pourvoi en reproduisant le motif qu'elle avait utilisé le 14 octobre 1997[433].

302. Puisque l'obligation du médecin de recueillir le consentement libre et éclairé avant la réalisation d'une étude génétique est une obligation de résultat qui prend sa source dans le droit au respect de l'intégrité de la personne, il est donc logique de faire supporter la charge de la preuve de son exécution au médecin. En exigeant que le consentement à cette étude soit donné par écrit, le législateur ferme-t-il la voie aux autres modes de preuve ?

B) Les modes de preuve

303. L'absence d'écrit ne ferme pas, en principe, la possibilité pour le médecin de prouver par d'autres modes de preuve l'exécution de son obligation de recueillir le consentement libre et éclairé de son patient. Cela est certain lorsque le législateur n'impose pas expressément au médecin de consigner par écrit les informations qu'il a transmises à son patient, notamment dans le cas de la réalisation d'une étude génétique dans une finalité médicale.

304. Ainsi, si l'arrêt du 25 février 1997, qui a énoncé que la preuve de l'exécution de l'obligation d'information pesait sur le débiteur, a eu pour conséquence implicite d'imposer au médecin la préconstitution d'un écrit, dans la mesure où la transmission d'une information ne laisse aucune trace matérielle en l'absence d'écrit[434], l'arrêt du 14 octobre 1997 a indiqué que la preuve pouvait, toutefois, « être faite par tous moyens »[435]. Dans cette espèce, le recours aux présomptions de l'article 1353 du Code civil a ainsi permis aux juges du fond de retenir que le médecin avait délivré l'information à sa patiente. Le faisceau d'indices résultait de ce que la victime, « qui exerçait la profession de laborantine titulaire dans le centre hospitalier où avait eu lieu la cœlioscopie, avait eu divers

---

[432] Cass. civ. 1er, 27 mai 1998, *Bull. civ.* n° 187, p. 126 ; *D.* 1998.531, note F. Laroche-Gisserot ; *RCA* 1998.comm.276 ; *RTDC* 1999.111, obs. P. Jourdain ; *DPBB.*, bull. 63, p.8470 et 8474.

[433] La Cour de cassation approuve, en outre, la Cour d'appel d'avoir décidé que le médecin aurait dû refuser d'exposer le patient, « sans justification thérapeutique, au risque majeur d'un déclenchement artificiel de l'accouchement ».

[434] J. PENNEAU, *La faute médicale, RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, *Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions,* p. 9, spéc. 10-11.

[435] Cass. civ. 1re, 14 octobre 1997, *Bull. civ.* I, n°278, p. 189 ; *JCP* 1997.II.22942, Rapport P. Sargos ; *JCP* 1997.I. 4068, n° 6 à 10, obs. G. Viney ; *RTDC* 1998.100, obs. J. Mestre ; M. Harichaux*, La preuve de l'information médicale, RDSS* 1998.68.

entretiens avec son médecin, pris sa décision après un temps très long et manifesté de l'hésitation et de l'anxiété avant l'opération». Même si la Cour de cassation ne contrôle pas l'appréciation des juges du fond en matière de présomptions, on peut s'étonner qu'elle ait estimé que des indices si peu probants aient pu être jugés déterminants par les juges du fond. Certes, ces derniers, qui, au contraire de la Cour de cassation, faisaient porter le fardeau de la preuve sur les ayants droit du patient, avaient jugé que la preuve de l'inexécution de l'obligation par le médecin n'était pas rapportée, mais est-ce à dire que la preuve de l'exécution de l'obligation par le médecin avait été établie ? L'arrêt de rejet du pourvoi s'explique, sans doute, par la volonté de la Cour de cassation de limiter les conséquences excessives liées au caractère rétroactif du revirement de jurisprudence opéré par le 25 février 1997. Selon M. P. Sargos, rapporteur de l'arrêt, la rétroactivité aurait mis dans une situation difficile tous les médecins qui, au moment où ils avaient exécuté leur obligation d'information, n'étaient pas tenus d'en rapporter la preuve[436].

305. Au-delà de l'exigence, en pratique plus qu'en théorie, posée par l'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1997, que le médecin conserve une preuve écrite établissant qu'il a satisfait à son obligation d'information, on peut se demander si le législateur, lorsqu'il impose expressément au généticien d'obtenir l'autorisation écrite de la personne à la réalisation d'une étude génétique, n'a pas fait de cet écrit une condition de validité supplémentaire du consentement, une forme solennelle de cet acte juridique.

306. En matière patrimoniale, l'absence d'écrit exigé à titre probatoire n'affecte pas la validité de l'acte mais limite les modes de preuve admissibles pour le prouver. En vertu de l'article 1341 du Code civil, qui régit les actes juridiques ayant une valeur pécuniaire supérieure à 5000 francs, la preuve par témoignage ou par présomption ne sera pas admise, sauf à invoquer, par exemple, une impossibilité morale de se préconstituer un écrit ou l'existence d'un commencement de preuve par écrit.

En revanche, l'inobservation d'une forme solennelle entraîne la nullité de l'acte lui-même. Le formalisme frappe les actes graves, tels que le testament (article 1001 du Code civil) ou la renonciation à succession (article 784), afin d'éviter qu'ils ne

[436] *JCP* 1997.II. 22942, spéc. n°15.

« soient consentis à la légère ou sous la pression de manœuvres frauduleuses. La forme y est protectrice de la volonté »[437].

307. Conscient du caractère intimement personnel des données révélées par les tests génétiques, le législateur a posé l'exigence du consentement écrit « afin de s'assurer du confinement de ces études dans un cadre médical et scientifique »[438].

Le fondement de l'exigence d'un écrit rappelle la raison avancée pour justifier la nature solennelle d'un acte juridique. Néanmoins, en imposant que le consentement de la personne soit recueilli par écrit, le législateur n'a pas indiqué la sanction de cette exigence. Or, lorsque le législateur omet de préciser une telle sanction, le juge qui a, en général, tendance à minimiser les exceptions au consensualisme[439], traite l'écrit comme un mode de preuve et non comme une condition de validité de l'acte[440]. Aussi le médecin devrait-il pouvoir prouver qu'il a recueilli l'autorisation de la personne par d'autres moyens, s'il justifie, notamment, d'une impossibilité de se préconstituer un écrit. Cette dernière, qui ne peut pas résulter d'un usage, puisque le législateur prescrit au contraire un écrit, sera appréciée au cas par cas par les juges du fond en fonction de la personnalité du patient et pourrait résulter, par exemple, de l'incapacité du patient à écrire.

L'impossibilité de se préconstituer un écrit permettra ainsi au médecin de prouver, par témoins ou par présomptions, l'existence de l'acte juridique qu'est l'autorisation mais aussi, lorsque l'étude génétique est réalisée dans une finalité de recherche, la transmission des éléments d'information ayant déterminé la personne à consentir, puisque le législateur a expressément exigé un écrit. En revanche, l'exécution de l'obligation d'information sur les risques d'une étude génétique prescrite à des fins médicales, qui, en théorie, n'a pas à être établie par écrit, pourra être faite par tous moyens.

308. Le médecin, qui ne parvient pas à rapporter la preuve de l'exécution de son obligation de recueillir le consentement libre et éclairé du patient à l'étude génétique de prédisposition, supporte le risque de la preuve. En effet, l'absence

---

[437] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *Les obligations. 1- L'acte juridique*, Armand Colin, 8e éd. 1998, n°315, p.218 ; J. FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, dans, *Etudes offertes à G. Ripert*, tome I, 1950, p. 93 ; L. AYNES, *Formalisme et prévention,* dans, *Le droit du crédit au consommateur*, ouvrage collectif sous la direction de I. Fadlallah, Litec, 1982, p. 64 et s.

[438] SENAT, *Rapport sur le projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, J. Chérioux, n°395, 4 mai 1994, p.51.

[439] J. FLOUR, *article préc.*, n°14.

[440] En outre, si l'écrit était exigé *ad validitatem*, la nullité du consentement résultant de l'absence d'écrit serait inadaptée et inefficace puisque l'atteinte aura été réalisée.

d'un tel consentement constitue une violation du droit au respect de l'intégrité génétique qui est sanctionnée.

§ 2 - Le régime de la sanction du défaut d'un consentement libre et éclairé

309. En s'abstenant de recueillir le consentement libre et éclairé de la personne avant de réaliser une étude génétique de prédisposition, le médecin s'expose à deux types de sanctions : certaines sanctions sont autonomes de la réparation du préjudice subi par la personne dont le droit au respect de l'intégrité a été violé (A), d'autres, au contraire, réparent le préjudice de la personne consécutif à cette violation (B).

A) Les sanctions autonomes de la réparation du préjudice subi par la personne

310. Le non-recueil du consentement de la personne à l'étude génétique de prédisposition constitue une violation du droit au respect de son intégrité génétique exposant le médecin à des sanctions pénales et civiles.

(1) Les sanctions pénales

311. La peine est souvent la sanction la plus adéquate des droits de la personnalité lorsque « l'insignifiance du préjudice décourage les individus de porter devant les tribunaux civils les atteintes éprouvées par leur liberté»[441].

312. Ainsi la section VI du chapitre VI, relatif aux atteintes à la personnalité, du Livre deuxième du Code pénal réprime-t-il les « atteintes à la personne résultant de l'étude génétique de ses caractéristiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques». Son article 226-25 punit « le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales sans avoir préalablement recueilli son consentement » d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende. L'article 226-29 du Code pénal sanctionne la tentative de cette infraction de la même peine. Une telle tentative pourrait être retenue à l'égard du médecin qui, après avoir prélevé les gènes de la personne, n'aurait pas encore analysé les informations génétiques dont les gènes seraient porteurs.

313. En revanche, il est apparu inutile d'insérer, dans cette section du Code pénal, la sanction encourue par celui qui réalise une étude génétique à des fins de recherche sans le consentement de la personne. En effet, l'article L.145-15 du Code de la santé publique renvoie aux dispositions du Livre II *bis* de ce même Code qui protègent les personnes se prêtant à des recherches biomédicales, et, plus particulièrement, à son article L. 209-19. Ce dernier dispose « qu'ainsi qu'il est dit à l'article 223-8 du code pénal, le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur dans les cas prévus par les dispositions du présent code est puni de trois ans d'emprisonnement et 300 000 francs d'amende». Cette méthode des renvois nuit à la cohérence des sanctions pénales. En effet, à la différence de l'article 226-29 du Code pénal, aucun article du code ne prévoit que la tentative de l'infraction consistant à procéder à une étude génétique sans le consentement de la personne dans une finalité de recherche est punissable[442]. Or, en vertu de l'article 121-4 du Code pénal, en matière délictuelle, la tentative doit être prévue par une loi pour être sanctionnée.

314. Lorsque des prélèvements biologiques identifiants, desquels sera ensuite tirée une information génétique, sont associés, dans une finalité de recherche, à un traitement automatisé des données nominatives, l'article 226-18 alinéa 2, 2°, du Code pénal sanctionne « le fait de procéder à un traitement » en « l'absence du consentement éclairé et exprès de la personne» et fixe la peine encourue à cinq ans d'emprisonnement et à 2 000 000 francs d'amende.

Outre les sanctions pénales, des sanctions civiles peuvent être prononcées, indépendamment de la réparation du préjudice subi par la personne dont le consentement libre et éclairé à l'étude génétique n'a pas été recueilli.

---

[441] J. CARBONNIER, note sous, Trib. corr. Grasse, 8 février 1950, *D*.1950.714.
[442] D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. La génétique humaine. La personne,* Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.32, 1997, spéc. n°556.

(2) Les sanctions civiles

315. Ces sanctions civiles sont en nature : elles ont pour objet de faire cesser la violation du droit au respect de l'intégrité de la personne.

L'efficacité du principe d'inviolabilité de la personne suppose une intervention rapide du juge qui pourra être saisi préventivement, avant même qu'il n'y ait litige, afin de « prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite» « au corps humain» (art 16-2), constituée par le prélèvement de gènes ou à « l'intimité de la vie privée» (art 9 al 2) résultant de la détection de prédisposition de la personne. Contrairement à ce qu'exige le droit commun, il n'est pas nécessaire, grâce à ce dispositif, qu'existe un intérêt né ou actuel pour saisir le juge[443].

A la différence de l'article 9 alinéa 2 du Code civil qui dispose que « ces mesures peuvent, s'il y a urgence être ordonnées en référé», l'article 16 ne fait aucunement mention de cette procédure. En effet, depuis que les pouvoirs du juge ont été élargis par l'article 809 du N.C.P.C., le recours à l'article 9 a perdu son utilité[444]. Désormais, le Président du Tribunal peut, « même en présence d'une contestation sérieuse, (...) prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite».

316. Si les sanctions en nature n'ont pu être prononcées ou si elles n'ont pas réussi à éviter la survenance du préjudice, l'auteur de l'atteinte s'expose à payer des dommages-intérêts. L'action qui sanctionne la violation du droit au respect de la personnalité, dont l'objet est de faire cesser l'atteinte, est autonome de celle qui répare le préjudice[445]. En effet, lorsque le non-recueil du consentement libre et éclairé de la personne à la réalisation d'une étude génétique a créé un dommage, son auteur doit le réparer.

---

[443] SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au corps humain,* G. Cabanel, n° 230, 12 janv. 1994, p.46.
[444] R. LINDON, note sous CA Paris, 25 octobre 1982, *D.* 1983.363.
[445] Cass. civ. 1re, 17 nov. 1987, *Bull. civ.* I, n° 301, p.116 ; *JCP* 1987.IV.36.

B) Les sanctions réparant le préjudice subi par la personne

317. Le droit de la personne à la réparation de l'atteinte consécutive à la réalisation d'une étude génétique sans son consentement libre et éclairé suppose, au préalable, la réunion de conditions pour que la responsabilité de l'auteur de l'atteinte puisse être engagée (1), responsabilité dont il conviendra d'indiquer la nature (2).

(1) Les conditions de la responsabilité

318. Conformément aux principes généraux de la responsabilité, une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage sont nécessaires à la reconnaissance de la responsabilité du médecin en vertu de l'article 1382 du Code civil. Certes, la particularité de la violation du droit subjectif, qu'est le droit au respect de l'intégrité, simplifie la preuve des conditions de la responsabilité civile de l'auteur : il est inutile d'établir une faute et un préjudice puisque ceux-ci sont présumés du seul fait de l'atteinte[446]. Même si le droit à réparation est ouvert à partir de « la seule constatation de l'atteinte »[447], il n'en reste pas moins que le montant de la réparation dépendra, conformément aux règles de la responsabilité civile, de l'étendue du préjudice moral ou/et physique.

319. Effectué au moyen d'une prise de sang, le test génétique ne provoque pas, en général, qu'une atteinte minime à l'intégrité corporelle. Pourtant, la connaissance par la personne de sa prédisposition génétique est susceptible de générer un trouble psychologique. L'étendue de ce préjudice et son lien de causalité avec la faute, laquelle consiste, en l'espèce, en l'absence de recherche du consentement libre et éclairé de la personne à l'étude génétique de prédisposition, varient selon que le test génétique est réalisé sans le consentement de la personne (a) ou avec l'autorisation insuffisamment éclairée de la personne (b).

---

[446] J. CARBONNIER, *Droit civil, 1/ Les personnes. Personnalité, Incapacités, Personnes morales*, Thémis PUF, 20e éd. 1996, n°87, p.141 ; Paris, 5 mars 1990, *D*.1990.IR.4

[447] Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, *Bull. civ*. I, n°378, p. 265 ; *JCP* 1997. II. 22805, note J. Ravanas ; *JCP* 1997.I.4025, n°1, obs. G. Viney ; *D*.1997.403, note S. Laulom ; *D*. 1997.somm.289, obs. P. Jourdain ; *RTDC* 1997.632, obs. J.Hauser; Cass. civ. 1re, 25 février 1997, *Bull. civ*. I, n°73, p. 47 ; *JCP* 1997.II.22873, note J. Ravanas.

a - Absence de consentement à l'étude génétique de prédisposition.

320. Alors qu'en général, lorsque est en cause la vie privée de la personne, le préjudice causé à la personne résulte d'une immixtion ou d'une divulgation d'éléments de sa vie privée qu'elle connaissait, celui subi par l'individu du fait de la réalisation d'une étude génétique est d'autant plus grave qu'elle révèle un élément de la santé jusqu'alors inconnu de la personne. L'étendue d'un tel préjudice est appréciée souverainement par les juges du fond. Ces derniers tiendront compte, notamment, des répercussions psychologiques de la connaissance par la personne de sa prédisposition génétique.

321. Si, en raison de l'atteinte à l'intégrité corporelle, le médecin est poursuivi pénalement pour homicide ou blessure involontaires[448], la victime pourra porter son action civile devant le juge pénal ou civil. En effet, le principe d'unité de la faute civile et pénale d'imprudence[449] permet au juge pénal d'accorder une indemnité à la victime en réparation du dommage causé par l'auteur de la faute d'imprudence. Une telle faute d'imprudence pourra être retenue à la charge du généticien à la condition que le dommage, causé involontairement à la personne par l'étude génétique, soit en relation de causalité certaine avec la faute, à savoir le non-recueil du consentement de la personne. Or, la certitude du lien de causalité entre la faute, l'absence de consentement à la réalisation d'un test génétique, et les préjudices qui en résultent, ne suscite aucun doute. Le droit au respect de l'intégrité de la personne lui conférant la faculté d'autoriser ou non une atteinte, c'est à elle seule de décider si elle entend se soumettre à une étude génétique de prédisposition. Comme cela a été précédemment développé, le médecin ne peut pas invoquer le caractère urgent et nécessaire d'une telle étude pour se dispenser de recueillir le consentement de la personne[450]. Dès lors, celui qui réalise un test génétique de prédisposition sans le consentement de l'individu commet une faute d'imprudence qui l'oblige à en assumer toutes les conséquences dommageables.

322. L'assimilation de la faute civile à la faute pénale d'imprudence, combinée avec l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil interdira, lorsque la relaxe du médecin sera prononcée, tant au juge civil qu'au juge pénal de réparer les

---

[448] Articles 221-6, 222-19, 222-20, R. 625-2 et R. 625-3 du Code pénal
[449] Cass. civ., 18 décembre 1912, *D.P.* 1915.1.17, note L.S ; *S.* 1914.1.249, note R.-L. Morel ; *Gaz. Pal.* 1913.1.107.
[450] *Supra* n°249 et s.

conséquences dommageables de l'étude génétique puisqu'une des conditions de la responsabilité civile fera alors défaut : la faute[451].

323. Alors que la personne qui reproche à son médecin le non-recueil du consentement avant la réalisation d'une étude génétique de prédisposition peut obtenir la réparation de tous les troubles occasionnés par la connaissance des informations génétiques, il ne semble pas qu'il en soit de même lorsque le patient fait grief à son médecin, non pas de s'être totalement passé de son consentement, mais seulement de ne pas avoir été informé des risques liés à la réalisation d'une étude génétique de prédisposition.

b - Absence d'information des risques de l'étude génétique de prédisposition

324. Les solutions données par la jurisprudence ont évolué quant il s'est agi d'apprécier le lien de causalité entre le défaut d'information du patient sur les risques d'un acte médical et l'atteinte à l'intégrité résultant de la réalisation d'un tel acte.

325. Par un arrêt du 11 février 1986, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait, ainsi, ordonné la réparation intégrale des préjudices générés par l'acte médical du fait de l'absence d'information du patient sur ses risques, alors même qu'il n'était pas certain que, correctement informée, la personne eût refusé l'intervention.

En l'espèce, les parents d'une mineure, atteinte d'une paralysie faciale à la suite d'une opération tendant à soigner sa surdité, n'avaient pas été informés par le médecin de l'existence de ce risque de paralysie d'une fréquence relativement élevée. Le défaut d'information ne leur avait pas permis de prendre une décision éclairée et de motiver un refus éventuel. Selon la Cour de cassation, dès lors que « la survenance du dommage dont il était demandé réparation constituait la réalisation du risque qui aurait dû être signalé », le manque d'information sur ce risque était « la cause exclusive du dommage »[452]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reconnaît donc l'existence d'un lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage final, tout en relevant le caractère éventuel du refus que les parents informés auraient pu opposer à l'opération. Pourtant il est

---

[451] J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin,* Dalloz, 2e éd., 1996, p. 94.
[452] Cass. civ. 1re, 11 février 1986, *Bull. civ.* I, n°24, p.21 ; *JCP* 1986.IV.110 ; *Gaz. Pal.* 1986.1. pan. juri. 90, note F.C. ; *D.* 1987. somm. 25, obs. J. Penneau ; *JCP* 1987.II.20775, note A. Dorsner- Dolivet.

contradictoire d'avancer que le défaut d'information est la cause de l'entier préjudice alors qu'un doute subsiste sur le point de savoir si la délivrance d'une telle information eût conduit à la non-réalisation de l'intervention. Il en aurait été autrement s'il avait été certain que la personne aurait refusé l'opération, notamment si l'acte en cause présentait de risques tels qu'il n'aurait pas dû être effectué par le médecin.

Appliquer la solution, posée par cet arrêt, aux études génétiques de prédisposition, même à celles qui, sans être interdites, présentent néanmoins des risques graves pour la personne, conduirait à présumer la causalité entre la faute et le dommage. En effet, ce n'est pas tant l'insuffisance d'information qui provoque le préjudice, que l'étude génétique.

326. La Cour de cassation, le 7 février 1990, est revenue sur sa solution, précédemment adoptée, dans une affaire similaire. Au cours d'une intervention tendant à soigner une sinusite aiguë, une effraction de la paroi interne de l'orbite provoqua d'importants troubles de la vision chez le patient, lequel n'avait pas été averti de ce risque inhérent à une telle intervention. Les juges du fond ayant évalué le préjudice moral lié au défaut d'information à 10 000 francs, refusèrent néanmoins de réparer les dommages corporels subis par le patient, au motif que ceux-ci n'étaient pas en relation de causalité avec le défaut d'information. Au soutien de son pourvoi, le demandeur faisait valoir « qu'informé du risque opératoire le malade aurait pu refuser l'intervention et qu'il existait donc un lien direct de causalité entre les dommages corporels invoqués et cette absence fautive d'information, qui a entraîné le risque qui s'est réalisé ». La première Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif « qu'en manquant à son obligation d'éclairer M. X sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, » le médecin « a seulement privé ce malade d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles qui seules ont fait l'objet de la demande de réparation »[453].

327. Le défaut d'information, s'il n'est donc pas en relation de causalité avec le préjudice final, a néanmoins causé à la personne un préjudice spécifique en lui

---

[453] Cass. civ. 1re, 7 février 1990, *Bull. civ.* I, n°39, p. 30 ; *D.* 1991.somm. 183, obs. J . Penneau ; également : Cass. civ. 1re, 17 novembre 1969, *Bull. civ.* I n°347, p.276 ; *JCP* 1970.II.16507, note R. Savatier ; *Gaz. Pal.* 1970.1.49 ; *D.* 1970.85 ; *RTDC* 1970.580, obs. G. Durry ; Cass. civ. 1re, 5 novembre 1974, *Bull. civ.* I, n°292, p.251.

faisant seulement perdre une chance d'éviter les troubles[454]. La spécificité de ce préjudice résulte de ce qu'il est distinct du dommage final car il en constitue une fraction[455]. Puisque le défaut d'information n'a pas causé le préjudice final, le médecin, poursuivi au pénal, pour homicide ou blessures involontaires, devra alors être relaxé. Cette relaxe ne s'opposera pas, malgré le principe d'unité de la faute civile et de la faute pénale, à ce que le juge civil ou pénal[456] ordonne la réparation, non pas du préjudice final, mais de celui résultant de la perte, par le patient, d'une chance de ne pas subir l'atteinte[457].

328. Un te préjudice peut, en effet, être invoqué du seul fait qu'une chance « réelle et sérieuse » existait et qu'elle a été perdue[458]. La probabilité « réelle et sérieuse » de refuser une intervention est établie par l'existence de l'obligation de renseignement, car l'information conditionne le consentement. La violation de l'obligation d'information constitue donc la perte certaine de cette chance.

329. Le lien de causalité entre le défaut d'information et la perte d'une chance d'éviter le préjudice étant établi, les juges du fond doivent évaluer ce dernier[459]. Cette évaluation de la chance perdue, aussi malaisée soit-elle, est nécessairement inférieure à celle du dommage final[460], même si le préjudice lié à la perte d'une chance est « fonction de la gravité » de « l'état réel » du patient « et de toutes les conséquences en découlant »[461]. Elle dépendra « de l'importance que représentait la chance et donc de l'ampleur de la probabilité attachée au dommage »[462].

---

[454] Cass. civ. 1re, 12 novembre 1985, *Bull. civ.* I, n°298, p. 264 ; Cass. civ. 1re, 8 janvier 1985, *Bull. civ.* I, n°10, p. 10, *D.* 1986.391, note J. Penneau ; Cass. crim., 20 mars 1996 : *Bull. crim.* n°119, p. 349 ; *RTDC* 1996.912, obs. P. Jourdain ; *JCP* 1996.I.3985, n°22, obs. G. Viney ; *RCA* 1996.comm.283 ; *D.* 1996. IR.154. *;* S. PORCHY, *Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D.* 1998.379, spéc. p. 381.

[455] Cass. civ. 1re, 8 juillet 1997 (deux arrêts), *Bull. civ.* I, n°238, p.159 et n°239, p.160**,** *JCP* 1997.II.22921, rapp. P. Sargos ; *RTDC* 1998.126, obs. P. Jourdain ; *Rapport de la Cour de cassation de 1997,* Doc. Française 1998, p. 274 : les deux arrêts concernent la persistance fautive des médecins dans un diagnostic erroné, laquelle avait fait perdre au patient une chance d'obtenir une amélioration de son état et d'échapper à une infirmité.

[456] Article 470-1 du Code de procédure pénale : « le tribunal saisi (...) de poursuites exercées pour une infraction non intentionnelle au sens des deuxième et troisième alinéas de l'article 121-3 du Code pénal, et qui prononce une relaxe, demeure compétent (...) pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite ».

[457] Cass. civ. 1re, 17 novembre 1969, *préc.*; Cass. civ. 1re, 24 mars 1981, *D.* 1981.546, note J. Penneau ; Cass. crim., 20 mars 1996, *préc.*

[458] Cass. civ. 1re, 27 janvier 1970, *JCP* 1970. II. 16422, note A. Rabut.

[459] Cass. civ. 1re, 27 mars 1973, *D.*1973.595, note J. Penneau ; Cass. civ. 1re, 8 juillet 1997, *préc.*

[460] G. DURRY, *RTDC* 1967.181.

[461] Cass. civ. 1re, 29 juin 1999, (1re esp.), *JCP* 1999.II.10138, rapport P. Sargos.

[462] J.-P. COUTURIER, note sous Cass. civ. 1re, 7 juin 1989, *D.* 1991.158.

330. L'étendue du préjudice sera d'une importance variable selon non seulement la fréquence et la gravité du risque[463], mais aussi l'utilité de l'intervention pour la santé du patient. En effet, plus le risque est élevé et moins l'acte est nécessaire, plus il y a de chance que le patient, s'il en avait été informé, se serait détourné de l'acte médical[464]. En revanche, si l'acte est utile ou nécessaire et si le risque est exceptionnel, la chance du patient de refuser une telle intervention est infime[465], voire inexistante[466]. On peut dès lors se demander si le revirement de jurisprudence, amorcé par l'arrêt du 14 octobre 1997[467] et consacré par ceux du 7 octobre 1998[468], par lequel l'obligation d'information du médecin a été étendue aux risques graves non seulement fréquents, mais aussi exceptionnels d'une intervention ayant une finalité médicale, n'a pas une portée limitée, à tout le moins, lorsque l'intervention est indispensable. En effet, le médecin qui omettra d'informer le patient des risques exceptionnels d'une telle intervention ne sera pas sanctionné : aussi, la Cour d'appel d'Angers, le 11 septembre 1998[469], statuant sur renvoi après la cassation prononcée le 25 février 1997[470], même si elle a constaté que l'information sur les risques exceptionnels de l'intervention n'avait pas été délivrée, n'a pas fait droit à la demande du patient, au motif que son refus « était improbable et la chance perdue illusoire dès lors que l'information aurait dû mettre en parallèle les risques encourus, non négligeables mais quand même assez rares, et l'évolution prévisible de l'état de santé de l'intéressé ». De même, la 1re chambre civile de la Cour de cassation, le 7 octobre 1998[471], pour rejeter le pourvoi contre

---

[463] G. DURRY, *RTDC*. 1970.580.

[464] J. PENNEAU, *Les fautes médicales, RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, *Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions,* p. 9, spéc. p 12. Pour cet auteur, lorsque l'intervention n'est pas inéluctable, ce devrait toujours être l'entier préjudice résultant de l'intervention qui devrait être réparé.

[465] Versailles, 11 mars 1999, *D.* 1999.IR.124.

[466] L'absence, dans ce cas, de préjudice corporel, ne s'oppose pas à ce que le patient puisse obtenir réparation de son préjudice moral résultant de la violation de son droit au respect de l'intégrité. S. HOCQUET-BERG, *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz. Pal.* 1998.2.1121 : Cet auteur propose de fonder la responsabilité du médecin exclusivement sur la violation de ce droit subjectif.

[467] Cass. civ. 1re, 14 octobre 1997, *Bull. civ.* I, n°278, p. 189 ; *JCP* 1997.II.22942, Rapport P. Sargos ; *JCP* 1997.I. 4068, n° 6 à 10, obs. G. Viney ; *RTDC* 1998.100, obs. J. Mestre ; M. Harichaux, *La preuve de l'information médicale, RDSS* 1998.68 ; *Supra*, n°151 et s.

[468] Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 291, p. 202 et *Bull. civ.* I, n°287, p.199 ; *JCP* 1998.II.10179, concl. J. Sainte-Rose (1er arrêt), note P. Sargos ; *JCP* 1999.I.147, n°14, obs. G. Viney ; *Les petites affiches,* n°89, 5 mai 1999, p. 4 ; *RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, *Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions,* p. 13 et note J. Penneau, *Les fautes médicales,* p.9 ; *D.* 1999.145, note S. Porchy (1re arrêt) ; *RTDC* 1999.86, obs. J. Mestre et 111, obs. P. Jourdain (1er arrêt) ; *D.* 1999.somm.259, obs. D. Mazeaud (1er arrêt); *RDSS* 1999.506, obs. L. Dubouis (1er arrêt).

[469] Angers, 11 septembre 1998, *D.* 1999.46, note M. Penneau.

[470] Arrêt *Hédreul*, *supra*, n°289.

[471] Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *préc.* ; *Supra* n°154.

un arrêt, qui avait refusé la réparation du préjudice lié à la réalisation du risque exceptionnel d'un acte médical[472], énonce que le patient ne pouvait pas invoquer un préjudice « résultant pour (lui) de la perte de la faculté qu'il aurait eue, s'il avait été informé, de refuser l'intervention», en raison du caractère indispensable de l'opération subie, seule de nature à améliorer l'état de santé du patient.

331. Aussi, les troubles psychologiques que la personne éprouverait après la réalisation d'une étude génétique de prédisposition seront toujours réparés lorsque son consentement n'aurait pas été éclairé par une information loyale, puisqu'une telle étude ne constituera jamais une intervention indispensable à sa santé, présentant le caractère de l'acte conservatoire[473]. En effet, la personne a un « droit de ne pas savoir »[474] des informations génétiques la concernant. Dès lors que l'étude génétique vise à détecter une prédisposition, la chance de la personne de refuser une telle étude, non indispensable à la survie de la personne, est sérieuse. Si le médecin n'informe pas la personne des risques psychologiques que l'étude est susceptible de générer, il devra alors supporter les conséquences de leur réalisation en indemnisant la personne sur le terrain de la perte d'une chance de refuser l'étude. Il en sera ainsi lorsque l'étude génétique est un acte d'administration utile à la santé et sans risque sérieux normalement prévisible[475], sans que la personne ait été informée des risques exceptionnellement graves qui se sont réalisés. S'agissant d'une étude qui, eu égard à ses risques, apparaît être un acte de disposition, le défaut d'information de la personne sur les risques normalement prévisibles de celle-ci devrait impliquer une indemnisation du préjudice, plus élevée que celle qui devrait lui être allouée dans le cas d'un acte d'administration de la santé[476].

332. La réalisation d'une étude génétique sans le consentement libre et éclairé de la personne engage la responsabilité de l'auteur de l'atteinte, responsabilité dont il faut déterminer la nature.

---

[472] La Cour de cassation a fait abstraction du motif erroné de la Cour d'appel selon lequel le risque exceptionnel n'avait pas à être indiqué.
[473] *Supra* n°249 et s.
[474] CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine*, Oviedo, 4 avril 1997, article 10.2.
[475] *Supra*, n°66.
[476] Si les risques qui se réalisent sont exceptionnels, l'indemnisation devrait suivre le même régime que l'acte d'administration.

(2) La nature de la responsabilité

333. Il est certain qu'en l'absence de contrat, l'auteur de l'atteinte engage sa responsabilité délictuelle lorsqu'il ne recueille pas l'autorisation de la personne ou qu'il ne l'a pas suffisamment informée. Il en est ainsi lorsque le médecin pratique une intervention indispensable à la survie d'une personne inanimée, laquelle ne peut dès lors y consentir. De même, il n'existe pas de contrat entre les médecins du service public et leurs patients dans la mesure où ces derniers sont dans une situation d'usager du service public[477] .

334. En revanche, lorsqu'un contrat a été valablement formé, la responsabilité du médecin qui n'a pas recueilli le consentement libre et éclairé de la personne avant de réaliser une atteinte à son intégrité est, selon la Cour de cassation, de nature contractuelle[478]. En effet, le patient qui sollicite un conseil génétique émet un consentement générateur du contrat. Si ce conseil génétique implique que soit réalisée une étude génétique portant une atteinte à l'intégrité de la personne, le médecin doit recueillir un consentement spécifique de la personne avant de la réaliser. A défaut, la faute du médecin, parce qu'elle interviendrait après la formation du contrat[479], correspondrait à l'inexécution d'une obligation contractuelle[480].

335. En déterminant la nature de la responsabilité du médecin selon que sa faute est antérieure ou postérieure au contrat médical, la Cour de cassation utilise un critère chronologique qui semble artificiel. En effet, la faute du médecin qui ne sollicite pas le consentement libre et éclairé de la personne avant de réaliser une intervention, quand bien même intervient-elle pendant l'exécution du contrat, ne dérive pas de la violation de ce contrat. L'obligation du médecin de solliciter le

---

[477] J.-M. de FORGES et J.-F. SEUVIC, *L'hospitalisé,* Berger-Lavrault, 2e éd. 1983, p.13 ; J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin,* Dalloz, 2e éd. 1996, p.13. L'absence de contrat ne décharge pas le médecin de solliciter le consentement de la personne avant de réaliser un acte médical car ce consentement trouve sa source dans le droit au respect de l'intégrité et non dans le contrat : Circulaire DGS/DH n°95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients et comportant une charte du patient hospitalisé, *BO min. des Affaires sociales, de la Santé et de la Ville, n°95/21.*

[478] Cass. civ. 1re, 29 mai 1951, *JCP* 1951. II.6421, note R. Perrot ; *D.*1952.53, note R. Savatier ; *S.*1953.I.41, note R. Nerson ; *RTDC* 1951. 508, obs. Mazeaud ; H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 10ème éd. par F. Terré et Y. Lequette, 1994, n°13, p. 62. Egalement, Cass. civ. 1re 11 janvier 1966, *D.*1966.266.

[479] F. ALT-MAES, *L'information médicale au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, RDSS* 1994.381, spéc. p.395.

[480] *Supra* n°65.

consentement de la personne ne naît pas de la volonté des parties mais de la loi, qui fixe la conduite des tiers désireux de porter atteinte à l'intégrité de la personne. Elle est une obligation professionnelle qui, même si elle s'exécute pendant le contrat, est antérieure à celui-ci[481].

336. En outre, en s'en tenant au critère chronologique pour énoncer que l'obligation d'information est contractuelle, la Cour de cassation ignore la fonction de l'information. M. Fabre-Magnan a, en effet, relevé que le critère chronologique de distinction entre les obligations d'information précontractuelles et contractuelles était critiquable car, notamment, « une obligation ayant le même objet, c'est-à-dire portant sur le même renseignement, peut naître avant, tout en se prolongeant après la conclusion du contrat. Il peut alors paraître fictif de modifier son régime juridique pour la seule raison qu'un contrat a été conclu entre-temps »[482]. Afin de surmonter ces difficultés, cet auteur a proposé une distinction fonctionnelle, fondée sur « l'intérêt de l'information pour son destinataire »[483]. Seule la violation des obligations ayant pour fonction d'assurer une exécution satisfaisante du contrat serait sanctionnée par la responsabilité contractuelle, à la différence de la violation de celles qui ont pour objet de permettre à une personne d'exprimer un consentement éclairé, laquelle devrait être sanctionnée par la responsabilité délictuelle de l'auteur de la violation[484].

337. Appliquée à l'information nécessaire au recueil d'un consentement éclairé du patient, cette distinction conduirait à qualifier de délictuelle la responsabilité du médecin, liée à l'insuffisance de l'information préalable sur les risques de l'étude génétique, cette obligation d'information ne tendant, en effet, manifestement pas à assurer la bonne exécution du contrat.

338. Pour artificielle qu'elle soit, la solution de la Cour de cassation qui sanctionne l'absence d'acte juridique qu'est le consentement ou son vice, par une responsabilité contractuelle, a néanmoins, l'avantage de la simplicité. Elle permet d'appliquer un régime uniforme à toutes les fautes du médecin, quelle que soit leur nature, lorsqu'elles interviennent après la formation du contrat médical.

Conclusion Titre I

---

[481] Cass. civ. 1re, 17 novembre 1969, *Bull. civ.* I n°347, p.276 ; *JCP* 1970.II.16507, note R. Savatier ; *Gaz. Pal.* 1970.1.49 ; *D.* 1970.85 ; *RTDC* 1970.580, obs. G. Durry.
[482] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n°280, p.223-224.
[483] *Op. cit.*, n°281, p.225.

339. Le consentement donné préalablement à l'atteinte à l'intégrité physique et morale que réalise l'étude génétique se fonde sur le droit au respect de l'intégrité génétique. Ce droit de la personnalité protège la liberté de la personne.

340. En effet, la liberté de la personne, dont le contenu est indéterminé, justifie le pouvoir absolu qu'elle a sur elle-même. Pourtant, l'exercice de ce pouvoir exige, parfois, l'intervention d'autrui. L'altérité relativise alors sa liberté, en ce sens que l'acte accompli sur la personne tout entière ne pourra pas être un acte juridique de disposition, selon le critère rigide, fondé sur la nature de l'acte, qui caractérise le principe d'indisponibilité du corps humain. Ce dernier interdit à la personne de transférer les pouvoirs qu'elle exerce sur son intégrité en conférant à un tiers un droit sur sa personne. La loi reconnaît, néanmoins, à la personne la faculté de céder les éléments de son corps, dont les gènes constituent une partie, et ce faisant, autorise des actes juridiques de disposition sur ceux-ci. Mais ces actes de disposition ne heurtent pas le principe d'indisponibilité du corps humain car ils ne portent pas sur la personne mais sur des choses.

341. Ainsi la personne peut-elle valablement exercer sa liberté en demandant au médecin de réaliser une étude génétique, à l'occasion de laquelle une atteinte matérielle à son intégrité sera portée. En s'inspirant d'un critère souple, reposant sur la gravité des effets de l'acte, qui permet, dans le droit des biens, de distinguer les actes de disposition et d'administration, il a été possible de qualifier l'étude génétique d'acte matériel de disposition, lorsque, eu égard à ses risques ou à son inutilité pour la personne, elle apparaît anormale, ou d'administration si l'étude génétique, à la fois utile et sans risque sérieux prévisible pour la santé de la personne, est normale. Les actes matériels de disposition sont, en principe, licites, sauf s'ils sont inutiles et risqués.

342. Afin de protéger la personne contre les intrusions qu'elle ne souhaiterait pas, il est nécessaire de rendre sa liberté opposable aux tiers. A cette fin, sa liberté se trouve prolongée par un droit au respect de l'intégrité, lequel confère à la personne la prérogative déterminée d'autoriser ou de refuser tous les actes attentatoires à son intégrité. Le consentement apparaît comme un acte juridique d'administration par lequel l'individu donne à un tiers un pouvoir d'intervenir sur sa personne sans pour autant lui transmettre un droit sur la personne.

---

[484] *Op.cit.*, n°322 et s., p.256 et s.

343. Acte juridique, le consentement doit, en principe, être donné par une personne dont la volonté est libre et éclairée. L'éclairage, parce qu'il permet à la personne de se décider en connaissance de cause, implique du généticien la délivrance d'une information claire sur les données pertinentes de l'étude génétique. Libre, la volonté de la personne ne doit subir aucune contrainte externe tendant à l'inciter à accepter l'étude ou à l'empêcher de révoquer son autorisation.

344. Cette règle ne connaît pas de véritable exception mais seulement des atténuations.

La première atténuation se rencontre dans le domaine de l'incapacité juridique : en effet, le consentement de l'incapable à un acte médical sera, en principe, donné par autrui. L'incapable sans discernement sera représenté par une ou plusieurs personnes selon la gravité des conséquences de l'étude génétique de prédisposition à la maladie sur sa santé. Doué de discernement, l'incapable ne sera plus représenté mais seulement assisté pour autoriser une telle étude. En outre, il pourra, sans l'assistance de quiconque, autoriser l'étude génétique de prédisposition à la transmission de la maladie à sa descendance. En effet, parce que cette dernière étude indique un risque génétique de l'incapable qui n'est pas susceptible d'altérer sa santé mais celle de ses enfants, le choix personnel de l'incapable de s'y soumettre ne supporte pas l'ingérence d'autrui.

La deuxième atténuation consiste à présumer le consentement d'une personne hors d'état de manifester sa volonté. Si, du vivant de la personne, est exigé, en outre, que l'acte médical remplisse les caractères de l'acte conservatoire, à savoir qu'il soit nécessaire à conjurer un péril actuel ou imminent, il devrait être impossible d'admettre la présomption de consentement de la personne à une étude génétique de prédisposition qui indique un risque futur et incertain de maladie. En revanche, le décès de la personne permet de présumer son consentement à une telle étude, qui ne peut plus nuire à sa santé.

345. Lorsque l'obligation du médecin de recueillir le consentement ne connaît pas d'atténuation, son exécution doit être prouvée par ce dernier à l'aide d'un écrit. L'absence d'écrit présume la violation du droit au respect de l'intégrité du patient par le médecin, présomption qui, si elle n'est pas, ou ne peut pas, être renversée, engage la responsabilité du médecin. En effet, la réalisation d'une étude génétique en l'absence du consentement de la personne ou sans que celle-ci ait manifesté une volonté libre et éclairée constitue une faute qui ouvre droit à réparation dans la juste mesure où elle a provoqué le dommage. La jurisprudence sanctionne cette faute, lorsqu'elle intervient après la formation d'un contrat, sur le terrain de la

responsabilité contractuelle, même si l'on peut remarquer que la faute constitue moins l'inexécution d'une obligation contractuelle que la violation d'un droit antérieur à ce contrat : celui du respect de l'intégrité de la personne.

346. Le législateur a donc prolongé la liberté de la personne sur son intégrité par un droit au respect qui oblige les tiers à solliciter son consentement avant de commettre une atteinte à son intégrité. Il a néanmoins fixé des limites à l'exercice de ce droit en imposant que l'atteinte à l'intégrité soit réalisée dans des finalités déterminées. La loi défend ainsi, doublement, la personne contre les atteintes à son intégrité : en lui conférant un droit, elle permet à l'individu de repousser les intrusions des tiers dans son intégrité ; en énonçant les finalités des atteintes que la personne peut autoriser, elle protège la personne contre elle-même. En effet, le pouvoir de l'individu sur son propre corps a des « limites qui (...) s'apprécient au regard des exigences de l'ordre public de protection individuelle qui veulent que le corps d'un individu mérite d'être protégé contre les maux que cet individu (...) accepterait de subir »[485].

[485] SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au corps humain*, G. Cabanel, n°230, 12 janvier 1994, p. 43.

TITRE II - LA FINALITE DE L'ETUDE GENETIQUE DE PREDISPOSITION

347. Seule la permission de la loi permet d'effacer la responsabilité de l'auteur d'une atteinte à l'intégrité que réalise l'étude génétique de prédispositions (article 122-4 du Code pénal)[486]. Or, ce fait justificatif est subordonné à la double condition que l'auteur ait recueilli le consentement de la personne et que l'atteinte soit de celle que «la loi autorise à raison d'une utilité par elle reconnue »[487]. Ainsi les articles 16-10 du Code civil et L.145-15 du Code de la santé publique disposent-ils que l'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être entreprise « qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique ».

La recherche génétique vise, à terme, à permettre aux personnes de bénéficier des applications médicales attachées à la découverte des gènes de prédisposition et des facteurs extérieurs impliqués dans l'apparition de la maladie. Si la finalité de la recherche génétique ne peut être atteinte sans une protection de ses protagonistes (chapitre I), la finalité médicale impose que soit garanti l'intérêt de la personne à l'étude génétique de prédisposition (chapitre II).

---

[486] P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, *Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale, Rev. gén. du droit de la lég. et de la juris.* 1926, n°22, p. 201, n°50, p.239 et n°53, p. 241 ; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux,* LGDJ, 1939, n°187, p.412 ; F. ALT-MAES, *L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime, Rev. Science crim.*1991.244, spéc. p.253 ; D. THOUVENIN, *Consentement et assujettissement,* dans, *Vers un anti-destin? Patrimoine génétique et droits de l'humanité,* Odile Jacob, 1992,p. 471, spéc. p.475 ; C. NEIRINCK, *Le consentement à l'acte médical,* dans, *L'acte médical et les droits du malade,* dir. C. Neirinck, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p. 91, spéc. p.99.

[487] Cass. crim., 1er juillet 1937, *Affaire dite des « stérilisateurs de Bordeaux », S.* 1938. 1.193, note R. Tortat ; *D.H,* 1937.537 ; *Gaz. Pal.* 1937. 2.358.

CHAPITRE I - LA FINALITE DE RECHERCHE : LA PROTECTION DES PROTAGONISTES DE LA RECHERCHE GENETIQUE

348. Dès 1859, la jurisprudence avait admis que l'expérimentation sur un homme malade était licite à la condition d'être commandée par un but thérapeutique[488]. En revanche, elle proscrivait les recherches scientifiques qui ne tendaient pas à guérir le sujet de l'expérience[489]. De telles recherches, parce qu'elles n'étaient pas autorisées par le législateur, tombaient sous le coup de la loi pénale[490]. En effet, la loi, en organisant la profession médicale, ne donnait aux médecins que le pouvoir de soigner leurs malades.

Ce n'est qu'au terme d'une longue évolution que les essais sur l'homme, sain ou malade, sans finalité thérapeutique ont été admis. Alors que la déclaration d'Helsinki, adoptée par l'Assemblée médicale mondiale en 1964[491], admettait, pour la première fois, la licéité de la recherche purement scientifique et sans finalité diagnostique ou thérapeutique à l'égard du patient, il a fallu attendre la loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales[492] pour que soient reconnues, en France, les recherches sans bénéfice individuel direct. L'admission de la licéité de ces recherches était une condition *sine qua non* au développement de la génétique, dans la mesure où la compréhension des mécanismes qui mènent à l'apparition d'une maladie à composante génétique est un préalable indispensable à la recherche avec bénéfice individuel direct, qui permettra de déterminer les moyens visant à en prévenir le déclenchement.

Avant de déterminer la manière dont le droit appréhende la recherche génétique, il est nécessaire d'en comprendre les étapes.

---

[488] Trib. corr. Lyon, 15 décembre 1859, *D.P.*1859.III. 88.
[489] Trib. civ. de la Seine, 16 mai 1935, *D.P.* 1936.II.9, note H. Desbois ; arrêt confirmatif : Paris, 11 mai 1937, *D.H.* 1937.340 ; *JCP* 1937.II .376 ; *Gaz. Pal.* 1937.2.379 ; *S.* 1938.II.71.
[490] Cass. crim., 1re juillet 1937, *préc*.
[491] Déclaration d'Helsinki adoptée par la 18e assemblée médicale mondiale en juin 1964 et complétée par la 29e assemblée médicale mondiale à Tokyo en octobre 1975, la 35e assemblée médicale mondiale à Venise en octobre 1983, et la 41e assemblée médicale mondiale à Hong-Kong en septembre 1989.
[492] *JO* 22 décembre.

Paragraphe préliminaire : les étapes de la recherche sur les prédispositions génétiques

349. La recherche scientifique sur les prédispositions génétiques vise à mettre en évidence la contribution génétique dans l'apparition de la maladie, puis à évaluer les rôles respectifs des facteurs génétiques et extérieurs dans le déclenchement de celle-ci.

350. La recherche implique une collaboration étroite entre deux sciences : l'épidémiologie et la biologie moléculaire. Alors que l'épidémiologie est une science qui se fonde sur l'observation et qui « étudie la fréquence et la répartition dans le temps et dans l'espace des problèmes de santé dans les populations humaines » (épidémiologie descriptive), « ainsi que le rôle des facteurs qui les déterminent » (épidémiologie explicative)[493], la biologie moléculaire porte sur l'analyse du gène.

351. Dans un premier temps, les études en biologie moléculaire ne peuvent être entreprises qu'à la suite d'études épidémiologiques rigoureuses[494]. L'épidémiologie permet, en effet, de déterminer les facteurs qui jouent un rôle causal dans l'apparition de la maladie en calculant le risque relatif, c'est-à-dire le rapport entre la fréquence de la maladie dans le groupe exposé à un facteur de risque et la fréquence de la maladie dans le groupe non exposé à celui-ci[495]. Elle démontre ainsi qu'une maladie est familiale, en révélant que la maladie chez les apparentés du malade est plus fréquente que dans la population générale, et explique que ces excès de cas familiaux sont dus à des facteurs génétiques (méthode des jumeaux, études des enfants adoptés)[496].

---

[493] M. GOLBERG, *L'épidémiologie sans peine,* éd. Frison-Roche, 1995, p.93.
[494] CCNE, *Avis sur le recensement des glaucomateux en France et la localisation chromosomique du (ou des) gène(s) responsable(s),* n°33, 19 janvier 1993.
[495] M. GOLBERG, *préc.*, p.125 : Le risque relatif (RR) = Incidence de la maladie chez les exposés / incidence de la maladie chez les non exposés. « Si le facteur étudié ne joue aucun rôle causal, il ne doit pas exister de différence d'incidence entre les sujets exposés et les non exposés : dans ce cas, le risque relatif est égal à un ; s'il est supérieur à 1, cela signifie que la présence du facteur entraîne une augmentation de la probabilité d'apparition de la maladie. (...) Le risque relatif est donc la mesure du rôle étiologique du facteur de risque ».
[496] J. FEINGOLD, *Génétique des maladies communes,* dans, *Médecine de l'homme,* 1993, n°208, p.26.

352. Une fois les facteurs génétiques mis en évidence par les études épidémiologiques, les chercheurs en biologie moléculaire analysent la composante génétique de la maladie en localisant et en identifiant les gènes de prédisposition[497].

353. La localisation et l'identification des gènes de prédisposition permettent aux chercheurs de mettre au point des tests génétiques, mise au point facilitée par l'apparition de technologie des « biopuces » ou puces d'ADN, depuis les années 1990[498]. En effet, une biopuce est un support en verre ou en silicium sur lequel ont été fixés des morceaux d'ADN dont la séquence et la localisation sont connues. Par hybridation, « chacune de ces séquences peut se coupler avec l'ADN complémentaire contenu dans une solution comprenant l'ADN cellulaire dont on veut effectuer l'analyse. La présence du double brin ainsi formé (...) est ensuite détectée par un procédé optique ou électrique. (....)On reconnaît ainsi un matériel génétique significatif d'une mutation ou d'une susceptibilité à une maladie donnée»[499].

354. La valeur prédictive des tests génétiques devra ensuite être évaluée. Pour ce faire, les chercheurs devront recourir à des indices, tels la sensibilité et la spécificité, utilisés en épidémiologie[500]. La sensibilité du test indique la probabilité qu'une personne, identifiée par le test comme porteuse d'une prédisposition, en soit effectivement porteuse. La spécificité d'un test de prédisposition est un indice qui mesure l'aptitude à éliminer la prédisposition quand elle n'existe effectivement pas. Il est donc nécessaire de prendre en compte, d'une part, la proportion des « faux positifs » (sujets qui n'ont, en réalité, pas de gènes de prédisposition, mais pour lesquels le test révèle ces gènes) ou des « faux négatifs » (sujets qui sont prédisposés mais que le test n'a pas diagnostiqué).

355. A partir de ces deux indices, il sera possible de déterminer la valeur prédictive positive et négative du test génétique. Positive, la valeur prédictive correspond à la probabilité d'une personne, identifiée par le test comme étant prédisposée, d'être malade. Elle est dépendante de la notion de pénétrance du caractère génétiquement étudié, c'est-à-dire de « la probabilité qu'un sujet porteur

---

[497] J. FEINGOLD, *préc.,* p. 28, *supra* n°17 et s.
[498] OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, *Rapport sur Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique,* F. Sérusclat, Assemblée Nationale, n°1871 et Sénat n°20, octobre 1999, p.37 et s. et 150.
[499] L. ZEYN, *Biotechnologies : l'irrésistible ascension des biopuces*, *Les Echos,* 18 octobre 1999.
[500] M. GOLBERG, *préc.*, p.170 à 178.

d'une mutation morbide aura d'être phénotypiquement atteint »[501]. La pénétrance, qui mesure le rapport entre le nombre de sujets phénotypiquement atteints et le nombre de sujets porteurs de la mutation morbide[502], est « incomplète » pour les gènes de prédisposition à la maladie, nécessaires mais non suffisants à la manifestation de la maladie.

356. La valeur prédictive négative du test calcule la probabilité d'une personne d'être non malade quand le test révèle qu'elle n'est pas porteuse d'une prédisposition. Cette valeur peut, néanmoins, être incertaine dans la mesure où les sujets non porteurs d'une prédisposition génétique « courent un risque, parfois très important, d'être atteint de la maladie, soit dans des formes non héréditaires, soit dans des formes résultant d'autres mutations encore inconnues »[503].

357. Après que le risque de la personne à contracter ou à transmettre une maladie a été identifié, il est nécessaire d'évaluer les rôles respectifs des facteurs extérieurs et génétiques, afin de déterminer le risque morbide de ceux qui sont génétiquement prédisposés.

Le facteur extérieur est facilement identifiable lorsque le risque génétique de la personne consiste à transmettre la maladie à ses enfants. En effet, une telle prédisposition génétique concerne les maladies récessives autosomiques dont le mode de transmission est connu et suit les lois de Mendel. Ainsi, l'individu hétérozygote pour une maladie autosomique récessive, transmettra cette maladie à 1 enfant sur 4 si, et seulement si, il s'apparie avec un autre hétérozygote[504].

En revanche, les facteurs environnementaux qui déclenchent la prédisposition à la maladie sont peu connus. Seules des études épidémiologiques permettent de les analyser. Elles évaluent « l'impact quantitatif » des facteurs de risque par le calcul du risque attribuable. Le risque attribuable est une notion épidémiologique qui « permet de connaître la proportion de cas d'une maladie qu'on peut attribuer au rôle d'un facteur de risque, ainsi que le nombre de sujets atteints de son fait dans la population »[505]. Celui-ci est complémentaire du risque relatif, car si ce dernier permet d'établir une relation de causalité entre l'exposition à la maladie et sa

---

[501]CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »*, n°46, Rapport scientifique, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p. 23.
[502] J.- L. SERRE et J. FEINGOLD, *Génétique humaine, De la transmission des caractères à l'analyse de l'ADN,* Inserm Nathan, 1995, p.37 et p.138.
[503] CCNE, *préc., ibid.*
[504] *Supra* n°11 et 24
[505] M. GOLDBERG, *préc.*, p.149.

fréquence, le risque attribuable permet d'évaluer les conséquences de l'exposition au facteur de risque[506].

358. La recherche génétique porte une double atteinte à l'intégrité de celui qui s'y prête : physique, parce qu'elle implique un prélèvement de sang afin de procéder à l'analyse des gènes, et morale, car la recherche nécessite que des renseignements sur la personne soient recueillis et traités par informatique. Si la recherche ne peut être réalisée sans que la protection de la personne qui s'y prête soit assurée (Section I), l'intérêt collectif attaché au développement de la génétique implique, également, de protéger le travail des chercheurs (Section II).

SECTION I - LA PROTECTION DES PERSONNES SOUMISES A LA RECHERCHE GENETIQUE

359. La protection de la personne qui se prête à la recherche génétique est assurée par la loi qui encadre la réalisation des recherches (§1) et qui pose les modalités de son contrôle (§2).

§ 1 - La réalisation de la recherche génétique encadrée par la loi

360. « Aujourd'hui la méthode la plus souvent utilisée pour parvenir à isoler des gènes de maladies, ou des gènes de susceptibilité à des maladies, consiste à prélever des patients ayant une susceptibilité particulière vis-à-vis de ces maladies et leur famille »[507].

---

[506] M. GOLDBERG, *préc.* ,p. 149 et 150 : Il y a lieu de distinguer « le risque attribuable pour les exposés » du « risque attribuable dans la population ». Le risque attribuable pour les exposés (ou fraction étiologique : FR) mesure la proportion des cas de la maladie qu'on peut attribuer au facteur de risque parmi les sujets exposés à ce facteur (pourcentage des cas de cancer du poumon dus au tabagisme parmi les fumeurs). (FR = RR-1/ RR) ex : si la fraction étiologique est de 0,8, cela veut dire que 80% des cas survenus chez les sujets exposés peuvent être attribués à l'exposition au facteur de risque, et auraient pu être évités. Le risque attribuable dans la population (PRA) mesure la proportion de cas de maladie qu'on peut attribuer au facteur de risque dans l'ensemble de la population . (PRA = p (RR-1)/ pRR+(1-p). RR est le risque relatif, p est la proportion de personnes exposées au facteur de risque dans la population.

[507] A. KAHN, *La recherche en génétique : collecte et conservation d'échantillons biologiques et de données,* dans, CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n° 46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p.105.

Les prélèvements de dizaines, de centaines, voire de milliers d'échantillons biologiques sont regroupés dans une collection. Aux termes de l'article L.145-16-1 alinéa 2 du Code de la santé publique la collection est « la réunion, à des fins de recherche génétique, de prélèvements biologiques effectués sur un groupe de personnes identifiées et sélectionnées en fonction des caractéristiques cliniques ou biologiques d'un ou plusieurs membres du groupe, ainsi que des dérivés de ces prélèvements ». Les échantillons biologiques désignent soit « les cellules prélevées chez les membres d'une famille au sein desquelles s'exprime le caractère étudié », soit « l'ADN purifié à partir de ces cellules »[508].

L'utilisation de ces collections à des fins de recherche génétique implique que chaque échantillon soit associé à des données permettant d'en identifier les donneurs. De telles données sont, en général, informatisées, afin d'en faciliter l'accès aux chercheurs.

Ainsi, parce qu'elles supposent une atteinte à l'intégrité physique, les études génétiques de prédisposition, réalisées à partir de ces collections, sont soumises aux dispositions du Livre II *bis* du Code de la santé publique, relatives à la protection des personnes participant à des recherches biomédicales (A).

De même, l'utilisation de l'informatique, qui est un outil indispensable à ce type de recherche, doit être conciliée avec le droit au respect de la vie privée[509]. Les traitements de données nominatives ayant pour fin une recherche dans le domaine de la santé doivent donc respecter les dispositions de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, complétée par la loi n°94-548 du 1er juillet 1994[510] (B).

---

[508] MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Rapport sur la protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN,* 10 juin 1994.

[509] CNIL, *Délibération n°97-008 du 4 février 1997 portant adoption d'une recommandation sur le traitement des données de santé à caractère personnel;* CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation n°R(97)5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection des données médicales,* 13 février 1997.

[510] Loi n°94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO 2 juillet.*

A) L'utilisation des collections d'échantillons biologiques à des fins de recherche génétique

361. Ne constituant ni des «essais», ni des « expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain », au sens de l'article L.209-1 du Code de la santé publique, les études génétiques de prédisposition, réalisées à des fins de recherche, n'auraient pas dû, toujours, entrer dans le champ d'application de la loi relative aux recherches biomédicales

En effet, si le texte d'origine de l'article L.209-1 du Code de la santé publique mentionnait «les essais, études ou expérimentations», les chercheurs jugèrent que les contraintes imposées par la loi aux simples études, notamment en épidémiologie, étaient trop lourdes. Le champ d'application de la loi fut donc réduit aux seuls « essais et expérimentations » par l'article 35-1 de la loi du 23 janvier 1990. Depuis lors, les études ne sont plus, en principe, soumises aux dispositions du Code de la Santé publique, sauf si elles nécessitent un prélèvement ou un acte invasif sur le corps humain[511]. Les prélèvements d'échantillons biologiques réalisés dans le but de rechercher un gène déterminé de prédisposition auraient alors relevé du champ d'application de la loi. Mais, dans la mesure où ces échantillons permettent la réalisation d'autres études génétiques que celles qui avaient été prévues à l'époque du prélèvement, il aurait été douteux que de telles études, qui n'auraient pas nécessité un nouvel acte invasif sur le corps, fussent soumises aux dispositions de la loi.

362. Afin que l'ensemble des études génétiques, qu'elles impliquent ou non un prélèvement d'échantillons biologiques, soit régi par les dispositions du Code de la santé publique relative à la recherche biomédicale, l'article L. 145-15 alinéa 2 du C.S.P., introduit par la loi n°94-654 du 29 juillet 1994, dispose ainsi que « les examens (...) à des fins de recherche scientifique sont régis par les dispositions du livre II *bis* du présent code »[512].

363. Pour pouvoir être réalisées à des fins de recherche, les études génétiques de prédisposition devront satisfaire à certaines conditions cumulatives, posées par

---

[511] C. CHABERT-PELTAT, *L'expérimentation sur l'être humain, Gaz. Pal.* 1991.2.563 ; ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat (n°1214), tendant à modifier le livre II bis du code de la santé publique,* J.-F. Mattéi, n°1291, 31 mai 1994, p.22.

[512] *Guide pratique -Loi du 20 décembre 1988 modifiée sur la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales,* Doins Editeurs/ Assistance Publique Hôpitaux de Paris, 1995, p.12.

la loi. Ainsi, l'article L.209-2 du Code de la santé publique dispose qu'aucune « recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain :

- si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ;
- si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ;
- si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition. »

364. La recherche génétique ne comporte pas toujours le même bénéfice pour les personnes qui s'y prêtent. En effet, deux catégories de recherche sont, traditionnellement, distinguées, celles avec un bénéfice individuel direct et celles sans bénéfice individuel direct (1). Afin de protéger l'intégrité des personnes, le législateur encadre les risques de ces deux recherches(2).

(1) Les catégories de recherche génétique

365. La recherche avec bénéfice individuel direct est celle « dont on attend un bénéfice direct pour la personne qui s'y prête » (article L.209-1 alinéa 2). *A contrario*, sont des recherches sans bénéfice individuel, celles dont « il est acquis qu'aucun des participants ne peut en tirer un bénéfice immédiat »[513]. Ainsi, la localisation et l'identification des gènes de prédisposition dans une finalité de recherche sans bénéfice individuel (a) permettra ensuite au chercheur d'effectuer une recherche, par laquelle celui qui s'y soumet recueillera un bénéfice individuel direct (b).

a - La recherche génétique sans bénéfice individuel direct

366. Si la loi a distingué les recherches, non pas en fonction des personnes qui s'y prêtent (malade ou non) mais en fonction de leur objectif, il en résulte que la recherche sans bénéfice individuel direct peut porter sur des « volontaires sains » mais aussi sur des personnes malades, dès lors que celles-ci ne recueillent aucun

bénéfice de la recherche, parce que cette dernière n'a pas pour objectif de soigner la maladie dont souffrent ces personnes.

367. « L'identification des gènes spécifiant des caractères particuliers, notamment la susceptibilité des maladies humaines » implique que soient prélevées des cellules « chez les membres des familles au sein desquelles s'exprime le caractère étudié »[514]. Une telle recherche, qui nécessite de recueillir les cellules, non seulement, sur la personne atteinte de la maladie, mais aussi sur les membres de sa famille non malades, est une recherche sans bénéfice individuel : il s'agit d'une recherche fondamentale permettant de reculer les limites de la connaissance scientifique, mais sans application spécifique[515].

368. Parce qu'une telle recherche ne comporte aucun bénéfice pour la personne qui s'y soumet, la loi, d'une part, en limite la réalisation sur certaines personnes vulnérables, et, d'autre part, admet, en principe, l'indemnisation des participants.

369. La loi limite l'admission des recherches sans bénéfice individuel qui portent sur des personnes particulièrement vulnérables, soit en posant des conditions restrictives à leur réalisation, soit en les interdisant.

370. Les mineurs, les majeurs protégés par la loi et les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que la recherche ne peuvent être sollicités pour une recherche génétique sans bénéfice individuel direct qu'à la triple condition que la recherche ne présente « aucun risque prévisible sérieux pour leur santé », qu'elle soit utile « à des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap », et qu'elle ne puisse pas être réalisée « autrement» (article L.209-6 C.S.P.). Il pourrait en être ainsi lorsque, par exemple, en raison de la rareté de la maladie génétique pour laquelle est suspectée une prédisposition familiale, le seul moyen, dont dispose les chercheurs pour localiser et identifier les gènes de prédisposition, consiste à prélever des échantillons biologiques sur chacun des membres d'une même famille dont l'incapable fait partie.

371. La loi pose également, à l'égard des femmes enceintes, des parturientes et des mères qui allaitent, des conditions strictes pour admettre leur participation à une recherche sans bénéfice individuel direct. Ces conditions excluent que ces

---

[513] *Un premier bilan des comités consultatifs de protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales,* mémoire collectif dir. M. Gobert et J.-M. de Forges, 1994, LGDJ, p.29.

[514] MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Rapport sur la protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN,* 10 juin 1994.

femmes puissent néanmoins se prêter à une telle recherche portant sur les gènes de prédisposition. En effet, la loi exige que les recherches sans bénéfice individuel direct soient « utiles à la connaissance des phénomènes de la grossesse, de l'accouchement, ou de l'allaitement » et qu'elles ne puissent « être réalisées autrement » (article L.209-4 du Code de la santé publique), ce à quoi ne tendent pas l'identification et la localisation des gènes de prédisposition.

372. De même, les « personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative », les « malades en situation d'urgence » et les « personnes hospitalisées sans consentement en vertu des articles L. 333 et L. 342 qui ne sont pas protégés par la loi » ne peuvent jamais se prêter à une recherche sans bénéfice individuel, selon l'article L.209-5 du C.S.P., et donc à une recherche génétique qui vise à localiser et à identifier les gènes de prédisposition.

373. Lorsque les recherches sans bénéfice individuel direct peuvent être réalisées, le législateur, « conscient que sans une incitation pécuniaire, il n'y aurait pas beaucoup de candidats à des recherches sans bénéfice individuel direct »[516] , admet, en principe, qu'une indemnité puisse leur être versée. Celle-ci, qui n'est plus obligatoire depuis que la loi n°94-630 du 25 juillet 1994 a modifié l'article 209-15 du Code de la santé publique, devrait, néanmoins, être exclue lorsque la recherche génétique nécessite de prélever des échantillons biologiques. En effet, la constitution de la collection repose sur le don de cellule par la personne. En vertu de l'article L.665-13 du Code de la santé publique « aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés.»

374. Une fois que la recherche sans bénéficie individuel direct aura localisé et identifié les gènes de prédisposition, une recherche avec bénéfice individuel direct pourra être mise en œuvre.

---

[515] D.P.B.B., *Recherches biomédicales sur l'homme,*n°12.
[516] D.P.B.B., *Statut du corps humains, de ses éléments et produits,* n°52.

b - La recherche génétique avec bénéfice individuel direct

375. La collection d'échantillons biologiques peut être utilisée afin de mettre en œuvre des tests diagnostiques ou de contrôle[517].

Une recherche qui tend à élaborer un test génétique de prédisposition n'est pas exclue de la qualification de recherche avec bénéfice individuel direct du seul fait qu'elle n'a pas pour objet de soigner la personne. En effet, en substituant à la notion de recherche à finalité thérapeutique directe, initialement introduite dans le Code de la santé publique, celle de recherche avec bénéfice individuel direct, le législateur marque sa volonté d'intégrer dans le champ d'application de la loi les recherches à visée diagnostique[518].

376. La notion de bénéfice individuel direct se révèle, néanmoins, en inadéquation avec « la réalité, qui est celle d'un bénéfice simplement potentiel » à la personne[519]. En outre, l'application de cette notion floue oblige à distinguer selon que le diagnostic de prédisposition est ou non suivi de mesures de prévention. Dans le cas où la recherche révélerait au participant sa prédisposition en lui indiquant les moyens d'en éviter la réalisation, elle comporterait un bénéfice individuel direct. En revanche, la recherche qui viserait à déterminer la valeur prédictive d'un test génétique, sans indiquer les moyens de prévention de la maladie, ne procurerait pas nécessairement un bénéfice, même potentiel, pour tous ses participants. Alors qu'une telle recherche pourrait comporter un bénéfice psychologique pour celui qui apprendrait n'être pas porteur du risque, elle ne serait d'aucune utilité immédiate pour le participant prédisposé. En principe, lorsque la recherche présente un bénéfice pour une partie au moins des individus qui s'y prêtent, cette recherche doit être qualifiée, dans son ensemble, de recherche avec bénéfice individuel direct. Pour la mise en œuvre de cette solution, un doute existe pour savoir si un bénéfice

---

[517] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »*, n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p.16.

[518] L'ancien article L. 209-1 du C.S.P., issu de la loi n°88-1138 du 20 décembre 1988, qui distinguait « les recherches dont on attend un bénéfice thérapeutique direct » des recherches « sans finalité thérapeutique direct », a été modifié par la loi n°90-86 du 23 janvier 1990 ; C. CHABERT-PELTAT, *L'expérimentation sur l'être humain, Gaz. Pal.* 1991.2.563.

[519] *Un premier bilan des comités consultatifs de protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales,* mémoire collectif dir. M. Gobert et J.-M. de Forges, 1994, LGDJ, p.30.

psychologique peut être pris en compte[520]. Si tel était le cas, les recherches génétiques qui tendent à diagnostiquer les prédispositions, sans que les mesures de prévention soient connues, seraient alors des recherches avec bénéfice individuel direct. En l'absence de précision de la loi, il nous semble, néanmoins, que celles-ci devraient être qualifiées de recherches sans bénéfice individuel direct : en effet, quand bien même le résultat d'un test génétique peut procurer un bénéfice pour certains des participants non prédisposés, ceux qui apprennent être porteurs d'une prédisposition, dont on ne connaît pas les moyens de prévention, non seulement ne recueillent aucun bénéfice de cette étude, mais surtout, risquent de subir un trouble psychologique. L'existence de ce risque justifie que les chercheurs, avant de réaliser la recherche, indiquent aux personnes qui s'y soumettent qu'aucun résultat ne leur sera communiqué[521]. Mais, l'absence d'une telle information, si elle permet d'éviter le risque psychologique des personnes prédisposées, empêche celles qui ne sont pas porteuses d'une prédisposition de recueillir un bénéfice de la recherche. La recherche qui vise à évaluer le risque probabiliste de prédisposition sans qu'aucune conduite préventive puisse être conseillée est donc une recherche sans bénéfice individuel direct, à la différence de celle qui tend à déterminer les moyens de préventions au déclenchement de la prédisposition.

377. L'intérêt de qualifier les études génétiques de recherches avec bénéfice individuel direct résulte de ce que la loi, qui refuse aux détenus, aux malades en situation d'urgence et aux personnes hospitalisées sans consentement, d'être l'objet de recherches purement cognitives, admet que ces personnes puissent se prêter aux recherches dont on attend « un bénéfice direct et majeur pour leur santé » (article L.209-5 du C.S.P.)[522]. Une recherche visant à déterminer les mesures préventives destinées à empêcher le développement d'un processus pathologique lié à une prédisposition pourrait procurer un tel bénéfice à ces personnes. Néanmoins, la notion de bénéfice majeur, dès lors qu'elle n'est pas définie par le législateur, est soumise à l'appréciation subjective des chercheurs qui pourront l'interpréter soit dans un sens extensif en considérant qu'elle inclura la prévention, soit dans un sens restrictif en la réservant aux actes curatifs.

---

[520] Mémoire, *préc.* ; CCNE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche,* n°58, 12 juin 1998 : Le CCNE recommande au législateur de préciser la distinction entre « recherche avec bénéfice individuel direct » et « recherche sans bénéfice individuel » pour la santé.

[521] MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Rapport sur la protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN,* 10 juin 1994 : les participants seront informés par voie générale de l'état d'avancement des recherches.

378. Si la recherche qui vise à localiser et à identifier des gènes de prédisposition est une recherche sans bénéfice individuel direct, celle qui permet de mettre au point un test diagnostique des prédispositions doit, au contraire, être qualifiée de recherche avec bénéfice individuel direct, à condition que les mesures de préventions du déclenchement de la prédisposition soient connues . Qu'elle soit ou non réalisée aux fins de bénéficier directement et individuellement à la personne, la recherche est encadrée par la loi en raison de ses risques.

(2) Les risques de la recherche génétique

379. La loi tend à limiter les risques de la recherche génétique (a) et garantit la réparation des dommages qui résulteraient de leur réalisation (b).

a - La limitation des risques de la recherche génétique

380. Le législateur, conscient de ce que la recherche fait nécessairement courir des risques à la personne, a tenté de les circonscrire en imposant le respect de la proportionnalité entre les risques et le but recherché de l'étude.

En effet, l'article L.209-2 du Code de la Santé publique énonce que « le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche ne doit pas être hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de la recherche ». Empruntée à la théologie morale[523], la règle de la raison proportionnée, qui impose au médecin de s'abstenir si les risques de la recherche sont supérieurs à l'intérêt de celle-ci pour le participant, s'appréciera différemment selon l'objectif de la recherche génétique.

381. S'agissant d'une recherche génétique avec bénéfice individuel dont la finalité se rapproche d'une finalité médicale[524], la comparaison entre les risques de l'acte et ses bienfaits concerne la même personne et est donc effectuée de la même façon qu'au cours d'un acte médical commun[525]. Aussi le chercheur doit-il

---

[522] La nécessité d'un bénéfice majeur est surprenante dans la mesure où cette exigence se retourne contre ces individus.
[523] A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne,* LGDJ, 1960, n°436., p. 300.
[524] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat (n°1214), tendant à modifier le livre II bis du code de la santé publique,* J.-F. Mattéi, 31 mai 1994, n°1291, p.17.
[525] D.P.B.B., *Recherches biomédicales sur l'homme,* n°48.

s'abstenir de réaliser la recherche lorsque ses risques sont excessifs[526] par rapport aux bénéfices procurés à la personne qui s'y prête. Si le risque physique lié au prélèvement d'échantillons biologiques sur une personne est négligeable, en revanche, un trouble psychologique peut résulter de la connaissance des résultats de l'étude génétique de prédisposition, effectuée à partir de ces prélèvements. Le chercheur devra évaluer ce risque avant de réaliser un prélèvement dans le but de déceler les prédispositions génétiques de l'individu. En présence d'un risque sérieux, l'exclusion de l'individu concerné du protocole dépendra de la volonté de la personne de se soumettre aux mesures de prévention tendant à éviter l'apparition de la maladie. En effet, seul pourra être inclus dans la recherche, le sujet qui accepterait d'appliquer les mesures de prévention, s'il s'avérait prédisposé, dans la mesure où le trouble psychologique, généré par la connaissance d'une prédisposition, pourrait alors être limité par l'indication des moyens prévenant le déclenchement de la maladie.

382. Dans les recherches sans bénéfice individuel direct, les risques de la recherche pour la personne sont appréciés, par hypothèse, non plus en comparaison des bienfaits qu'elle peut en recueillir, mais par rapport à l'intérêt collectif de la recherche. Dès lors, la loi est plus exigeante dans la détermination du risque acceptable et reconstruit « une proportionnalité en abaissant au minimum le seuil de risques »[527]. A trois reprises, elle précise qu'aucun risque prévisible sérieux ne peut justifier la réalisation d'une telle recherche (articles L.209-4, L.209-5 et L.209-14 C.S.P). Outre que la notion de risque prévisible sérieux est imprécise[528], son application au trouble psychologique varie selon la personnalité du sujet. Le sujet choisi pour une étude sur les prédispositions génétiques en raison des facteurs de risques qu'il présente sera nécessairement inquiet. Il conviendra au chercheur d'apprécier au cas par cas si cette anxiété peut devenir pathologique, et d'exclure, le cas échéant, le sujet du protocole.

383. Lorsque les risques de la recherche génétique se réalisent, en causant un préjudice à celui qui s'y est prêté, la loi prévoit le régime de sa réparation.

b - La réparation du préjudice lié à la réalisation du risque de la recherche génétique

---

[526] Cass. civ. 1re, 18 décembre 1979, *Bull. civ.* I, n°323, p.263 ; *D.*1981.somm.256, obs. J. Penneau ; Voir la distinction des actes matériels de disposition et d'administration, *Supra* n°. 65 et s., spéc., n°68

[527] D.P.B.B., *Recherches biomédicales sur l'homme,* n°49.

[528] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat (n°1214), tendant à modifier le livre II bis du code de la santé publique,* J.-F. Mattéi, n°1291, 31 mai 1994, p.38.

384. Selon que la recherche est effectuée avec bénéfice individuel direct ou sans bénéfice individuel direct, la loi prévoit deux régimes spéciaux de responsabilité du fait des dommages causés par la recherche.

385. La loi institue, pour les recherches sans bénéfice individuel direct, un principe de responsabilité sans faute. En effet, au titre de l'article L.209-7, le promoteur assume « même sans faute, l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit ».

386. Le deuxième régime de responsabilité concerne les recherches avec bénéfice direct : l'article L.209-7 du Code de la santé publique prévoit, à leur égard, un régime de responsabilité pour faute présumée, en disposant que le promoteur, c'est-à-dire la personne physique ou morale qui prend l'initiative de la recherche[529], assume l'indemnisation des dommages causés à la personne et à ses ayants droit « sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant ».[530]

387. Afin de garantir la responsabilité civile du promoteur, l'article L.209-7 du Code de la santé publique exige qu'il souscrive une assurance. Le contrat d'assurance doit respecter les conditions d'assurance énoncées par les articles R. 2047 à R.2053 du Code de la santé publique[531], sauf si ses dispositions sont plus favorables à la victime ou à ses ayants droit. Ce contrat peut prévoir des clauses excluant la garantie dans certains cas énoncés par l'article R.2048[532]. L'article R.2049 fixe des minima de garantie à hauteur de 5 millions de francs par victime, 30 millions par protocole de recherche et 50 millions par année. L'article R.2051 interdit à l'assureur d'opposer à la victime ou à ses ayants droit, outre une franchise par victime si elle a été prévue dans le contrat, le fait que la recherche ait été réalisée sans le consentement de la personne qui s'y est prêtée ou malgré le

---

[529] Article L. 209-1 du C.S.P. Les investigateurs sont les personnes physiques qui dirigent et surveillent la réalisation de la recherche.

[530] J. PENNEAU, *Le cas particulier de la recherche médicale,* dans, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique,* dir. D. Truchet, Sirey, 1995, p. 45, spéc. p. 46-47, qui relève que le caractère diabolique de la preuve de l'absence de faute conduit, en fait, à rapprocher ce régime de celui de la recherche sans bénéfice individuel direct.

[531] Décret du 14 mai 1991 modifié par le décret du 1er octobre 1997

[532] Lorsque la recherche n'a pas été faite dans les conditions prévues à l'article L.209-3 (non dirigée et surveillée par un médecin, non réalisée dans des conditions matérielles et techniques adaptées et compatibles avec la rigueur scientifique et de sécurité des personnes), lorsque le consentement de la personne n'est pas conforme à la loi, lorsque la recherche a été réalisée sans l'avis d'un comité consultatif de protection des personnes qui

retrait de son consentement ainsi que la déchéance du contrat et la réduction proportionnelle d'indemnité, en cas de déclaration inexacte de bonne foi de son risque par le promoteur.

388. L'assureur prend en charge les réclamations adressées à l'assuré par les victimes pendant la recherche et les dix années qui suivent la fin de la recherche. Or, alors même que la responsabilité du promoteur est contractuelle, l'article L.209-22 du Code de la santé publique soumet toute action en indemnisation des dommages résultant de la recherche à la prescription prévue à l'article 2270-1 du Code civil : le promoteur doit donc répondre des dommages pendant dix ans à partir du jour de la manifestation du dommage ou de son aggravation. Il en résulte que, si le dommage subi par la victime se manifeste plus de 10 ans après la fin de la recherche, le promoteur devra le réparer sans qu'il puisse être couvert par l'assurance[533].

389. La recherche génétique, outre qu'elle implique une atteinte à l'intégrité physique de la personne justifiant l'application des dispositions du Code de la santé publique relatives aux recherches biomédicales, exige la collecte d'un volume important d'informations relatives aux personnes soumises à cette recherche. Le traitement de ces informations nominatives, élément de la vie privée de la personne, recourt souvent à l'informatique. En conséquence, la recherche génétique devra être menée en conformité avec la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

B) L'utilisation de l'informatique à des fins de recherche génétique

390. Les informations nominatives nécessaires à la recherche génétique sont aussi nombreuses que variées : ainsi, les études épidémiologiques qui permettent, grâce aux enquêtes dites « cas-témoins », de mettre en évidence un facteur génétique dans l'apparition d'une maladie[534], impliquent de collecter des renseignements individuels et familiaux sur les personnes atteintes de la maladie (cas) et celles qui ne le sont pas (témoins). De même, l'utilisation de la collection d'échantillons biologiques, aux fins d'identifier des gènes porteurs de caractères particuliers et montrant la susceptibilité à des maladies, exige que chacun des

---

se prêtent à des recherches biomédicales, lorsque la recherche n'a pas été déclarée au ministre de la santé, lorsque les lieux de recherche sans bénéfice n'ont pas été habilités.

[533] J. PENNEAU, *Le cas particulier de la recherche médicale, préc.,* p. 48.

[534] M. GOLBERG, *L'épidémiologie sans peine,* éd. Frison-Roche, 1995, p.137.

échantillons soit référencé de telle manière que la personne, qui a donné ses cellules, puisse être identifiée[535]. En outre, pour analyser le lien causal entre les facteurs génétiques et environnementaux, les études de cohorte, qui suivent un groupe de personnes indemnes de la maladie dont un sous-groupe est exposé à un risque environnemental que l'on soupçonne déclenchant de la maladie[536], obligent également à recueillir les données génétiques et environnementales des personnes concernées[537].

La spécificité des traitements informatiques de données nominatives à des fins de recherche a justifié que le législateur, le 1er juillet 1994, complète la loi du 6 janvier 1978 par des dispositions spécifiques, insérées au chapitre V *bis*. Tout en précisant les modalités de la collecte de données nominatives à des fins de recherche (1), la loi pose des garanties afin que l'exploitation de ces données ne porte pas atteinte à la vie privée des personnes (2).

(1) Les modalités de la collecte de données nominatives nécessaires à la recherche génétique

391. Selon l'article 4 de la loi du 6 janvier 1978, « sont réputées nominatives (…) les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent ». Les informations traitées par informatique, dans une finalité de recherche génétique, peuvent être recueillies selon deux modalités par l'organisme de recherche : ces données peuvent être collectées soit indirectement par l'intermédiaire d'un médecin qui les transmet à l'organisme de recherche (a), soit directement auprès de la personne concernée (b).

---

[535] H. GAUMONT-PRAT, *Informatique et génétique : quelle protection pour l'information génétique ?, Rev. jurid. d'Ile-de –France*, 1996, n°39/40, p.7 , spéc. p.34.
[536] M. GOLBERG, *préc.,* p. 126.
[537] Nous utilisons l'expression de « recherche génétique » dans un sens large, sans la limiter aux recherches biomédicales.

a - La collecte indirecte de données nécessaires à la recherche génétique

392. Les registres, qui ont pour objet de recenser d'une manière continue et exhaustive les cas de la pathologie que les chercheurs souhaitent étudier, afin de faire apparaître les liens de causalité entre les facteurs de risques génétiques et l'apparition de la maladie, sont souvent alimentés par des informations médicales transmises par les professionnels de la santé à l'organisme de recherche[538]. Une telle transmission par un médecin à l'organisme de recherche pose la question de la violation du secret médical. En effet, la transmission porte sur des données qui avaient été initialement recueillies pour un autre objet que pour la recherche génétique. Or, dans le but de protéger l'intimité du patient, le médecin est astreint au secret médical, lequel lui interdit de révéler à des tiers les informations médicales qu'il détient, sous peine de sanction pénale (article 226-13 du Code pénal). Si le patient, à qui le secret n'est pas opposable, ne délie pas le médecin de son obligation[539], seule une loi peut le faire.

393. Avant l'adoption de la loi du 1er juillet 1994, la plupart des fichiers constitués dans le cadre de la recherche génétique étaient illégaux, car le médecin n'était délié de son obligation de secret ni par la personne, dans la mesure où dans la majorité des cas son consentement à la transmission de ces données n'était pas recueilli en raison de l'impossibilité matérielle de contacter l'intéressé[540], ni par la loi Informatique et Libertés de 1978 qui n'apportait aucune dérogation à la règle du secret médical.

394. Dans sa recommandation du 19 février 1985[541], la CNIL attirait l'attention du gouvernement sur la nécessité qu'une loi autorisât les transmissions des données médicales entre médecins et organismes de recherche. Elle rappelait qu'en l'état

---

[538] N. LENOIR, *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française,* avec la collaboration de B. Sturlèse, Rapport au Premier ministre, Doc. Française, 1991, tome I, p.113.

[539] C.E., 11 février 1972, *JCP* 1973.17363, note R.Savatier ; *D.* 1972.426, note M. Le Roy *; Gaz. Pal.* 1972.2.somm.59, voir *infra* n°620 et s.

[540] N. LENOIR, *préc.,* p.116 : En effet, les données sont, dans bien des cas, « transmises postérieurement aux passages successifs des malades dans les système de soins ».

[541] CNIL, *Délibération n°85-07 portant adoption d'une recommandation sur les traitements automatisées d'informations médicales nominatives utilisées à des fins de recherche,* dans, *Les libertés et l'informatique. Vingt délibérations commentées,* Doc. Française, 1998, p. 19.

actuel, une telle transmission ne pouvait être, en principe[542], effectuée qu'après avoir informé les personnes concernées afin qu'elles puissent y consentir. De même, le CCNE, dans son avis du 6 mai 1985[543], s'il admettait l'application de la théorie du secret partagé en permettant au médecin traitant d'échanger des renseignements sur son patient avec l'organisme de recherche lorsqu'il y allait de l'intérêt direct du malade, subordonnait cet échange à son accord. Pourtant, cette théorie du secret partagé entre les médecins traitants et les médecins gestionnaires des registres était à la fois inutile et inadaptée. Inutile, car dès lors que son application était subordonnée à l'accord du patient, elle n'était qu'une illustration du principe selon lequel le patient peut, dans son intérêt, délier le médecin de son obligation au secret. Inadaptée, car méconnaissant la fonction de registres médicaux consistant à faire progresser les connaissances plutôt que de servir l'intérêt direct des malades[544], elle obligeait les chercheurs « à faire retour des données individualisées aux cliniciens et donc de porter une appréciation sur leur activité »[545]. Néanmoins, même si cette transmission était une condition de l'efficacité de la recherche, la personne, à propos de laquelle les données relatives à sa vie privée étaient transmises, devait être protégée.

395. Préconisée par la CNIL, par le CCNE mais aussi par différents rapports[546], une modification de la loi Informatique et Libertés de 1978 apparaissait nécessaire pour encadrer la circulation des données génétiques indispensable à la progression de la recherche. L'intervention du législateur était d'autant plus souhaitable que l'article 6 de la convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe, relative à la protection des personnes à l'égard des traitements informatisé des données à caractère personnel, interdit le traitement de données relatives à la santé, à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées[547].

---

[542] En application de l'article 42 du Code de déontologie (devenu l'article 35 alinéa 2), l'information n'a pas à être délivrée au malade tenu, pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience, dans l'ignorance de son état.

[543] CCNE, *Avis sur les registres médicaux pour les études épidémiologiques et de prévention,* n°4, 6 mai 1995.

[544] N. LENOIR, *préc.,* p.115.

[545] SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, A. Türk, n°209, 21 décembre 1993, p.44.

[546] CONSEIL D'ETAT, Section du rapport et des études présidée par G. BRAIBANT, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit,* Doc. Française, 1988, p.105 ; N. LENOIR, *préc.,*p.118.

[547] Approuvée par la loi n°82-890 du 9 octobre 1982, cette convention est entrée en vigueur le 1er octobre 1985.

396. Aussi la loi n°94-548 du 1er juillet 1994 a-t-elle inséré dans la loi Informatique et Libertés de 1978 des dispositions spécifiques à la recherche qui tendent à « établir un équilibre entre les exigences de la recherche épidémiologique et celles de la protection de l'intimité de la vie privée »[548].

Prévoyant une dérogation au secret professionnel en autorisant les membres des professions de santé à transmettre les données génétiques sur la prédisposition de leur patient à un organisme de recherche (article 40-3), elle subordonne cette transmission, effectuée dans l'intérêt exclusif de la recherche, non plus au recueil du consentement de la personne mais à son absence d'opposition[549] (article 40-4). L'établissement ou le professionnel de santé devra informer la personne par écrit d'une telle transmission afin de lui permettre d'exercer son droit d'opposition[550]. Il pourra être dérogé à l'obligation d'information si celle-ci se heurte à la difficulté de retrouver la personne concernée, ou si, pour des raisons légitimes que le médecin traitant apprécie en conscience, le malade est laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou pronostic grave (article 40-5).

397. Les données, si elles peuvent être transmises par un médecin à l'organisme de recherche, peuvent également être recueillies directement auprès de la personne concernée.

b - La collecte directe des données nécessaires à la recherche génétique

398. Les données peuvent être recueillies directement auprès de la personne, oralement ou par questionnaire écrit[551]. Alors que certaines données nominatives constituent l'objet principal de la recherche génétique, d'autres sont accessoires à la réalisation de celle-ci.

399. Les recherches, qui visent à évaluer précisément les rôles de facteurs de risques génétiques et environnementaux, imposent de collecter, à titre principal, des informations médicales et des informations relatives à l'environnement de la personne. Par exemple, dans le cadre de l'étude dite Suvimax, destinée à évaluer les

---

[548] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, J-F Mattéi, n°1057, 25 mars 1994, p.17.
[549] *Supra*, n°133 et s.
[550] Décret n°95-682 du 9 mai 1995 pris en application du chapitre V bis de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et modifiant le décret n°78-774 du 17 juillet 1978, art.25-20, *JO* 11 mai.
[551] Article 25-20 du décret précité.

effets de la supplémentation en vitamines et minéraux sur l'incidence, notamment, des cancers et des maladies cardio-vasculaires, les chercheurs ont sélectionné les volontaires à partir des résultats d'un questionnaire mettant en évidence « les caractéristiques socio-démographiques, l'état de santé actuel et passé, le mode de vie et les habitudes alimentaires des candidats »[552]. Les volontaires, qui recevaient soit le principe actif composé de minéraux et de vitamines, soit un placebo, transmettaient leurs données médicales et alimentaires par Minitel aux chercheurs.

400. D'autres données recueillies directement auprès de la personne, même si elles ne constituent pas l'objet principal de la recherche génétique, sont néanmoins nécessaires car elles en sont l'accessoire.

Ainsi, dès lors que la personne consent à un prélèvement d'échantillons biologiques, l'utilisation de ceux-ci par les chercheurs implique, à tout le moins, que l'auteur de ce prélèvement puisse être identifié. Dans l'étude Suvimax, afin de procéder à des examens et des bilans biologiques[553] sur les participants de la recherche, deux « sérothèques », que la CNIL a défini comme « des lieux de conservation de prélèvements d'échantillons biologiques »[554], ont été constituées par le centre de transfusion sanguine d'Annemasse et le centre de médecine préventive de Nancy. Ces centres étaient gérés à l'aide d'un système informatique permettant l'identification indirecte de l'auteur du prélèvement. En effet, chaque échantillon était référencé avec un numéro dont la correspondance avec le nom du patient était conservée par le centre qui avait adressé le prélèvement.

La constitution d'échantillons biologiques, lorsqu'elle est réalisée aux fins d'analyser la composante génétique d'une maladie, est associée à des fichiers informatisés contenant des données nominatives non seulement sur « l'origine des donneurs » mais aussi, « sur leur filiation », et sur les « données cliniques concernant les malades et des membres de leur famille »[555]. Ces données sont collectées directement auprès des personnes qui ont accepté un prélèvement. Mais, dans l'hypothèse où un membre de la famille du donneur a refusé un prélèvement, il y a lieu de se demander à quelles conditions des renseignements nominatifs le

---

[552] CNIL, *Délibération n°94-042 du 10 mai 1994 portant avis sur une recherche présentée par la CNAM (ISTA)sur les effets de la supplémentation en vitamines et minéraux antioxydants à dose nutritionnelle, sur l'incidence de certaines pathologies,* 15e Rapport d'activité de 1994, Doc. Française 1995, p. 279 et s.

[553] CNIL, *Délibération n°93-066 du 6 juillet 1993 portant avis sur une étude génétique sur le glaucome réalisée par l'INSERM,* dans, *14e Rapport d'activité de 1993*, Doc. Française 1994, p.201

[554] CNIL, *15e Rapport d'activité de 1994*, Doc. Française 1995, p. 275 et s.

concernant peuvent être recueillis. La CNIL, avant l'adoption de la loi du 1er juillet 1994 modifiant celle du 6 janvier 1978, imposait au donneur « de demander l'accord préalable des membres de leur famille avant de fournir des renseignements sur ces derniers »[556]. Néanmoins, depuis la loi du 1er juillet 1994, le recueil du consentement de la personne, s'il est exigé pour réaliser un prélèvement biologique identifiant, n'est pas nécessaire à la seule collecte d'informations nominatives. Aussi, le médecin traitant d'une personne malade peut transmettre des informations la concernant à un organisme de recherche, à moins qu'elle ne s'y oppose.

401. Si la loi a autorisé la collecte des données médicales, elle s'assure que l'utilisation de celles-ci ne porte pas atteinte à la vie privée de la personne en garantissant leur confidentialité.

(2) Le traitement de données nominatives dans une finalité de recherche génétique

402. La loi prémunit la personne contre les dangers d'atteintes à sa vie privée, inhérents à l'utilisation de l'informatique, en protégeant les données nominatives la concernant. Partant du principe que les informations en matière de recherche sont le plus souvent « des données à vocation statistique, qui ne sont que temporairement nominatives du point de vue de leur constitution et non de leur finalité »[557], la loi protège différemment les données qui font l'objet du traitement (a) et celles qui sont le résultat du traitement (b).

a - La protection des données traitées

403. La protection de l'information qui est l'objet du traitement est assurée en imposant des obligations aux chercheurs (i) et en reconnaissant des droits aux personnes dont les données sont traitées (ii).

---

[555] MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Rapport sur la protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN,* 10 juin 1994.

[556] CNIL, *Délibération n°93-066 du 6 juillet 1993 portant avis sur une étude génétique sur le glaucome réalisée par l'INSERM,* dans*, 14e Rapport d'activité de 1993*, Doc. Française 1994, p.203.

[557] PH. LAZAR, dans, ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la bioéthique,* n°2565, B. Bioulac, 18 février 1992, p.393.

i - Les obligations des chercheurs

404. Seule la confidentialité des données génétiques sur les prédispositions permet d'en garantir la protection. Pour ce faire, la loi Informatique et Libertés impose au responsable de tout traitement informatique de données de veiller à la sécurité des informations traitées, de respecter la finalité du traitement et leur interdit de conserver les données sous une forme nominative au-delà de la durée nécessaire à la recherche.

405. L'article 29 de la loi du 6 janvier 1978 dispose que celui qui ordonne ou effectue un traitement d'informations nominatives s'engage à prendre « toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité des informations et notamment d'empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés ». La violation de cette obligation est passible de sanctions pénales prévues par l'article 226-17 du Code pénal.

406. La sécurité des informations nominatives est garantie efficacement lorsque celles-ci sont rendues anonymes. Aussi l'article 40-3 de la loi Informatique et Liberté oblige-t-il les membres des professions de santé qui transmettent des données nominatives à les coder avant de les communiquer à un organisme de recherche. Le procédé de codage, qui n'est pas défini par la loi, consiste à supprimer le nom des personnes dont les données sont transmises en le remplaçant, par exemple, par un numéro.

407. La règle du codage est pourtant assortie d'exceptions : lorsque le traitement des données est associé à des études de pharmacovigilance ou à des protocoles de recherches réalisés dans le cadre d'études coopératives nationales ou internationales ou lorsqu'une particularité de la recherche l'exige, une dérogation à l'obligation de coder les données peut être accordée par la CNIL.

Ces exceptions apparaissent tellement floues qu'elles risquent de saper la règle du codage préalable à la transmission des données en matière de recherche génétique. En effet, la particularité de la recherche épidémiologique justifie la conservation du nom des personnes dans une banque de données pour éviter les doublons dans le recensement des personnes malades ou pour que soient efficaces les études de cohorte. Ainsi, comme le relèvent les travaux préparatoires à la loi,

l'identification des personnes est une condition indispensable à l'efficacité de la recherche épidémiologique[558].

Si en pratique, il semble que les dérogations à l'obligation de codage par le médecin qui transmet des données seront souvent accordées, l'organisme de recherche n'est pas déchargé de son obligation de sécurité, bien au contraire. En effet, l'article 40-3 alinéa 3 de la loi, après avoir indiqué que « les données sont reçues par la personne désignée à cet effet par la personne physique ou morale autorisée à mettre en œuvre le traitement », dispose que ce « responsable veille à la sécurité des informations et de leur traitement ».

408. Les mesures concrètes qui permettent de garantir une telle sécurité ont été précisées par la CNIL dans sa recommandation du 19 février 1985[559].Elle a préconisé, d'une part, l'usage d'un matériel informatique dédié exclusivement à la recherche médicale et réservé à l'usage des seuls chercheurs dûment habilités, d'autre part, la séparation des renseignements médicaux et des données d'identification[560], mais aussi, l'instauration d'un système d'identification et d'authentification individuelles des utilisateurs permettant de contrôler l'accès au fichier.

Elle a ainsi émis un avis favorable au traitement automatisé de données nominatives ayant pour finalité la réalisation d'une étude génétique sur le glaucome[561]. Cette étude, réalisée par l'Institut National de la Santé et de la Recherche Médicale (INSERM) en collaboration avec Institut National d'Etude Démographique (INED), avait pour finalité de « préciser la nature de la transmission héréditaire de la maladie, de localiser puis identifier le(s) gène(s) provoquant la maladie, de mettre en place un test permettant de reconnaître les

---

[558] SENAT, *Rapport fait sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, A. Türk, n°209, 21 décembre 1993, p.33 : « il n'y a pas d'épidémiologie possible sans identification, en fait a priori, de groupes à risques, sans dépistage et sans suivi ».

[559] CNIL, *Délibération n°85-07 du 19 février 1985 portant adoption d'une recommandation sur les traitements automatisées d'informations médicales nominatives utilisée à des fins de recherche*, *préc. ; Délibération n°97-008 du 4 février 1997 portant adoption d'une recommandation sur le traitement des données de santé à caractère personnel.*

[560] Voir également, CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation n°(97)5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative à la protection des données médicales,* 13 février 1997, Annexe à la recommandation, 9.2. e : le traitement doit être conçu de façon à permettre la séparation des identifiants et des données relatives à la personne, des données administratives, des données médicales, des données sociales, des données génétiques.

sujets porteurs du gène et préciser aussi l'histoire naturelle de la maladie, de rechercher, s'il est possible, par des études démographiques, de préciser l'ancienneté de l'apparition du gène ». Les informations étaient recueillies, auprès des patients atteints de glaucome ou d'un excès de tension oculaire, à l'aide d'un questionnaire diffusé par leur médecin et renvoyé par ce dernier au médecin responsable de la recherche à l'INSERM. Les questionnaires, ensuite retransmis à l'INED, devaient permettre au chercheur d'établir l'arbre généalogique du patient. Les informations résultant d'une telle recherche étaient rapprochées par l'INSERM des résultats des analyses sanguines effectuées sur les patients volontaires.

La sécurité des données nominatives a résulté, selon la CNIL, de ce que leur traitement informatique était effectué sur des micro ordinateurs dédiés à l'étude dont l'accès était réservé « à des chercheurs habilités par le médecin responsable de la recherche à consulter ces données et détenteurs à cet effet, de mots de passe individuels ». En outre, les données étaient rendues indirectement nominatives par leur codage du fait de leur enregistrement, par l'INED, sous des numéros. La liste de correspondance entre ces numéros et le nom des patients était détenue par le médecin responsable de la recherche[562].

409. A ces mesures concrètes prévues par la CNIL et devant garantir la sécurité de données, s'ajoutent les dispositions de la loi du 1er juillet 1994 qui posent des garde-fous tendant à éviter toute atteinte à la confidentialité.

D'une part, elle prévoit que « toutes les personnes appelées à mettre en œuvre le traitement de données ainsi que celles qui ont accès aux données sur lesquelles il porte sont astreintes au secret professionnel sous les peines prévues à l'article 226-13 du Code pénal » (article 40-3 alinéa 5). Le secret professionnel est ainsi étendu à un nombre considérable de personnes qui ne sont pas nécessairement des membres des professions médicales et, notamment, aux informaticiens. Cette extension résulte néanmoins davantage du Code pénal que de la loi de 1994 elle-même. En effet, l'article 226-13 sanctionne « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». Dès lors qu'une donnée nominative médicale est une information secrète par nature dans l'hypothèse d'une

---

[561] CNIL, *Délibération n°93-066 du 6 juillet 1993 portant avis sur une étude génétique sur le glaucome réalisée par l'INSERM,* dans, *14e rapport d'activité de 1993*, doc. Française 1994, p.201.

[562] voir également, CNIL, *Délibération n°94-042 du 10 mai 1994 portant avis sur une recherche présentée par la CNAM sur les effets de la supplémentation en vitamines et minéraux antioxydants à dose nutritionnelle, sur l'incidence de certaines pathologies,* dans, *15e rapport d'activité de 1994*, doc. Française 1995, p.281.

recherche génétique, l'informaticien est nécessairement soumis au secret professionnel.

D'autre part, la loi, tout en autorisant exceptionnellement que des données nominatives non codées puissent être transmises dans le cadre d'études coopératives internationales, subordonne cette transmission hors du territoire français à ce que « la législation de l'Etat destinataire apporte une protection équivalente à la loi française » (article 40-9). Cette disposition rappelle l'article 12 de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel[563]. Aussi, avant que la loi de 1994 ne vienne modifier la loi Informatique et libertés de 1978, la CNIL s'est-elle fondée sur cette convention. Le 26 septembre 1989[564], en émettant un avis favorable à la participation de l'Institut Gustave-Roussy à un réseau télématique d'échanges de données sur le cancer, la CNIL a, néanmoins, précisé que les données nominatives devaient être codées avant d'être transmises en Belgique, en raison de l'absence, à l'époque, de législation de protection des données dans ce pays.

410. Aux termes de l'article 40-3 alinéa 3 de la loi, le responsable du traitement doit non seulement veiller à la sécurité des informations traitées mais aussi « au respect de la finalité » du traitement. Le principe de finalité, fréquemment visé par la loi Informatique et Libertés, n'est pas directement explicité par celle-ci, mais par le Code pénal, qui sanctionne le responsable de la recherche utilisant les données recueillies à des fins étrangères à celles pour lesquelles le traitement a été initialement mis en œuvre. L'article 226-21 du Code pénal prévoit, en effet, que « le fait, par toute personne détentrice d'informations nominatives à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de tout autre forme de traitement, de détourner ces informations de leur finalité telle que définie par la disposition législative ou l'acte réglementaire autorisant le traitement automatisé, ou par les déclarations préalables à la mise en œuvre de ce traitement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2 000 000 F

---

[563] CONSEIL de L'EUROPE, *Convention n°108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisée des données à caractère personnel,* 28 janvier 1981, *préc.* ; également, PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Directive n°95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données,* 24 octobre 1995, *JOCE n°L281,* 23 novembre 1995, article 25.

[564] CNIL, *Délibération n°89-98 du 26 septembre 1989 portant avis sur la participation de l'Institut Gustave-Roussy de Villejuif à un réseau télématique européen d'échanges de données sur le cancer, dénommé EUROCODE, mis en œuvre par l'Organisation européenne de recherche et de traitement du cancer (EORTC)*

d'amende ». Enoncé par l'article 5 de la convention du 28 janvier 1981[565], ainsi que par l'article 6 de la directive du 24 octobre 1995[566], le principe de finalité du traitement interdit, d'une part, de collecter et de stocker de données qui ne se rapportent pas au but déterminé, explicite et légitime du traitement et, d'autre part, d'utiliser les données collectées d'une manière incompatible avec ces finalités. Ce principe ne fait néanmoins pas échec à l'utilisation, par les chercheurs, de fichiers préconstitués à d'autres fins, tels les fichiers recensant les cas d'une pathologie déterminée. En effet, la CNIL, a élaboré le concept « d'extension de finalité » spécifique à la recherche, afin de ne pas gêner son développement[567]. Les chercheurs sont ainsi autorisés à effectuer une utilisation secondaire de tels fichiers, dans la mesure où celle-ci se trouve « dans le prolongement de la finalité du fichier de base »[568].

411. Cette utilisation de données nominatives ne peut toutefois pas, en principe, être illimitée car de telles données ne peuvent être conservées au-delà de la durée nécessaire à la recherche. L'article 28 de la loi Informatique et Libertés dispose que « sauf dispositions législatives contraires, les informations ne doivent pas être conservées sous une forme nominative au-delà de la durée prévue à la demande d'avis ou à la déclaration, à moins que leur conservation ne soit autorisée par la commission ». Cet article s'applique au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche et sa violation est sanctionnée pénalement par l'article 226-20 du Code pénal.

L'obligation de ne conserver les données sous une forme nominative que pour une durée nécessaire à la recherche s'impose, selon l'article 40-3 alinéa 2, à l'organisme de recherche même si, exceptionnellement, celui-ci a été autorisé par la CNIL à recevoir d'un médecin des données nominatives non codées. Seule la CNIL, par une autorisation motivée donnée après avis du Comité consultatif pour le traitement de l'information en matière de recherche, peut accorder une dérogation à cette obligation. En matière de recherche génétique, cette dérogation devrait souvent être accordée dans la mesure où l'intérêt scientifique attaché à une telle

---

[565] CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisée des données à caractère personnel,* 28 janvier 1981, *préc.*

[566] PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Directive n°95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données,* 24 octobre 1995, *préc.*

[567] CNIL, *Dix ans d'informatique et libertés,* Economica, 1989, p. 37 ; N. MALLET-POUJOL, *Commercialisation des banques de données,* CNRS éd., 1993, n°149, p.147.

[568] CNIL, *4e rapport d'activité de 1983,* doc. Française, 1984, p.222.

recherche génétique constitue souvent un butoir naturel à ce « droit à l'oubli »[569]. En effet, lorsque la recherche a pour objet de découvrir les informations génétiques à partir des prélèvements biologiques, elle nécessite souvent l'analyse de plusieurs générations de sujets porteurs du gène étudié et dès lors impose la conservation de prélèvements et des données y afférents pendant une durée illimitée[570].

412. En corollaire des obligations qu'elle impose au responsable du traitement, la loi reconnaît des droits aux personnes « fichées ».

ii - Les droits des personnes « fichées »

413. La personne a un droit de contrôle *a priori* sur la collecte des données puisqu'elle doit consentir au traitement si la recherche implique le recueil de prélèvements identifiants ou peut s'opposer, après en avoir été informée, au traitement des informations nominatives la concernant[571].

414. En outre, elle dispose d'un droit de contrôle *a posteriori*, portant sur l'utilisation des informations[572]. En application de l'article 34 de la loi Informatique et Libertés, toute personne a le droit de connaître le contenu des informations la concernant enregistrées dans un fichier et d'en obtenir la communication. Si le droit d'accès est un droit individuel exercé, en principe, directement par son titulaire[573], le droit d'accès à des informations médicales est indirect. En effet, l'article 40 de la loi précise que les informations médicales ne peuvent être communiquées à l'intéressé que par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet. Ces droits d'accès et de communication sont complétés par un droit de rectification, en application de l'article 36 de la loi, selon lequel « le titulaire du droit d'accès peut exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte, la communication ou la conservation est interdite ». Dès lors que le traitement porte sur des données médicales relevant d'une procédure d'accès indirect, il semble que c'est également

---

[569] LAMY, *Droit de l'informatique et des réseaux,* 1999, n°547.
[570] H. GAUMONT-PRAT, *Informatique et génétique : quelle protection pour l'information génétique ?, Rev. jurid. d'Ile-de–France,* 1996, n°39/40, p.7, spéc. p.47 ; CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »*, n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p.16.
[571] *Supra* n°133 et s.
[572] D.P.B.B., *Commission nationale de l'informatique et des libertés,* n°56 et s.

au médecin qu'il appartient de solliciter, sur demande de l'intéressé, une telle rectification[574].

415. La protection de la confidentialité des données traitées pendant la phase de la recherche est donc relative puisqu'elle repose sur l'utilisation de données indirectement nominatives. En revanche, la protection des données résultant du traitement est, en principe, absolue car les résultats doivent être rendus anonymes.

b - La présentation des résultats de la recherche

416. L'article 40-3 alinéa 3 de la loi dispose que « la présentation des résultats du traitement de données ne peut en aucun cas permettre l'identification directe ou indirecte des personnes concernées ». Cette obligation d'anonymat apparaît comme la conséquence de la finalité exclusive de recherche assignée au traitement automatisé des données[575].

417. L'obligation d'anonymat est motivée par le souci de préserver la vie privée de la personne. Elle interdit au chercheur de publier des résultats qui comprendraient des éléments d'identification[576]. Ainsi, les résultats de la recherche génétique, seront, le plus souvent, consignés dans une « base de séquences génomiques » afin d'en faciliter la diffusion. Le contenu de cette base perd tout caractère nominatif dans la mesure où elle comprend « des ensembles de données informatisées non nominatives issues du séquençage de fragments d'ADN »[577]. L'anonymat empêche le chercheur de transmettre les résultats du traitement informatique à la personne sur le compte de laquelle des données ont été collectées, dans la mesure où cette dernière ne peut plus être identifiée. Au cours des travaux

---

[573] CNIL, *Délibération n°80-10 du 1er avril 1980 portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre du droit individuel d'accès aux fichiers automatisés, JO* du 29 mai 1980.

[574] D.P.B.B., *Commission nationale de l'informatique et des libertés,* n°62.

[575] SENAT, *Rapport fait sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés,* n°209, A. Türk, 21 décembre 1993, p.47 ; ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés,* n°2871, tome 2, B. Bioulac, 30 juin 1992, p.217-218.

[576] J. FRAYSSINET et P. PERDROT, *La loi du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, JCP* 1994.I.3810, p.566.

[577] MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Rapport sur la protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN,* 10 juin 1994.

préparatoires de la loi, s'est posée la question du « référentiel casuistique », c'est-à-dire de l'éventualité d'un « retour à l'individu » des résultats des recherches[578]. La loi a refusé d'institutionnaliser le retour thérapeutique dans la mesure où il supposerait la conservation indéfinie d'une banque de données nominatives, créant ainsi un risque supplémentaire d'atteinte au secret médical et de menace pour la vie privée. En effet, « la participation à la collecte des données utiles à la recherche est un impératif de solidarité qui s'impose à tous, et non une entorse exceptionnelle et volontaire à la protection de la vie privée. Par conséquent, les résultats de la recherche sont destinés à l'ensemble de la communauté nationale. En contrepartie, la confidentialité des informations originellement communiquées est garantie et ses atteintes sont sanctionnées »[579]. Si les résultats de la recherche ne sont pas individuellement communiqués à la personne concernée, en revanche, cette dernière est informée par voie générale de l'état d'avancement des recherches[580].

418. Si la présentation des résultats à des tiers doit toujours être anonyme, l'exclusion du retour à l'individu ne se justifie que pour les traitements informatiques dont la finalité de recherche est principalement statistique, tels les études épidémiologiques, et non pour les traitements qui sont accessoires à la réalisation d'une recherche biomédicale sur l'être humain. Aussi, lorsque la collection d'échantillons biologiques, nécessaire à la réalisation d'une recherche avec ou sans bénéfice individuel direct des gènes de prédisposition, est associée à un traitement informatique, la loi Informatique et Libertés n'a-t-elle pas vocation à s'opposer à la divulgation des résultats de la recherche génétique aux intéressés.

Au contraire, il est certain que les résultats d'une recherche des gènes de prédisposition avec bénéfice individuel direct seront communiqués à la personne, dans la mesure où le bénéfice de la recherche consistant à permettre à l'individu prédisposé de profiter des moyens de prévention implique une connaissance du risque génétique. En revanche, dans le cas d'une recherche sans bénéfice individuel sur les prédispositions génétiques (localisation et identification des gènes), le chercheur peut prévoir que le participant ne sera pas tenu informé de ses résultats. L'absence de communication se justifie, alors, par des raisons d'opportunité liées à

---

[578] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la bioéthique,* n°2565, B. Bioulac, 18 février 1992, p.112-113.

[579] ASSEMBLEE NATIONALE n°2871, *Rapport sur le projet de loi relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés,* tome 2, fait par B. Bioulac, 30 juin 1992, p. 218.

[580] MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Rapport sur la protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN,* 10 juin 1994.

la déstabilisation psychologique que suscite la connaissance d'un risque génétique incertain si les moyens de prévention sont inconnus.

419. Pour s'assurer que les recherches respectent les prescriptions légales, la loi les soumet à des contrôles.

§ 2 - Les contrôles de la recherche génétique

420. La recherche génétique, grâce à laquelle les gènes de prédisposition et les facteurs extérieurs déclenchant le processus pathogène seront connus, fait l'objet de contrôles portant sur la recherche biomédicale qu'elle implique (A), sur le traitement informatique de données nominatives qu'elle met en œuvre (B) et sur les activités afférentes aux échantillons biologiques qu'elle exerce (C). La multiplicité des contrôles entraîne un risque de chevauchement entre les différents organes assurant ceux-ci.

A) Le contrôle portant sur la recherche biomédicale

421. Les recherches sont soumises à un contrôle *a priori* et *a posteriori*.

422. Tous les projets de recherche doivent être soumis par l'investigateur, en application de l'article L.209-12 du Code de la santé publique, à un comité consultatif de protection des personnes dans la recherche biomédicale (CCPPRB). Ce dernier rend un avis sur « les conditions de validité de la recherche au regard de la protection des personnes, notamment la protection des participants, leur information avant et pendant la durée de la recherche, et les modalités de recueil de leur consentement, les indemnités éventuellement dues, la pertinence générale du projet et l'adéquation entre les objectifs poursuivis et les moyens mis en œuvre ainsi que la qualification du ou des investigateurs » (L.209-12 alinéa 3 C.S.P.).

Si l'examen de la pertinence du projet implique la vérification des conditions relatives à l'intérêt et aux risques de la recherche, il n'emporte pas une validation scientifique des recherches biomédicales. En effet, en ajoutant que les conditions de validité de la recherche devaient être appréciées « au regard de la protection des personnes », la loi n°94-630 du 25 juillet 1994 a entendu préciser qu'il n'appartient pas aux comités « de procéder à une validation scientifique des recherches

biomédicales qui aurait un autre objet que celui de protéger les personnes qui s'y prêtent »[581].

423. Le CCPPRB fait connaître par écrit son avis à l'investigateur, dans un délai de 5 semaines à compter de la date de réception du dossier comprenant l'ensemble des informations requises, et communique tout avis défavorable donné au projet à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé[582], lorsque la recherche génétique vise, par exemple, à mettre au point un test génétique de prédisposition, et, dans les autres cas, au ministre chargé de la santé[583]. S'agissant d'un avis, sa portée juridique est limitée : il informe et prépare la décision du ministre mais n'a aucun caractère contraignant[584]. En effet, le promoteur transmet à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé ou au ministre chargé de la santé[585], une lettre d'intention décrivant « les données essentielles de la recherche, accompagnée de l'avis du comité ». Le ministre ou l'Agence a deux mois pour répondre ; en l'absence de réponse, le promoteur et l'investigateur seront en droit de mettre en application leur protocole, alors même que le CCPPRB a rendu un avis défavorable. Pourtant, même si l'avis du CCPPRB est dénué de toute force obligatoire, il jouit d'une autorité morale importante grâce à laquelle ses destinataires ne transgressent pas, en pratique, un avis défavorable[586].

424. Se pose ainsi la question de l'éventuelle responsabilité des CCPPRB en raison des avis qu'ils rendent. Dotés de la personnalité juridique (article L.209-11 alinéa 3 du Code de la santé publique), les CCPPRB peuvent engager leur responsabilité civile et pénale. Conscients de ces dangers, « certains comités ont pris les devants, contractant une assurance qui les couvrira contre l'action des sujets de la recherche en cas d'avis favorable rendu ayant des conséquences dangereuses et contre celle des promoteurs qui pourraient leur reprocher que leur

---

[581] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat (n°1214), tendant à modifier le livre II bis du code de la santé publique,* J.-F. Mattéi, n°1291, 31 mai 1994, p.48.

[582] En effet, en application de l'article L.793-2 C.S.P., l'agence est compétente s'agissant notamment des essais portant sur des produits à finalité sanitaire destinés à l'homme, tels « les réactifs de laboratoires ainsi que les réactifs conditionnés en vue de la vente au public et destinés au diagnostic médical ou à celui de la grossesse et les réactifs utilisés pour les examens d'anatomie et de cytologie pathologiques ».

[583] Article L.209-12 alinéa 3 du Code de la santé publique.

[584] Y. GAUDEMET, *Les comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale (CCPPRB), le bilan juridique, JCP* 1993.I.3653 ; A. MARAIS, S. PALSEUR, M. PHILIPPERON, *La portée juridique de l'avis rendu par les comités consultatifs de protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, Bull. de la conférence nationale des CCPPRB*, 1993.

[585] Article L.209-12 alinéa 4 du Code de la santé publique.

avis défavorable ait constitué un frein abusif pour leur recherche »[587]. Voulant éviter que les comités ne puissent avoir à répondre des conséquences de leur avis, le Sénat avait supprimé la personnalité juridique de ceux-ci dans la proposition de loi tendant à modifier le livre II *bis* du code la santé publique. Néanmoins, l'Assemblée nationale a rétabli la personnalité juridique des CCPPRB car « le fait, pour un CCPPRB de ne pas porter à la connaissance de l'autorité administrative d'un projet dont il estime qu'il peut poser des problèmes à l'égard de la protection des personnes pourrait constituer un véritable délit d'omission. Il ne serait pas souhaitable, à l'heure où l'opinion publique réclame, en matière de protection des personnes ou en matière de santé publique notamment, une plus grande responsabilité des différents acteurs, de supprimer une disposition permettant, le cas échéant, la mise en cause de cette responsabilité »[588].

425. A ce contrôle *a priori* s'ajoute un contrôle *a posteriori* des recherches. Depuis la loi du 25 juillet 1994 qui a modifié le livre II *bis* du Code de la santé publique, le CCPPRB peut, en application de l'article L.209-12-1 du Code de la santé publique, « émettre un avis favorable à la réalisation d'une recherche sous réserve de la transmission d'informations complémentaires par l'investigateur pendant le déroulement de celle-ci. A la suite de cette transmission, le comité peut maintenir ou modifier son avis. Cette décision est transmise par écrit à l'investigateur dans un délai de 5 semaines ; elle est adressée par le promoteur » au ministère ou à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé « dans un délai d'une semaine après sa réception ».

Cette disposition permet, en théorie, au CCPPRB d'exercer un rôle de suivi. La loi utilise le terme de « décision », ce qui semblerait donner une force juridique à l'avis et imposerait aux chercheurs, en cas d'avis défavorable, de surseoir à la recherche. Pourtant, la loi, qui n'indique pas précisément les conséquences de l'avis défavorable, réserve au ministère ou à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé le pouvoir de suspendre ou d'interdire cette recherche à tout moment (article L.209-12 alinéa 7 du C.S.P).

426. Outre la recherche elle-même, l'utilisation de données nominatives dans une finalité de recherche est contrôlée.

---

[586] *Un premier bilan des comités consultatifs de protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales,* mémoire collectif dir. M. Gobert et J.-M. de Forges, 1994, LGDJ, p. 40, *préc.*
[587] A. MARAIS, S. PALSEUR, M. PHILIPPERON, *préc*.
[588] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat (n°1214), tendant à modifier le livre II bis du code de la santé publique,* n°1291, J.-F. Mattéi, 31 mai 1994, p. 46.

B) Le contrôle lié à l'utilisation de données nominatives dans une finalité de recherche génétique

427. Le contrôle des projets de traitement informatique, réalisés à des fins de recherche génétique, qui portent sur des données directement ou indirectement nominatives résulte de la loi du 6 janvier 1978 modifiée par celle du 1er juillet 1994. L'innovation de la loi du 1er juillet 1994 a consisté à écarter, notamment, l'application des articles 15 (autorisation des traitements du secteur public), 16 (déclaration des traitements du secteur privé), 17 (norme simplifiée) de la loi du 6 janvier 1978 aux traitements de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et à les soumettre à un régime unique. Ces derniers doivent être autorisés par la CNIL (2) après avis du comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé (1). Le non-respect des formalités préalables est sanctionné pénalement par une peine de 3 ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende (article 226-16 du Code pénal).

(1) L'avis du comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé

428. L'article 40-2 alinéa premier du nouveau chapitre V *bis* de la loi du 6 janvier 1978 prévoit que le comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé, « institué auprès du ministre de la santé et composé des personnalités compétentes dans le domaine de la santé, d'épidémiologie, de génétique et de biostatistique, émet un avis sur la méthodologie de la recherche au regard des dispositions de la présente loi, la nécessité du recours à des données nominatives et la pertinence de celles-ci par rapport à l'objectif de la recherche, préalablement à la saisine de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ».

429. Il y a lieu de se demander si ce comité ne fait pas double emploi avec les CCPPRB. En effet, dès lors que le comité formule son avis sur la méthodologie de la recherche, un risque de chevauchement avec les CCPPRB existe. Ce risque avait justifié que le Sénat, en première lecture, sur proposition de M. Claude Huriet, ait

exclu les recherches biomédicales du champ d'application de la loi de 1978[589]. Pourtant, en deuxième lecture l'Assemblée nationale a soumis les traitements afférents aux recherches biomédicales à la loi de 1978, au motif que les CCPPRB et le Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé avaient une vocation différente. Alors que les premiers veillent « à la protection physique des personnes », le second veille à la « protection d'informations relatives à la vie privée, dans des conditions adaptées à la matière médicale »[590]. Pour éviter qu'une confusion subsiste entre les compétences respectives du comité et des CCPPRB, le Sénat, en deuxième lecture, a précisé que le comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé formulerait un avis sur la méthodologie de la recherche au regard des dispositions de la loi de 1978[591], alors que, comme cela a été précédemment indiqué, le CCPPRB rend son avis sur les conditions de validité de la recherche au regard de la protection des personnes. Ainsi, dans la mesure où la recherche génétique est associée à un traitement de données nominatives, « ces deux organismes devront être consultés, chacun rendant un avis se rattachant à sa fonction »[592]. Néanmoins aucun de ces organes consultatifs n'appréciera la valeur scientifique du projet, laquelle appartient au conseil scientifique de l'organisme de recherche[593].

430. En outre, la CNIL, durant l'étude du texte par le Parlement, s'était inquiétée de la concurrence possible entre elle et le nouveau comité, dans sa

---

[589] ASSEMBLEE NATIONALE, *Projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés,* n°962, 21 janvier 1994, article 40-1 alinéa 1.

[590] SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, A. Türk, n°397, 4 mai 1994, p.12.

[591] SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés,* n°397, A. Türk, 4 mai 1994, p.4.

[592] D. THOUVENIN, *Les lois n°94-548 du 1er juillet 1994, n°94-653 et n°94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique, ALD* 1995. *comm.légis.,* n°231, p.207.

[593] Le comité n'apprécie que la méthodologie de la recherche et non plus, comme cela avait été prévu dans le projet de loi, « l'intérêt scientifique de la recherche ». Cette modification a été motivée par la volonté d'insister sur le rôle distinct du comité de celui des conseils scientifiques de l'organisme de recherche, lesquels doivent de se prononcer sur la validité scientifique du projet : SENAT, *Rapport fait sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés,* n°209, A. Türk, 21 décembre 1993, p.28.

délibération du 10 mars 1992[594], avant de s'interroger sur l'opportunité d'instituer un organisme nouveau alors qu'il existait déjà des organismes remplissant des fonctions similaires, notamment le Comité national des registres[595]. Toutefois, constatant que ce dernier comité, qui se réunit deux fois par an, n'était pas adapté à l'impératif de rapidité, la loi a mis en place le comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé dans le but que « cet organisme léger » soit apte à apporter à la CNIL « un éclairage scientifique fiable et rapide » [596]. La loi aurait pu, dès lors, limiter la compétence de ce comité à l'appréciation de la méthodologie de la recherche en laissant à la CNIL le soin de contrôler la nécessité du recours à des données nominatives et la pertinence des données par rapport à l'objectif de la recherche. Pourtant, l'Assemblée Nationale a maintenu la compétence du comité sur ces différents aspects du traitement informatique en estimant qu'il n'était pas possible de les dissocier.

431. Si le travail de la CNIL et du comité apparaissent redondants[597], la loi a néanmoins marqué la spécificité scientifique du comité par rapport à la CNIL.

Ainsi, à la différence de la CNIL, le comité ne comprend pas de juristes[598].

En outre, le Comité est rattaché au ministère chargé de la santé. Il n'est pas placé auprès de la CNIL, ce qui serait revenu à reconnaître à la CNIL une compétence pour apprécier la méthodologie de la recherche, « sauf, en cas de doute, à s'adresser à un comité d'experts »[599].

Les modalités de consultation de ce comité, fixées par le décret du 9 mai 1995[600], ont, également, permis de préciser qu'il ne s'agit pas d'un organe concurrent à la CNIL mais complémentaire à celle-ci. Saisi obligatoirement pour avis,

---

[594] CNIL, *délibération n°92-025 du 10 mars 1992 portant avis sur le projet de loi relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé ,* dans, *13e rapport d'activité de 1992,* Doc. Française, 1993, p.83.

[595] Arrêté du 10 février 1986, *JO* 13 mars, abrogé par l'arrêté du 6 novembre 1995 relatif au Comité national des registres, *JO* 11 novembre.

[596] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés,* B. Bioulac, n°2871, Tome II, 30 juin 1992, p.210.

[597] J. FRAYSSINET et P. PERDROT, *La loi du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé*, *JCP* 1994.I.3810, n°9.

[598] Les membres du comité ont été nommés par arrêté du 23 mai 1996, *JO 11 mai.*

[599] SENAT, *Rapport fait sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés,* n°209, A. Türk, 21 décembre 1993, p.41.

préalablement à la saisine de la CNIL, par le représentant de l'organisme public ou privé qui souhaite mettre en œuvre un traitement automatisé de données nominatives ayant pour fin la recherche, le comité peut également être consulté par les ministères concernés, par la CNIL ou par tout organisme intéressé en ce domaine[601]. A compter de la date de réception du dossier produit à l'appui de la demande d'avis, le comité dispose d'un délai d'un mois pour transmettre son avis à l'organisme concerné ; à défaut l'avis est réputé favorable[602]. En cas d'urgence, le délai peut être ramené à 15 jours.

L'avis technique rendu par le comité, parce qu'il ne fait pas grief, est insusceptible de recours[603]. Il prépare la décision de la CNIL sans la lier car, après avoir obtenu l'avis, le demandeur qui souhaite mettre en œuvre le traitement doit saisir la CNIL afin d'obtenir son autorisation.

(2) L'autorisation de la CNIL

432. L'article 40-1, introduit par la loi du 1er juillet 1994, accroît les pouvoirs de la CNIL, d'une part, en généralisant le régime d'autorisation qui ne valait, selon le droit commun, que pour le secteur public (article 15), et d'autre part, en prévoyant des modalités d'autorisation différentes de celles prévues par le droit commun puisque l'autorisation est délivrée ou refusée, non par arrêté ministériel après avis de la CNIL, mais par la CNIL elle-même.

433. En application de l'article 40-3 alinéa 4, la CNIL dispose, à compter de sa saisine par le demandeur, d'un délai de deux mois, renouvelable une seule fois, pour se prononcer. A défaut de décision dans ce délai, le traitement de données est autorisé. L'autorisation ou le refus d'autorisation consistant dans une décision faisant grief est susceptible de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif. Mais, comme le notent MM J. Frayssinet et P. Perdrot, l'annulation de l'autorisation, plusieurs années après l'introduction d'un recours pour excès de pouvoir, risque de mettre dans une position difficile une équipe de chercheurs[604].

---

[600] Décret n°95-682 pris pour l'application du chapitre V bis de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 et modifiant le décret n°78-774 du 17 juillet 1978, *JO* 11 mai.
[601] Article 25-2 du décret *préc*.
[602] Article 40-2 alinéa 2 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 ; article 25-10 du décret n°78-774 du 17 juillet 1978.
[603] J. FRAYSSINET et P. PERDROT, *La loi du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé*, *JCP* 1994.I.3810, n°10.
[604] J. FRAYSSINET et P. PERDROT, *préc.,* n°11;

434. Le contrôle par la CNIL du traitement s'exerce ainsi avant sa mise en œuvre, mais également après que celui-ci a été autorisé. Aux termes de l'article 21 2° de la loi, « la CNIL peut, par décision particulière, charger un ou plusieurs de ses membres de procéder, à l'égard de tout traitement, à des vérifications sur place et de se faire communiquer tous renseignements et documents utiles à sa mission ». Si l'organisme refuse de se prêter à un tel contrôle ou si celui-ci fait apparaître que le traitement ne respecte pas les conditions légales, la CNIL, selon l'article 40-8 de la loi, peut prononcer le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation[605].

435. A ces différents contrôles s'ajoute celui relatif aux activités portant sur les échantillons biologiques, nécessaires à la réalisation de la recherche génétique.

C) Le contrôle des activités portant sur les échantillons biologiques

436. Les organismes de recherche qui recueillent des échantillons biologiques à des fins de recherche génétique font l'objet d'un contrôle spécifique au titre de la constitution et de l'utilisation de collections regroupant les échantillons biologiques. La loi n°96-452 du 28 mai 1996 a, en effet, inséré un article L.145-16-1 dans le Code de la santé publique au terme duquel « sans préjudice de l'application des dispositions figurant au livre II *bis* du présent code et au chapitre V *bis* de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, nul ne peut se livrer à des prélèvements ayant pour fin de constituer une collection d'échantillons biologiques humains ni utiliser, à cette même fin, des prélèvements déjà réalisés ou leurs dérivés s'il n'a déclaré à l'autorité administrative compétente le projet de collection ».Celle-ci s'assure que « les conditions de constitution, de conservation et d'exploitation de la collection présentent les garanties suffisantes pour assurer le bon usage, la sécurité et la confidentialité des données recueillies». L'autorité administrative, qui devrait être

[605] L'article 43 de la loi punit d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende le fait d'entraver l'action de la CNIL.

le ministre chargé de la recherche[606], dispose d'un délai de trois mois pour s'opposer à la constitution et à l'utilisation de la collection. A défaut d'opposition, il semble que la collection pourra être constituée ou utilisée. Néanmoins l'autorité administrative pourra, à tout moment, suspendre le développement et interdire l'exploitation des collections qui ne répondent pas à ces exigences[607].

437. On peut s'interroger sur l'opportunité de créer un contrôle supplémentaire à ceux qui existent déjà, d'autant plus que le contrôle de l'autorité administrative porte sur le même objet que celui de la CNIL. Ce contrôle, s'il visait exclusivement à protéger la personne, serait superfétatoire. Aussi le Conseil d'Etat, dans son rapport relatif au réexamen des lois de bioéthique, propose-t-il de maintenir la déclaration auprès du ministre chargé de la recherche, après avoir relevé que l'encadrement juridique des collections d'échantillons biologiques humains ne doit pas tendre exclusivement à protéger les personnes concernées[608].

Plus qu'une protection directe des personnes, le contrôle devrait assurer celle de la collection elle-même. En effet, si le Code de la santé publique et la loi du 6 janvier 1978 protègent efficacement l'intégrité physique et morale de la personne, aucune de leurs dispositions ne protègent les chercheurs, protection pourtant justifiée par l'intérêt collectif de la recherche.

---

[606] En effet, selon l'article L.672-11 alinéa 1 du Code de la santé publique, la déclaration des programmes de recherche, assurant la conservation et la transformation de cellules issus du corps humain, doit être faite auprès de ce ministre. Même si la déclaration prévue par l'article L.145-16-1 se substitue à celle prévue par l'article L.672-11, on ne voit pas pourquoi le ministre chargé de la santé ne serait pas également compétent. Le Conseil d'Etat propose d'unifier les régimes des collections d'échantillons biologiques définis par les articles L.145-16-1 et L.672-11 du C.S.P. par l'abrogation de l'article L.145-16-1 même s'il préconise de conserver la définition des collections qui figure à cet article. CONSEIL d'ETAT, *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 128, note 92 (note qui vise l'article L. 145-6 !).

[607] En outre, si un organisme assure la conservation et la transformation de cellules du corps humain, « en vue principale de leur cession, pour un usage scientifique à un organisme public ou privé qui développe des programmes de recherche », il doit, en application de l'article L.672-11.II du Code de la santé publique (Loi n°98-535 du 1er juillet 1998, article 19-II-2e), être titulaire d'une autorisation spéciale délivrée par le ministre de la santé.

[608] *Rapport préc, ibid.*

SECTION II - LA PROTECTION DES CHERCHEURS REALISANT UNE RECHERCHE GENETIQUE

438. La protection des chercheurs est nécessaire afin de récompenser les efforts qu'ils déploient, d'une part, pour constituer une collection d'échantillons biologiques à partir desquels les gènes de prédisposition seront détectés (§1), et d'autre part, pour parvenir à des résultats permettant de faire progresser la connaissance scientifique (§2).

§ 1 - La protection des chercheurs liée à la constitution de la collection d'échantillons biologiques

439. La protection des chercheurs, liée à la constitution de la collection, résulte de ce que la nature juridique de la collection (A) déclenche un régime juridique protecteur (B).

A) La nature juridique de la collection

440. La collection d'échantillons biologiques a une nature complexe : envisagée comme un ensemble de choses, elle se rapproche de la notion « d'œuvre de l'homme », appliquée par la jurisprudence aux collections d'automobiles (1) ; appréhendée en rapport avec les choses dont elle est constituée, elle réunit des biens du domaine public qui doivent être conservés dans l'intérêt général (2).

(1) La collection d'échantillons biologiques : une œuvre de l'homme

441. Il est certain que la collection ne constitue pas une œuvre de l'esprit au sens du Code de la propriété intellectuelle puisque le collectionneur est, avant tout, un « rassembleur de choses »[609] : il ne crée pas[610].

442. En revanche, par un arrêt du 28 mai 1988, la Cour de Paris[611] a élaboré, pour protéger une collection d'automobiles, un statut particulier : celui « d'œuvre de l'homme ». La qualification d'œuvre de l'homme est subordonnée à certaines conditions qui pourraient être satisfaites par les collections d'échantillons biologiques.

En effet, la Cour énonce que « si la réunion d'*objets mobiliers en un lieu déterminé* est inspirée par *une volonté ou une passion longtemps affirmée* et non contestée, qui la rapproche d'une œuvre de l'esprit, il reste que ne saurait lui être reconnue la protection légale instituée par la loi du 11 mars 1957, alors que le propre de l'œuvre d'art est de ne supporter aucune manipulation ou modification postérieure à sa création et que les conceptions modernes de la muséologie impliquent, au contraire, et de façon nécessaire, des évolutions ». Néanmoins « l'action de réunion et de collection et la passion qui ont inspiré leurs auteurs, ont constitué et continuent de constituer un *message et un témoignage dont l'initiative créatrice mérite protection* comme étant l'expression d'un droit de la personnalité voisin du droit moral et la manifestation d'une action hors du commun ».

443. Les collections d'échantillons biologiques seraient, ainsi, protégées par un droit de la personnalité voisin du droit moral, si elles satisfaisaient à la triple condition de réunir des choses corporelles dans un lieu déterminé, d'être inspirée par une volonté ou une passion longtemps affirmée et de constituer un message ou un témoignage.

Comme la collection d'automobiles, la collection d'échantillons biologiques est une réunion de choses corporelles dans un lieu déterminé. En effet, les échantillons

---

[609] B. EDELMAN, note sous Paris, 25 mai 1988, *D.* 1988.II.542.

[610] En revanche, une exposition peut être qualifiée d'œuvre de l'esprit si « elle est une création résolument personnelle, exprimant à la fois l'imaginaire (de son auteur) et ses conceptions propres (sur le sujet de l'exposition) et reflétant ainsi sa personnalité » : CA Paris, 2 octobre 1998, *D.* 1998.312, note B. Edelman ; *D.* 1999.somm.64, obs. C. Colombet.

[611] Paris, 25 mai 1988, *D.* 1988.542, note B. Edelman.

biologiques, une fois détachés du corps de la personne, sont des choses réunies dans une banque de cellules.

Elle est bien l'expression de la volonté affirmée des chercheurs, soucieux de pouvoir faire des découvertes ayant, à plus ou moins long terme, un intérêt médical.

Mais, porte-t-elle un message ou un témoignage ? A la différence de la collection d'automobile, la collection d'échantillons biologiques n'est pas un vestige du passé. Néanmoins, dès lors que les échantillons sont porteurs d'une information génétique, d'un message qui renseigne sur « des éléments constitutifs de l'individu en tant qu'être unique et des éléments qui relient l'individu à sa famille, passée, présente et à venir »[612], et que leur conservation est justifiée par la nécessité de bénéficier aux générations futures, « on est tenté de dire des collections scientifiques qu'elles sont des œuvres de l'homme »[613].

444. L'intérêt de l'arrêt du 25 mai 1988 est de reconnaître au collectionneur « un droit de la personnalité voisin du droit moral » et, notamment, un droit au respect qui postule l'intégrité de la collection. Pourtant, le respect, opposable aux tiers, ne s'impose pas au collectionneur qui peut, dès lors, détruire ou disperser la collection. « Si le statut ébauché par la Cour de Paris est un bon départ de protection, c'est là sa faille essentielle »[614].

Cette protection peut néanmoins être assurée, car si la collection, dans son ensemble, est une œuvre, les échantillons dont elle est constituée sont des biens du domaine public qui doivent être sauvegardés.

(2) Les échantillons biologiques : biens du domaine public

445. La conservation des échantillons biologiques est apparue comme une nécessité, dans le double intérêt de la science et des personnes sur lesquelles un prélèvement a été réalisé, dans la mesure où elle permet de mettre en œuvre ultérieurement des tests diagnostiques ou de contrôle[615]. La conservation de la collection peut être garantie en qualifiant les échantillons biologiques dont elle est constituée, non pas de choses communes (a) ou de patrimoine commun de l'humanité (b), mais de biens du domaine public (c).

---

[612] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine: de la prédiction à la prévention »*, n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p.13.
[613] C. NOIVILLE, *Pour une protection des collections scientifiques, D.*1997.245, spéc. p.247;
[614] C. NOIVILLE, *préc.,*p.248.

a - Chose commune ?

446. La distinction entre la chose commune et la chose publique remonte au droit romain[616]. Si, comme la chose publique, la chose commune n'est pas susceptible d'appropriation privative, elle s'en distingue néanmoins par la manière dont l'usage collectif est assuré. Ainsi que l'explique Domat, l'usage collectif d'une chose commune résulte de sa nature même, alors que celui d'une chose publique suppose une intervention de l'Etat qui l'affecte au public[617]. Le Code civil, s'il n'énonce pas clairement cette distinction, ne l'abandonne pas pour autant, puisque son article 714 dispose qu'il « est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous », alors que les articles 538 et suivants donnent une liste des biens du domaine public.

447. Parmi les choses communes par leur nature sont traditionnellement rangés l'eau et l'air. Néanmoins, les auteurs ne s'accordent pas sur le critère justifiant un tel classement. Alors que certains se référent exclusivement à une approche objective, selon laquelle la chose commune est celle dont l'homme ne peut, pour des raisons physiques, appréhender les limites et qu'il ne peut enclore[618], d'autres introduisent une approche subjective, en vertu de laquelle le caractère indispensable de ces choses à la vie des hommes explique qu'elles ne sont pas susceptibles d'appropriation[619].

448. Quel que soit le critère utilisé, les échantillons biologiques ne rentrent pas dans la catégorie des choses communes : le détachement des échantillons biologiques du corps, d'une part, rend possible leur appréhension physique, et d'autre part, établit que ces échantillons ne sont plus indispensables au corps pour assurer sa fonction.

---

[615] CCNE, *préc.*, Rapport éthique, p.54.

[616] I. MOINE, *Les choses hors du commerce, une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ 1997, n°30, p.35 ; F. ZENATI et R. REVET, *Les biens,* PUF, 2e éd. 1997, n°18, p.30.

[617] J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le Droit public et legum delectus,* Tome II, Paris, 1702, p.60.

[618] M. REMOND-GOUILLOUD, *Ressources naturelles et choses sans maître, D.*1985.27, spéc.p.30. Pour une conception, sinon identique, du moins comparable fondée sur la nature des choses communes, voir F. ZENATI et R. REVET, *Les biens,* PUF, 2e éd. 1997, n°12, p.27 et n°19, p. 31. Pour ces auteurs, les choses communes échappent à l'appropriation en raison de leur abondance.

[619] J.-C GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse Bordeaux, 1988, p. 174 et s. Cet auteur, qui distingue les deux conceptions objective et subjective de la chose commune, privilégie la seconde : p. 176.

449. En outre, le régime de la chose commune ne permet pas d'assurer la conservation des échantillons biologiques. Quand bien même l'usage collectif des choses communes est réglementé par les lois de police, selon l'article 714 du Code civil, ces dernières visent essentiellement à régler les conflits d'intérêt se manifestant quant à la jouissance de ces choses par les particuliers[620]. Les lois de police n'astreignent pas, en principe, l'usager à une obligation d'entretien et de gestion[621].

Or, la raréfaction de certaines choses communes a imposé que les Etats en assurent la protection en élaborant la théorie du patrimoine commun de l'humanité.

b - Patrimoine commun de l'humanité ?

450. La notion de patrimoine commun de l'humanité a été employée, en droit international public, pour la première fois en 1967, à la tribune des Nations unies, à propos de l'exploitation des nodules polymétalliques du fond des mers[622]. La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997[623] s'en est inspirée pour qualifier le génome en disposant dans son article 1er que « le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le *patrimoine de l'humanité* »[624].

451. Cette qualification est utilisée dans un sens symbolique car, contrairement à ce que le terme patrimoine induit généralement, elle rend insusceptibles d'appropriation privative les ressources génétiques, dans la mesure où ce patrimoine n'appartient pas à une personne privée[625]. Pourtant, il n'appartient pas plus à l'humanité. En effet, si l'humanité peut être bénéficiaire du patrimoine, elle ne peut en être le titulaire car, en droit international public, seuls les Etats sont

---

[620] F. ZENATI et R. REVET, *préc.*, n°12, p.27.
[621] M. REMOND-GOUILLOUD, *Ressources naturelles et choses sans maître, D.*1985.27, spéc. p.33.
[622] J.-C. GALLOUX, *Les enjeux de la déclaration universelle sur la protection du génome humain, D.* 1996.141.
[623] Déclaration adoptée par l'UNESCO le 11 novembre 1997, lors de la vingt-neuvième session de la Conférence, Paris.
[624] La déclaration n'utilise plus le terme « commun », alors que l'article 1er de l'avant-projet de déclaration du 4 mars 1996 disposait que « le génome humain est une composante fondamentale du patrimoine commun de l'humanité », CIB (Comité International de Bioéthique) de l'Unesco, *Actes de la troisième session,* septembre 1995, vol. 1, p. 105.

sujets de droit[626]. Il est, néanmoins, possible d'admettre une répartition des compétences entre « un usager, titulaire d'une sorte de domaine utile, et une autorité investie d'un pouvoir de protection et de contrôle, titulaire d'une sorte de domaine éminent, ce dernier cessant d'exercer un pouvoir effectif en cessant d'être identifié »[627]. Aussi, de même que l'humanité confie la gestion de la haute mer, de l'espace extra-atmosphérique, ou bien encore des espèces végétales et animales, aux Etats ou à des organismes internationaux spécifiques, remettrait-elle l'usage des ressources génétiques aux Etats en leur imposant de les préserver. Il serait créé à la charge de chaque usager une sorte de servitude d'intérêt universel au profit de la collectivité humaine[628].

452. La qualification de patrimoine commun est « une qualification juridique qui coiffe toutes les autres mais qui les laisse toutes subsister »[629]. Elle n'absorbe donc pas les droits que la législation nationale a pu reconnaître aux individus sur ces ressources. Ainsi, cette notion ne peut être opérationnelle qu'en droit international et non en droit interne[630], d'autant plus qu'aucune disposition, ni aucun principe « à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité n'existe »[631] . C'est donc à la notion de biens du domaine public qu'il convient de recourir pour favoriser le travail des chercheurs sur les échantillons biologiques en leur imposant de les conserver[632].

---

[625] Selon X. LABBEE, *Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine, D.* 1999.437, spéc. p. 438., « la chose commune ne pourrait appartenir à personne, parce qu'elle appartiendrait à « l'humanité ».

[626] F. BELLIVIER et L. BOUDOUART-BRUNET, *Les ressources génétiques et les concepts juridiques de patrimoine,* dans*, Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire,* dir. C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, p.179, spéc.n°98, p.229.

[627] J.-C. GALLOUX, *Les enjeux de la déclaration universelle sur la protection du génome humain, D.* 1996.141, spéc. p. 142.

[628] J.-C. GALLOUX, *préc.*

[629] J.-C. GALLOUX, *préc.*

[630] N. MALLET-POUJOL, *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère, D.*1997.330 ; Egalement, F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique,* Thèse Paris I, dact., 1997, n°84, p.72, qui relève le « peu d'effectivité de la notion ainsi placée au cœur du dispositif de protection du génome humain » ; D. FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain. La génétique humaine. L'espèce,* Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.30, 1997, spéc. n°30.

[631] Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994, *D.*1995.237, note B. Mathieu ; En outre, la Déclaration universelle sur le génome humain est dépourvue de force obligatoire : N. LENOIR, *La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco du 11 novembre 1997,* dans, Conseil d'Etat, *Rapport public 1998 -Jurisprudence et avis de 1997- Réflexions sur le droit de la santé,* Doc. Française 1998, p.339, spéc. p.342 et s.

[632] F. BELLIVIER, *Thèse préc.*, n°409 et s, p. 353 et s., spéc. n°425, p. 364. Cet auteur, sans aller jusqu'à qualifier les gènes de choses publiques, compare le régime auquel sont soumis les gènes à celui de la domanialité publique.

c - Biens du domaine public

453. La notion de chose publique, issue du droit romain, a évolué vers celle de bien du domaine public, consacrée par l'article 538 du Code civil. Si, sans doute, la domanialité publique s'applique, principalement, à des biens immobiliers, l'existence d'un domaine public mobilier, parfois contestée[633], ne saurait être niée[634]. Ainsi l'article L.68 du Code du domaine de l'Etat dispose-t-il que « les objets de caractère historique, artistique ou scientifique susceptibles d'être placés dans les musées nationaux pour y être classés dans le domaine public », sont inaliénables.

454. En dehors des cas où la domanialité publique d'un bien est déterminée par la loi[635], la jurisprudence reconnaît qu'un bien, pour faire partie du domaine public, doit satisfaire à deux conditions invariables : il doit, d'une part, être affecté à l'utilité publique et, d'autre part, appartenir à une personne publique[636].

455. Le premier critère de l'utilité publique permet d'inclure dans le domaine public les biens mobiliers ou immobiliers affectés, soit à l'usage du public, soit à un service public. La distinction entre l'affectation à l'usage du public et l'affectation à un service public « est parfois d'une logique plus apparente que réelle ». En effet, « la domanialité publique des tableaux de musée est liée à l'existence d'un service public chargé d'assurer sa conservation et leur présentation au public. Mais il est bien évident que ces tableaux (...) sont affectés à l'usage du public »[637]. Les échantillons biologiques pourraient également relever de ces deux affectations.

456. La collection d'échantillons biologiques pourrait être un bien public affecté à l'usage des chercheurs dans une finalité de recherche génétique, dès lors que la notion d'affectation à l'usage du public se réfère à un usage direct du bien, à titre collectif ou individuel, réalisé dans un but déterminé.

---

[633] F. REYMOND, *La notion de domaine public mobilier, RDP.*1960.49.
[634] J. DUFAU, *Le domaine public,* éd. du Moniteur, 4e éd. 1993, tome 1, n°68, p.132.
[635] Loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, *D.P.* 1915.4.153 ; Loi du 2 mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique légendaire ou pittoresque, *D.P.* 1930.4.326 ; Loi n°92-1477 du 31 décembre 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation (les biens culturels) et à la complémentarité entre les services de police, de gendarmerie et de douane.
[636] R. CHAPUS, *Droit administratif général,* Domat Montchrestien, Tome II, 12e éd. 1999, n°445, p. 362.
[637] J. DUFAU, *préc.,* n°63, p. 53-54.

Afin de limiter l'application extensive de cette notion, la jurisprudence a ajouté une condition supplémentaire pour qu'un bien affecté à l'usage du public soit intégré dans le domaine public : celle d'un aménagement spécial[638] ayant pour but d'adapter le bien aux nécessités du public[639]. Cette notion d'aménagement spécial étant, également, comprise largement[640], il en résulte que les échantillons biologiques pourraient satisfaire à cette condition, dans la mesure où l'impératif de leur conservation implique nécessairement qu'ils soient stockés dans un lieu spécialement destiné à les recevoir.

457. Si les échantillons biologiques peuvent être des biens affectés à l'usage du public, ils peuvent également être affectés au service public de la recherche, d'autant plus que cette dernière affectation « est devenue, aux cours de ces dernières années, le critère privilégié de la domanialité publique »[641].

« Les biens du domaine public sont, parmi les propriétés domaniales, celles qui, affectées au service public, sont telles que leur emploi, leur mise en œuvre constituent l'objet même du service, à l'exclusion de celles qui sont seulement l'un des moyens par lesquels le service accomplit sa mission » [642].

La notion de service public est large et correspond « à une activité d'intérêt général exercée par une personne publique ou par une personne privée sous le contrôle de la personne publique »[643] . La recherche génétique, parce qu'elle tend à découvrir des gènes afin d'éviter ou de soigner la maladie, répond à cette définition.

L'affectation du bien au service public exige, comme en matière d'affectation à l'usage du public, un aménagement spécial[644]. La jurisprudence apprécie largement cet aménagement et parfois ne le relève pas expressément en considérant qu'il se déduit de l'objet du service public. Ainsi, la Cour de cassation, par un arrêt du 2

---

[638] C.E. 22 avril 1960, *Berthier, Rec. CE.*264 ; *RDP* 1960.1213, concl. J.-F. Henry ; *AJDA* 1960.I.78, chron. M.Combarnous et J.-M. Galabert, *AJDA* 1960. II.140, note P. Vergnaud (à propos d'une promenade publique).
[639] C.E. 16 novembre 1962, *Ville de Grenoble, JCP*1963.II.13395, note J. Dufau (à propos du réseau d'alimentation en eau potable).
[640] R. CHAPUS, *préc.*, n°461, p.378.
[641] J. DUFAU, *préc.,* n°65, p. 54.
[642] R. LATOURNERIE, concl. sur l'arrêt Marécar, C.E. Sect. 28 juin 1935 : *S.* 1937.3.43 ; *D.*1936.3.20, avec la note M. Waline ; *RDP* 1935.590, avec la note G.D. (à propos d'un cimetière que le Conseil d'Etat considère comme affecté à l'usage du public).
[643] A. de LAUBADERE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif,* LGDJ, Tome I, 15e éd. 1999, n°1108, p.868.
[644] C.E. Sect. 19 octobre 1956, *Société "Le Béton", Rec. CE.*375 ; *D.*1956.681, concl. M. Long; *RDP* 1957.310, concl. M. Long ; *JCP* 1957.II.9765, note C. Blaevoet ; *AJDA* 1956.II.477 et 488, concl. M. long et chr J. Fournier et G. Braibant (à propos d'un port fluvial)

avril 1963, a reconnu qu'un tableau était une dépendance du domaine public mobilier, sans avoir examiné s'il était ou non spécialement aménagé en vue du service public auquel il était affecté, au motif que « les biens des établissements publics font partie du domaine public, dès lors que, comme en l'espèce, leur conservation et présentation au public sont l'objet même du service public »[645].

« Tous les objets présentant un intérêt historique, artistique ou scientifique font partie du domaine public dès lors qu'ils sont détenus par un service public, qui a mission d'assurer leur conservation et leur présentation au public »[646]. Dans la mesure où les échantillons biologiques constituent « l'objet même du service » de la recherche, lequel service a pour but de permettre au chercheur de découvrir des gènes à partir de ces échantillons et de garantir la conservation de ceux-ci, ils sont des biens publics qui peuvent être affectés au service public.

458. Quelle que soit la catégorie d'affectation au public ou au service public choisie, celle-ci est sans intérêt du point de vue de l'appartenance du bien au domaine public, dès lors que l'utilité publique[647] des échantillons biologiques est caractérisée.

459. Les échantillons biologiques, s'ils remplissent la condition d'affectation à l'utilité publique, ne constitueront de biens publics qu'autant qu'ils appartiendront à une personne publique. Le deuxième critère de la domanialité publique réside, en effet, dans l'appartenance du bien à une personne publique[648]. Les biens appartenant à une personne privée n'étant pas des biens du domaine public, il y a lieu de se demander si les échantillons biologiques recueillis par un organisme privé, à qui l'Etat en aurait délégué la gestion, notamment, en autorisant la constitution et l'utilisation de la collection[649], appartiennent à la personne publique. De même que les « biens de retour » créés par un personne privée, concessionnaire d'un service

---

[645] Cass. civ. 1re, 2 avril 1963, *AJDA*.1963.II.487, note J. Dufau (à propos d'une esquisse de Seurat acquise par les musées nationaux) ; également Cass. crim., 16 juin 1992, *Ville de Chartes, D.*1993. somm.35, obs. A. Robert (à propos d'un plat en émail et or, dérobé au musée de la ville).
[646] J. DUFAU, *op. cit.*, n°69, p.133.
[647] R. CHAPUS, *op. cit.,* n°452, p.371.
[648] C.E., 17 janvier 1923, *Piccioli, S.*1925.3.17 note M. Hauriou (le port d'Oran est un bien du domaine public "appartenant à l'Etat") ; Ph.YOLKA, *La propriété publique, éléments pour une théorie,* LGDJ, 1997, p.158 et s. où l'auteur réfute la thèse selon laquelle la personne publique n'aurait qu'un droit de garde sur le domaine public.
[649] De la même manière l'Etat peut organiser le service public des bases de données juridiques en recourant à la concession : C.E., 17 décembre 1997, *D.* 1998.591, note B. Jorion. Décret n°96-481 du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques (*D.* 1996.Lég.259) modifié par le décret n°99-122 du 22 février 1999 relatif au service public des bases de données juridiques, *D.* 1999.Lég.164.

public, sur lesquels elle exerce « un droit exclusif de jouissance »[650] sont considérés comme étant, « dès l'origine la propriété de la personne publique concédante »[651], les échantillons biologiques, alors même qu'ils sont recueillis par une personne privée, appartiennent à la personne publique car ils sont l'objet même du service délégué.

460. L'intérêt de qualifier la collection d'œuvre de l'homme et les échantillons biologiques qui la constituent de biens du domaine public est de soumettre la collection d'échantillons biologiques à un régime protecteur.

B) Le régime de la collection d'échantillons biologiques

461. Qualifier les échantillons de biens du domaine public permet d'en assurer la conservation (1), mais ne fait pas obstacle à ce que la collection qui les regroupe soit reconnue comme une « œuvre de l'homme » sur laquelle existent des droits privatifs (2).

(1) Le régime des échantillons biologiques

462. Le régime de la domanialité publique tend à garantir, d'une part, le maintien des biens publics à leur affectation en prohibant leur aliénabilité. Cette dernière est relative et cesse avec la désaffectation du bien du domaine public. D'autre part, il garantit « la conservation des dépendances dans un état matériel tel qu'elles puissent être utilisées dans les meilleures conditions conformément à leur affectation »[652]. Ce régime permet ainsi d'assurer la conservation des échantillons biologiques.

463. L'existence d'« une échelle de la domanialité publique »[653] explique que ce régime ne soit pas uniforme et que, selon les besoins des différents biens, il comporte des règles de protection graduées[654]. Il s'applique avec plus de souplesse aux biens mobiliers et ne s'oppose pas à ce que l'autorité administrative

---

[650] C.E. 25 mai 1906, *Chemin de fer d'Orléans, S.*1908.3.65, note M. Hauriou.
[651] R. CHAPUS, *op. cit.*, n°448, p.365 ; C.E., 9 décembre 1898, *Cie du gaz de Castelsarrazin, S.*1901.3.40.
[652] R. CHAPUS, *op. cit.*, n°501, p.406.
[653] L.DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel,* tome III, Paris, Boccard, 3e éd. 1930, p.348.
[654] A. de LAUBADERE et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif,* LGDJ, Tome II, 11e éd. 1998, n°107, p.84.

puisse autoriser l'exportation ou l'importation des échantillons biologiques si ces activités ne nuisent pas à la conservation de la collection.

464. Le régime de la domanialité publique auquel sont soumis les échantillons biologiques n'empêche pas qu'un droit exclusif de jouissance des biens du domaine public puisse être reconnu à la personne privée qui gère un service public. Au contraire ce droit protège la personne gestionnaire du service, à la fois contre la personne publique qui lui en a confié la gestion et contre les tiers. Il « lui permet même de retirer les profits possibles du domaine »[655].

En outre, ce régime n'exclut pas l'existence de droits privatifs sur l'ensemble d'échantillons qui constitue une œuvre.

(2) Le régime de la collection

465. De même que l'Etat peut être titulaire de droits de propriété intellectuelle du fait de ses bases de données publiques dès lors que celles-ci sont regardées comme des œuvres de l'esprit[656], la personne qui assume une mission de service public en créant une collection d'échantillons biologiques devrait jouir d'un droit privatif sur la collection lié à sa qualification « d'œuvre de l'homme ». Ce droit, qui est la manifestation d'une sorte de propriété incorporelle du promoteur sur la collection, comporte deux attributs : l'un moral qui permet au promoteur de faire respecter par les tiers « son œuvre »[657]; l'autre patrimonial qui l'autorise à exploiter celle-ci.

466. Le promoteur de la collection, qui est le responsable de l'initiative de la collection, est, selon le rapport sur la protection intellectuelle des résultats de la recherche sur le génome et les banques de cellules et de données sur l'ADN[658], titulaire de droits non patrimoniaux afférents à la collection qui tendent à la satisfaction d'un besoin, non pas économique, mais scientifique.

---

[655] A. de LAUBADERE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif,* LGDJ, Tome I, 15e éd. 1999, n°1148, p.896.

[656] C.E., 10 juillet 1996, *Aff. Direct Mail Promotion*, *RFDA* 1997.115, concl. M. Denis-Linton ; *AJDA* 1997.191, note H. Maisl ; *D.I.T.* 1997/1.21, note H. Maisl.

[657] MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Rapport sur la protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN,* 10 juin 1994. Ce rapport utilisait le terme de "création" de la collection qui est le critère de la reconnaissance de l'œuvre. Néanmoins, l'article L.145-16-1 du Code de la santé publique a préféré le terme de constitution de la collection.

[658] MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Rapport préc*.

467. Afin de récompenser les chercheurs des efforts qu'ils fournissent pour rassembler les échantillons des personnes dont ils souhaitent étudier les caractéristiques génétiques, le promoteur reconnaît un droit de priorité scientifique aux investigateurs de la recherche, c'est-à-dire à ceux qui constituent et utilisent la collection, sous son autorité. Ce droit, qui leur permet d'utiliser de manière exclusive la collection, ne constitue pas un droit de propriété sur les échantillons biologiques. En effet, quand bien même la personne, sur laquelle des éléments du corps ont été prélevés, a fait un acte juridique de disposition en cédant son droit sur ces choses[659], celui à qui ces choses sont cédées ne peut en devenir propriétaire, au sens du Code civil, dès lors qu'elles sont des choses publiques. Le droit qui leur est reconnu porte donc sur l'utilisation de la collection envisagée dans son ensemble et non sur les éléments qui la constituent.

468. Le monopole sur la collection est conféré aux chercheurs dans une finalité scientifique déterminée.

D'une part, s'ils souhaitent étendre leurs recherches au-delà des finalités initiales ayant présidé à la constitution de la collection, les chercheurs devront, non seulement solliciter un nouveau consentement de la personne, mais également faire une nouvelle déclaration à l'autorité administrative afin de bénéficier d'un droit de priorité à l'utilisation de la collection dans cette nouvelle finalité.

D'autre part, dans l'intérêt général, la priorité scientifique, parce qu'elle conduit à « une confiscation »[660] des collections, doit être limitée à une durée raisonnable. En effet, les individus qui ont participé à un programme de recherche génétique ont été motivés par leur désir de faire progresser la recherche sur des maladies susceptibles de les concerner. Dès lors, tout doit être mis en œuvre pour parvenir au but recherché. Si les chercheurs, pour lesquels la collection a été constituée, ne réalisent pas la finalité scientifique prévue, ils violent « un engagement implicite » pris envers les personnes « de faire le maximum pour parvenir à des résultats qui les intéressent au premier chef »[661]. Non seulement l'intérêt de la science, mais aussi celui des individus sur lesquels des échantillons biologiques ont été prélevés conduit à limiter la priorité scientifique des chercheurs à une durée[662] qui, selon le

---

[659] *Supra* n°76 et s.
[660] CCNE, *Rapport éthique, préc.*
[661] CCNE, *Rapport éthique, préc.* ; J.-C. GALLOUX, *L'utilisation des matériels biologiques : vers un droit de destination, D.* 1999.13 : Pour cet auteur, les personnes ont un droit de destination leur permettant de contrôler l'utilisation par les chercheurs des échantillons biologiques qu'elles ont donnés.
[662] CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 128.

rapport du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, devrait être de trois ans à partir de la déclaration de la collection à l'autorité administrative. Ce délai pourrait néanmoins être modulé en fonction de l'état d'avancement des travaux.

469. A l'échéance de ce droit, l'ouverture de la collection à d'autres chercheurs doit être assurée. Elle fera l'objet d'une convention non exclusive entre les promoteurs et les tiers utilisateurs de la collection. Celle-ci doit prévoir « le domaine d'intervention, l'objet de l'utilisation de la collection, les droits du promoteur, au cas où son utilisation conduirait à une exploitation industrielle »[663]. En outre, le rapport du Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche précise que l'accès à la collection peut donner lieu à une rémunération correspondant à la constitution, à la maintenance, à l'exploitation et à la distribution de la collection. On ne peut manquer de remarquer que la prérogative du promoteur qui lui permet d'autoriser les tiers à utiliser la collection moyennant rémunération est similaire aux attributs d'ordre patrimonial de l'auteur grâce auxquels il exploite son œuvre. A la différence de l'auteur, le promoteur est obligé d'assurer l'accès aux tiers à sa collection dans l'intérêt général, mais il lui appartiendra de sélectionner, sous le contrôle de l'autorité administrative, les utilisateurs de la collection.

470. Si le statut « d'œuvre de l'homme », reconnu à la collection, permet de protéger le chercheur qui l'utilise, la qualification de biens du domaine public des échantillons biologiques dont la collection est constituée, permet, dans l'intérêt de la recherche, d'assurer la conservation de ses échantillons. Ces qualifications s'appliquent à des échantillons biologiques qui sont des choses corporelles. Or, la formulation, par le chercheur, à partir de ces éléments corporels, d'une information génétique incorporelle est le résultat de la recherche sur les gènes de prédisposition qui doit, également, être protégé.

§ 2 - La protection des chercheurs liée aux résultats de leur recherche

471. Si la brevetabilité de certains résultats de la recherche récompense le chercheur qui a formulé l'information génétique (A), la diffusion de celle-ci par

---

[663] P. LOUISOT, *La protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN : le contrôle par la société,* dans*, La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant,* Actes du colloque organisé

des banques de données protège la communauté scientifique contre toute appropriation du savoir, préjudiciable au progrès de la connaissance (B).

A) La brevetabilité des résultats de la recherche

472. Les premières réflexions sur la brevetabilité des résultats de la recherche génétique ont été suscitées par le dépôt au bureau américain des brevets, en juin 1991 et en février 1992, par le National Institute of Health, au nom de Craig Venter, de deux demandes de brevets portant sur des séquences de gènes dont les fonctions étaient inconnues. Aussi le CCNE, voulant éviter l'appropriation par les chercheurs de l'information génétique, a-t-il énoncé que « l'ensemble de l'information contenue dans le génome humain appartient au patrimoine commun de l'humanité : c'est un domaine de la connaissance qui ne peut faire l'objet d'un monopole »[664]. La qualification du génome en patrimoine de l'humanité, reprise dans la déclaration universelle sur le génome et les droits de l'homme[665], ne permet pourtant pas de s'opposer, en droit interne, à la prise d'un brevet sur les résultats de la recherche génétique. D'une part, quand bien même l'utilisation du terme de patrimoine est symbolique, elle « n'exclut pas la patrimonialisation (bien au contraire!) non plus que l'exploitation commerciale »[666]. D'autre part, elle est beaucoup trop générale pour permettre de distinguer, parmi les résultats de la recherche génétique, ceux qui sont brevetables de ceux qui ne le sont pas.

C'est en se référant au droit des brevets que les conditions de la brevetabilité des résultats de la recherche génétique peuvent être déterminées (1). La directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques du 6 juillet 1998[667] rappelle, en effet, que l'octroi d'un brevet à des inventions portant sur des séquences ou séquences partielles de gènes « doit être soumis aux mêmes critères

---

par l'Académie des sciences et la fondation Singer-Polignac, oct. 1995., p. 211, spéc. p. 214.

[664] CCNE, *Avis sur la non-commercialisation du génome humain,* n°27, 2 décembre 1991.

[665] Déclaration adoptée par l'UNESCO le 11 novembre 1997, lors de la vingt-neuvième session de la Conférence, Paris , article 1.

[666] J.-C. GALLOUX, *Ethique et brevet ou Le syndrome bioéthique, D.*1993.83, spéc. n°19 ; F. BELLIVIER et L. BOUDOUARD-BRUNET, *Les ressources génétiques et les concepts juridiques de patrimoine,* dans*, Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire,* dir. C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, p.179.

[667] Directive n°98/44/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, 6 juillet 1998, *JOCE* n°L 213*,* 30 juillet 1998 ; J.-C. GALLOUX, *Premières vues sur la directive 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JCP* 1998.I.172, D.P.B.B., *Protection juridique des inventions biotechnologiques,* Bull.66, p.8379.

de brevetabilité que pour tous les autres domaines technologiques » (considérant 22). Même si certains résultats de la recherche portant les gènes de prédisposition peuvent faire l'objet d'un brevet, il n'y a pas lieu de craindre une appropriation du savoir, car tel n'est pas l'effet du brevet (2).

(1) Les conditions de la brevetabilité

473. Le législateur a introduit, le 29 juillet 1994[668], à l'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle qui interdit « la brevetabilité des inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs », une disposition en vertu de laquelle « à ce titre, le corps humain, ses éléments et ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet d'un brevet ».

L'article L.611-17 du Code de la propriété intellectuelle permet de refuser le dépôt de brevet portant sur des inventions techniquement brevetables, mais dont la publication est contraire à l'ordre public. En conséquence, en choisissant d'introduire la non-brevetabilité de la connaissance de la structure du génome dans cet article, le législateur reconnaît qu'une telle connaissance remplit les critères techniques de l'invention. Or, comme nous allons tenter de le démontrer, la connaissance de la structure du génome ne satisfait pas *ab initio* à de telles conditions.

Cette disposition s'est inspirée de la proposition de directive communautaire relative à la protection des inventions biotechnologiques, à une époque où la proposition excluait la brevetabilité des éléments du corps humains, en tant que tels, en raison de sa contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs[669]. La version définitive de la directive ne l'ayant pas retenu, a distingué les critères techniques de la brevetabilité, qui seuls permettent de différencier la découverte de l'invention, des critères éthiques lesquels interdisent à des inventions pourtant techniquement brevetables d'accéder au brevet « lorsque l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » (article 6).

Ainsi, de même qu'une création n'incluant que des éléments du domaine public peut être protégée dès lors qu'elle remplit les conditions d'octroi du droit

---

[668] Article 7 de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO* 30 juillet.

[669] Article 2.3 de la Proposition de directive, adoptée par la commission le 16 décembre 1992, COM(92) 589 final, SYN 159, JOCE n°C44/40, 16 février 1993.

d'auteur[670], les résultats des recherches génétiques effectuées à partir d'échantillons biologiques incorporés dans le domaine public peuvent être brevetables, s'ils remplissent les conditions techniques (a) et éthiques (b) de la brevetabilité.

a - Les conditions techniques de la brevetabilité

474. Qu'il soit européen[671] ou national, le brevet ne peut être délivré que si son objet constitue une invention et non une découverte. Comme l'article 52 de la Convention sur les brevets européens (C.E.B.), l'article L.611-10 du Code de la propriété intellectuelle (C.P.I.) dispose que « sont brevetables les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle ». Au sens de cet article, les découvertes ne sont pas considérées comme des inventions.

475. La *découverte* est « la perception par voie d'observation d'un phénomène naturel préexistant à toute intervention de l'homme alors que l'invention se caractérise en ce qu'elle est la coordination volontaire par l'homme de moyens matériels »[672]. Si le fait de mettre en évidence une substance dans la nature constitue une découverte non brevetable[673], il en résulte que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain, parce qu'elle consiste en la compréhension d'un phénomène naturel n'est pas une invention. Ainsi s'explique l'exclusion de la brevetabilité des « gènes en tant que tels » prévue à l'article L.611-17 du Code de la propriété intellectuelle. Cette expression est néanmoins source de confusion puisque, comme le rappelle la directive, la seule préexistence des gènes dans la nature ne suffit pas à exclure leur brevetabilité[674]. En effet, le gène isolé du corps humain ou autrement produit, peut être « le résultat de procédés

---

[670] Cass. civ. 1re, 30 juin 1998, *D.* 1999.somm.63, obs. C. Colombet.
[671] Convention sur la délivrance de brevets européens, signée à Munich le 5 octobre 1973, publiée par le décret n°77-1151 du 27 septembre 1977, *JO* 16 oct., entrée en vigueur le 7 octobre 1977.
[672] J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets,* Librairies techniques, 1984, p.179 et 180, n°161.
[673] OFFICE EUROPEEN DES BREVETS, *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office Européen des Brevets,* décembre 1994, partie C, cha.IV. 2.3.
[674] Article 3-2 de la directive, *préc. ;* Groupe de conseillers pour l'éthique de la biotechnologie de la Commission européenne, *Avis n°8 sur les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions portant sur des éléments d'origine humaine,* 25 septembre 1996 ; D.P.B.B., *Commentaire de la proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques du 13 décembre 1995, Bull.* 31, p.9233, 1er février 1996 ; F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique,* Thèse Paris I, dact., 1997, n°73 et s., p.62 et s., pour cet auteur, la non brevetabilité du génome humain, est alors un « principe vidé de sa substance ».

techniques l'ayant identifié, purifié, caractérisé et multiplié en dehors du corps humain, techniques que seul l'être humain est capable de mettre en œuvre et que la nature est incapable d'accomplir par elle-même »[675]. Encore faut-il pour que la demande de brevet portant sur le gène soit recevable, que le revendiquant au brevet apporte une solution technique à un problème technique[676]. En effet, trois conditions cumulatives sont nécessaires à la reconnaissance de l'invention : la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle.

476. Est *nouvelle*, une invention qui n'est « pas comprise dans l'état de la technique. L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date du dépôt de la demande par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen » (article L.611.11 C.P.I, article 54-1 et 2 C.E.B.). Le caractère de nouveauté s'apprécie objectivement, en examinant si l'invention n'a pas été divulguée auparavant, et non subjectivement, en fonction de son originalité[677]. En conséquence, les gènes, qui ont toujours existé dans la nature, peuvent être brevetés si leur existence n'était pas connue auparavant[678].

477. Pour procéder de l'activité inventive du chercheur, l'invention portant sur les gènes ne doit pas, pour « l'homme de métier », découler « d'une manière évidente de l'état de la technique » (articles L.611-14 C.P.I. et 56 C.E.B.). L'homme de métier est un personnage de référence qui « doit appartenir au métier, à la discipline industrielle, auquel se pose le problème technique à résoudre »[679] et « qui possède les connaissances normales de la technique en cause »[680]. Lorsqu'il s'agit d'apprécier la brevetabilité des résultats de la recherche génétique, l'homme de métier sera un spécialiste en génétique pour qui l'invention n'apparaît pas évidente. La notion de « non-évidence » de l'invention se réfère aux résultats inattendus, atypiques qui ne sont pas obtenus par la mise en œuvre de simples

---

[675] Directive, *préc.,* considérant 21 ; article 5

[676] ACADEMIE DES SCIENCES, *La brevetabilité du génome,* Rapport n°32, Lavoisier 1995, p.17 ; J.-C. GALLOUX : note sous, Office Européen des Brevets, 8 décembre 1994, *D.* 1996.46, spéc.n°10 ; *La brevetabilité des éléments et des produits du corps humain ou les obscurités d'une loi grand public, JCP*1995.I.3878, spéc. n°27.

[677] *Contra,* CCNE, *Avis sur la non-commercialisation du génome humain,* n°27, 2 décembre 1991 qui, en utilisant le critère de l'originalité comme critère de la brevetabilité, dévoie les concepts juridiques de la brevetabilité, comme le fait remarquer J.-C. GALLOUX, *Ethique et brevet ou Le syndrome bioéthique, D.* 1993. 83, spéc.n°15.

[678] OFFICE EUROPEEN DES BREVETS, *Directives d'examen,* chapitre IV 2.3 ; OFFICE EUROPEEN DES BREVETS, div. opp., 8 décembre 1994, *D.* 1996.44 ; N.-J. MAZEN, *Problèmes juridiques liés aux applications médico-industrielles de la carte génétique humaine, R.R.J.* 1991.365, spéc.p.382.

[679] J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets,* Librairies techniques, 1984, p.394, n°380 ; M. VIVANT, *Le droit des brevets,* Dalloz, 1997, p.31.

[680] Cass. Com. 17 octobre 1995, *Bull. civ.* IV, n°232, p.216 ; *PIBD,* 1996.III.34, *Ann. propr. ind.* 1996.5, obs. P. Mathély.

opérations d'exécution[681]. L'appréciation de la non-évidence des résultats de la recherche génétique évolue avec le temps en fonction des progrès réalisés en matière de biologie moléculaire, de telle manière que la banalisation des procédés du génie génétique tend à « restreindre le champ et l'exercice de l'activité inventive »[682]. Aussi, dès lors que les techniques de séquençage (c'est-à-dire celles qui permettent de déterminer l'enchaînement de l'ordre des nucléotides) sont devenues automatiques et qu'elles sont à la portée de tout laboratoire correctement équipé dans ce but[683], les séquences des fragments d'ADN, obtenues à l'aide de ces procédés de biologie moléculaire, ne pourront plus être brevetables. L'activité inventive peut néanmoins se manifester si les produits obtenus par de tels procédés sont inattendus. L'Office Européen des Brevets a, ainsi, délivré un brevet européen portant sur un gène codant pour la relaxine, après avoir écarté l'argument selon lequel les moyens utilisés pour isoler l'ADN étaient des moyens classiques, en relevant que « quelles que soient les méthodes utilisées pour obtenir le produit » , « il n'existe aucune antériorité pertinente (...) permettant de qualifier d'évident » le produit revendiqué.

Le chercheur peut donc faire preuve d'activité inventive, d'une part, en isolant une séquence d'un gène du corps humain dont il caractérise la structure, peu importe que cette structure soit identique à celle d'un élément naturel[684] : il revendiquera, alors, une invention de produit. Son activité inventive peut, d'autre part, se manifester par la mise au point d'un procédé permettant de produire, de traiter ou d'utiliser une substance du corps humain : le chercheur fera une invention de procédé[685].

478. Quand bien même, le procédé ou la matière biologique sont nouveaux et procèdent de l'activité inventive du revendiquant, ils ne seront brevetables que s'ils sont susceptibles d'application industrielle. En effet, l'application industrielle est le critère de brevetabilité qui impose que l'objet de l'invention puisse « être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie » (articles L.611-15 C.P.I. et 57

---

[681] Paris, 5 mai 1988, *Ann. propr.ind.* 1988.281.
[682] J.-C. GALLOUX, *La brevetabilité des innovations génétiques sous la Convention sur le brevet européen : réalités et perspectives, Cah. propr. intell.,* oct 1990, vol.3, n°1, p.7, spéc. p. 32 ; N.-J. MAZEN, *Problèmes juridiques liés aux applications médico-industrielles de la carte génétique humaine, R.R.J.* 1991.365, spéc.p.383.
[683] CCNE, *Avis sur la non-commercialisation du génome humain,* n°27, 2 décembre 1991, Rapport.
[684] Article 5-2 de la directive, *préc.*
[685] Article de 2 et 3 de la directive, *préc.*

C.B.E). Le chercheur qui revendique une invention sur une séquence d'un gène devra ainsi concrètement exposer l'application industrielle de son invention[686].

S'il s'agit d'une invention de produit, il devra trouver un usage, au moins potentiel, à la séquence en déterminant sa fonction. Ainsi devra-il indiquer, outre la structure de la séquence d'ADN, la protéine codée par cette séquence car, à défaut elle ne contiendrait aucun enseignement technique rendant possible son application industrielle[687]. S'il revendique une invention de procédé en soutenant, par exemple, que la séquence permet de produire une protéine, il lui faudra préciser quelle protéine est produite ou quelle fonction elle assure[688].

479. Le chercheur peut-il, à cette fin, invoquer que l'usage de cette séquence permet la mise au point d'un test génétique de prédisposition, notamment la fabrication d'une biopuce[689] ? L'article L.611-16 du Code de la propriété intellectuelle[690] dispose que « ne sont pas considérées comme des inventions susceptibles d'application industrielle (...), les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain (...) ainsi que les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain (...) ».[691] Le but poursuivi par cette exception est de garantir que la mise en œuvre de ces méthodes ne soit pas entravée par l'existence d'un brevet[692]. A l'instar de toute disposition dérogatoire, cet article doit être interprété de façon restrictive[693]. Aussi, les méthodes de diagnostic, exclues de la brevetabilité, sont celles qui sont effectivement appliquées au corps humain et non celles appliquées aux substances prélevées du corps humain « dans la mesure où ces substances ne sont pas retournées au même corps »[694]. En effet, « une méthode n'est considérée comme appliquée au corps humain (...) que si la phase d'exploration et la mise en évidence du symptôme au moyen du résultat s'effectuent toutes deux à

---

[686] Article 5-3 de la directive, *préc.*
[687] OFFICE EUROPEEN DES BREVETS, 8 décembre 1994, *D.* 1996.46 ; M.-R. HIRSCH, *La brevetabilité dans le domaine du vivant, Gaz. Pal.* 1998.doct.641, spéc.p.642.
[688] Directive, *préc.,* considérant 24.
[689] *Supra* n°353.
[690] Voir également l'article 52 (4) C.B.E
[691] Cette disposition ne s'appliquant « pas aux produits (...) pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes », elle ne s'oppose pas à ce que le chercheur, qui isole un séquence du corps humain en déterminant la protéine codée par cette séquence, puisse revendiquer une invention de produit .
[692] OFFICE EUROPEEN DES BREVETS, Ch. rec. tech., T.116/85, 14 octobre 1987, *JOOEB* 1989.13 ; T82/93, 15 mai 1995, *JOOEB* 1996.274.
[693] OFFICE EUROPEEN DES BREVETS, Ch.rec. tech.,T.144/83, 27 mars 1986, *JOOEB* 1986.301.
[694] OFFICE EUROPEEN DES BREVETS, *Directives d'examens,* chap.IV, partie C, 4.3

même l'organisme humain »[695]. Les tests génétiques de prédisposition, qui portent sur des échantillons sanguins, ne sont donc pas exclus de la brevetabilité.

480. Ainsi, une séquence d'un gène isolé du corps humain, même si elle préexiste à l'état naturel, peut faire l'objet d'une brevet, en tant qu'invention de produit ou de procédé, si le chercheur indique quelle est la fonction de cette séquence. Quand bien même, dans ce cas, les conditions techniques de la brevetabilité sont remplies, les inventions portant sur les gènes peuvent se voir interdire l'accès au brevet si elles ne satisfont pas à des conditions éthiques.

b - Les conditions éthiques de la brevetabilité

481. Ne sont pas brevetables, « les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. » (articles L.611-17 C.P.I. et 53 a C.B.E.)

482. Les notions d'ordre public et de bonnes mœurs, si elles ont pour fonction de poser des interdits sociaux, sont « des normes à contenu indéterminé, des standards, qui ne répondent à aucune définition précise »[696]. Il appartient donc aux instances chargées d'appliquer la règle de droit de préciser le contenu de ces notions. Selon les directives d'examen de l'Office Européen des brevets, l'appréciation de la contrariété de l'invention à l'ordre public et aux bonnes mœurs doit être faite strictement, pour ne concerner que des cas marginaux pour lesquels l'invention apparaît au public comme si répugnante qu'il est inconcevable de la breveter[697].

483. Aussi, l'Office Européen des brevets[698] a-t-il décidé qu'une séquence d'ADN qui code pour une protéine humaine (la relaxine H2), pouvait être brevetée

---

[695] OFFICE EUROPEEN DES BREVETS., Ch.rec. tech., T.385/86, 25 septembre 1987, *JOOEB* 1988.308.

[696] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations,* Dalloz, 7e éd. 1999, n°348, p. 345.

[697] OFFICE EUROPEEN DES BREVETS, *Directives d'examen*, partie C, Chap.IV, 3.1.

[698] En revanche, s'agissant de la brevetabilité des inventions portant non sur l'homme mais sur des animaux, le contrôle de l'Office Européen des Brevets s'exerce *a priori* sur toute catégories d'inventions et non pas sur celles les plus choquantes . Aussi n'a-t-il accepté de délivrer un brevet portant sur une souris transgénique qu'après avoir mesuré la souffrance des animaux et les risques de l'invention par rapport à son utilité pour l'humanité, Ch.rec. tech., T.19/90, 3 octobre 1990, *JOOEB*, 1990.476 ; Cette conception extensive de l'exclusion de la brevetabilité pour des motifs d'ordre public ou de bonnes mœurs, critiquée par M. GALLOUX, (*Ethique et brevet ou Le syndrome bioéthique, D.*1993.83, spéc. n°31), a été reprise par la directive. Son article 6 d. exclut la brevetabilité des « procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature

dès lors qu'il ne s'agissait pas de breveter la vie humaine[699]. L'ADN « n'est pas la vie », mais « seulement une substance chimique porteuse de l'information génétique » qui peut servir « à produire des protéines utilisables en médecine ». Le brevet du gène codant pour la relaxine a donc été maintenu puisque, outre qu'il « n'existe pas de large consensus dans l'opinion publique des Etats contractants pour conclure qu'il est immoral de breveter » des gènes humains, ce brevet ne heurte pas les « normes morales généralement acceptées en encourageant l'esclavage, la vente des femmes etc. »[700].

484. La directive du 6 juillet 1998 s'inspire de la jurisprudence de l'office européen des brevets. Après avoir recherché les cas où un consensus existe, au sens de l'Union européenne, sur la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs de la brevetabilité, (considérant 40), la directive, dans son article 6-2, exclut de la brevetabilité les procédés de clonage reproductif humain, les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain mais aussi l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales. Cette liste est indicative et ne donne qu'une orientation aux juges et aux offices de brevets nationaux qui devront apprécier au cas par cas si la brevetabilité d'un élément du corps est choquante ou non (Considérant 38).

485. Puisque l'invention qui porte sur les gènes de prédisposition, vise, le plus souvent, à permettre la mise au point d'un test génétique, elle ne devrait donc pas être exclue de la brevetabilité, alors même que l'exploitation de cette invention pourrait être limitée ou contrôlée en droit interne. En effet, à l'instar des articles L.611-17 du Code de la propriété intellectuelle et 53 a de la Convention sur les brevets européens, l'article 6 de la directive énonce que l'exploitation ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire. L'octroi d'un brevet ne signifie pas pour autant que son titulaire pourra exploiter l'objet breveté car l'autorisation d'exploitation peut être limitée, interdite, contrôlée par les législations nationales, européennes ou internationales [701]. Si la délivrance d'un brevet n'emporte pas une autorisation inconditionnelle d'exploiter l'invention, en revanche, elle assure la protection de l'invention.

à provoquer des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal ».

[699] OFFICE EUROPEEN DES BREVETS, Div. opp., 8 décembre 1994, *JOOEB* 1995.388, *D.*1996.44, note J.-C. Galloux.

[700] Décision, *préc.*

(2) Les effets du brevet

486. Le brevet protège son titulaire en lui conférant le droit d'empêcher, pendant un temps limité, les tiers d'exploiter l'invention à des fins industrielles ou commerciales [702]. Accordé afin de récompenser la créativité du chercheur, ce droit de propriété incorporelle porte sur sa seule invention. L'affirmation selon laquelle l'admission de la brevetabilité des gènes conduirait à une appropriation de ceux-ci est donc erronée puisque l'octroi d'un brevet sur un gène donne un droit de propriété, non pas sur ce gène[703], mais sur « la création technique qui prendra forme dans un objet particulier »[704]. « Il faut se garder de croire que la brevetabilité implique la patrimonialité de l'élément qui a été à l'origine de l'invention. En effet, il serait erroné de concevoir le brevet comme consacrant un droit d'appropriation matérielle : c'est tout au plus un droit d'appropriation immatérielle qui confère celui d'exploiter pendant un temps limité l'invention concernée » [705].

487. Si l'accès économique est réservé au titulaire du brevet, l'accès intellectuel est ouvert à la collectivité[706]. En effet, le brevet est un moyen de diffusion des connaissances[707] dans la mesure où la demande de brevet est publiée afin de la rendre accessible au public. Pour ce faire, lors de la demande de brevet, l'invention doit être exposée de façon suffisamment complète pour qu'un homme de métier puisse l'exécuter (articles L.612-5 CPI et 83 CBE).

Dans le cas où la demande porte sur une matière biologique auquel le public n'a pas normalement accès, la matière doit être non seulement décrite par écrit, mais aussi déposée auprès d'un organisme habilité qui pourra les rendre disponible auprès des tiers en leur remettant un échantillon biologique. (L.612-5 alinéa 2 CPI). Cette remise, souvent dénoncée en droit des brevets comme pouvant aboutir à

---

[701] Considérant 14 de la directive, *préc.*
[702] Considérant 14 de la directive, *préc.*
[703] OFFICE EUROPEEN DES BREVETS, Div. opp., 8 décembre 1994, *JOOEB* 1995.388, *D.*1996.44, note J.-C. Galloux ; Considérant 20 de la directive, *préc.* : « Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas au corps humain et à ses éléments dans leur environnement naturel »
[704] J.-C GALLOUX, *Aspects juridiques de la brevetabilité du vivant,* dans*, Droit et génie génétique ,* dir. S. Soumastre, éd. scientifiques Elsevier, 1994, p.128, spéc. p.129.
[705] CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 135.
[706] M. VIVANT, *La notion juridique de brevet,* dans*, Le génome et son double,* dir. G. Huber, éd. Hermes 1996, p.147, spéc. p.148.
[707] B. PHELIP, *Différentes voies d'approche de la brevetabilité. Le point de vue juridique,* dans, *La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant,* Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences et la fondation Singer-Polignac oct. 1995, p.97, spéc. p.101 ;

mettre dans les mains des concurrents des éléments essentiels de l'invention brevetée[708], a été strictement encadrée par la directive. Son article 13 § 2 prévoit que l'accès à l'échantillon biologique déposé n'est accordé, jusqu'à la première publication du brevet, qu'aux seules personnes autorisées en vertu du droit national, c'est-à-dire celles qui instruisent la demande de brevet (article L.612-8 et s. C.P.I), entre la première publication et la délivrance du brevet, à toute personne qui en fait la requête, ou si le déposant en fait la demande uniquement à un expert indépendant, et après la délivrance du brevet, à toute personne qui le demande.

En outre, l'article 13 § 3 de la de directive oblige celui qui obtient l'échantillon biologique à ne pas le communiquer à des tiers et à ne l'utiliser qu'à des fins expérimentales. En effet, les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas « aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention » (article L.613-5 C.P.I.).

488. La crainte du « kidnapping » de l'information[709] par les chercheurs qui déposent des brevets sur les résultats de leur recherche génétique est donc injustifiée puisque la diffusion légale des inventions est assurée, en France, par l'Institut national de la propriété intellectuelle. Ce dernier, en application de l'article L.612-21 du Code de la propriété intellectuelle, publie le dossier de demande de brevet « par mise à la disposition du public du texte intégral ou par diffusion grâce à une banque de données ou la distribution du support informatique » .

Cette diffusion des résultats doit être garantie pour tous les résultats de la recherche génétique, même s'ils ne conduisent pas à la délivrance d'un brevet.

B) La diffusion des résultats de la recherche

489. La diffusion des résultats de la recherche est, le plus souvent, assurée par des banques de données, lesquelles permettent la collecte et la distribution d'un volume important d'informations[710].

CCNE, *Avis sur la non-commercialisation du génome humain,* n°27, 2 décembre 1991, Rapport.

[708] B. PHELIP, *préc.* spéc. p.100.

[709] D.P.B.B., *Brevetabilité du vivant,* n°97 et s.

[710] ASSEMBLEE NATIONALE, *Etude d'impact concernant le projet de loi portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*, n°383 (annexe), 22 octobre 1997.

En matière de recherche génétique, il est possible de distinguer deux catégories de banques de données : d'une part, « les bases de séquences génomiques comprenant des ensembles de données informatisées non nominatives issues du séquençage des fragments d'ADN » et d'autre part, « les bases de données spécifiques mettant en relation des informations génétiques et des commentaires de diverses natures »[711]. Instruments de connaissance[712], les banques de données génétiques permettent, ainsi, aux chercheurs d'avoir accès aux informations, les plus récentes, concernant les prédispositions. Parce que leur réalisation suppose des investissements importants, et qu'« il est facile d'y accéder ou de les copier et de les réutiliser à un coût très inférieur à celui que requièrent leur constitution et leur diffusion » [713], les bases de données doivent être protégées. La protection des banques de données génétiques (1) ne doit pas entraîner une appropriation de l'information préjudiciable au progrès de la connaissance. Aussi, l'accessibilité des chercheurs aux banques de données génétiques doit-elle être garantie (2).

(1) La protection de la banque de données génétiques

490. La directive 96/9/CE du 11 mars 1996[714] a prévu une harmonisation de la protection juridique des bases de données sur le plan communautaire, justifiée par les disparités existant entre les législations nationales (considérant 2). Elle a été transposée en droit interne par la loi n°98-536 du 1er juillet 1998[715]. La définition de la base de données comme « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre

---

[711] MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Rapport sur la protection intellectuelle des résultats des recherches sur le Génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN*, 10 juin 1994 ; N. MALLET-POUJOL, *L'accès aux banques de données génétiques : perspectives juridiques*, dans, *La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant*, Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences et la fondation Singer-Polignac oct 1995, p.167, spéc. p.168.

[712] Cass. crim. 29 juin 1960, *Bull. crim.* n°350, p.766 : la constitution d'une banque de données ne se conçoit qu'en vue d'une utilisation puisqu'il s'agit de permettre à un individu un accès facile à un certain nombre de connaissances.

[713] ASSEMBLEE NATIONALE, *Etude d'impact concernant le projet de loi portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, préc.*

[714] Directive 96/9 du Parlement et du Conseil concernant la protection juridique des bases de données, 11 mars 1996, *JOCE* N°L.77/20 du 27 mars 1996.

[715] Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars

moyen » (article L.112-3 C.P.I., article 1§2 de la directive) a vocation à s'appliquer aux banques de données génétiques qui réunissent, notamment, des informations sur les prédispositions. Dès lors, de telles banques peuvent être doublement protégées : la protection de la structure d'une base de données est assurée par un droit d'auteur (a), la protection de son contenu est garantie par un droit, que la directive qualifie de « sui generis » (b). Ayant des objets différents, les deux protections sont cumulables. Le titre premier de la loi complète, ainsi, le livre I du Code de la propriété intellectuelle par des dispositions relatives au droit de l'auteur de la base de données (articles L.112-3 et L.122-5). Son titre II insère dans le livre III de ce Code un titre IV relatif aux droits des producteurs de base de données (article L.341-1 et s.).

1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JO* 2 juillet ; D. BECOURT, *Bases de données, Gaz. Pal.*1998.2.1045.

a - La protection de la structure de la banque de données génétiques par le droit d'auteur

491. La condition (i) et l'étendue de la protection de l'agencement de la banque de données génétiques (ii) doivent être précisées.

i - Condition de la protection

492. Avant même l'adoption de la directive et de la loi, la Cour de cassation avait admis qu'une banque de données pouvait être reconnue comme une œuvre[716] en subordonnant sa protection par le droit d'auteur à son originalité[717]. Si l'originalité de l'œuvre est la condition nécessaire et suffisante à la protection[718], elle est néanmoins une notion floue[719] qui est appréciée différemment selon la catégorie d'œuvre à protéger.

493. Parce qu'elle suppose l'utilisation de moyens informatiques[720], la banque de données aurait pu être protégée en se référant au critère d'originalité retenu par la jurisprudence pour les logiciels, c'est-à-dire celui « d'apport intellectuel » de

---

[716] Affaire Microfor-Le Monde (réalisation d'une banque de données à partir d'articles de journaux) : Cass. civ. 1re, 9 novembre 1983 : œuvre citante, *Bull. civ.* I, n°266, p. 237 ; *JCP* 1984.II.20189, note A. Françon ; *D.*1984.IR.290, obs. C. Colombet ; *Gaz. Pal.* 1984.1.177, note R. Plaisant ; J. Huet, *Droit de l'informatique : la liberté documentaire et ses limites, ou les banques de données à l'épreuve du droit d'auteur, D.*1984.129 ; Cass. Ass. Plén. 30 octobre 1987 : œuvre à caractère d'information, *D.* 1988.21, concl. J. Cabannes ; *JCP* 1988.II.20932, rapport Nicot, obs. J. Huet ; *RIDA* 1988, janv. 1988, p. 78, concl. J. Cabannes ; *RTDCom* 1988.57, obs. A. Françon ; *Petites affiches*, n°75, 22 juin 1988 : D. Bécourt, *Réflexions sur l'arrêt Microfor*, p. 14, et, E. Derieux, *Banques de données et droit d'auteur, l'arrêt Microfor*, p. 7.

[717] Affaire Coprosa : Cass. civ. 1re, 2 mai 1989, *JCP* 1990.II. 21392, note A. Lucas ; *RIDA*, janvier 1990, p. 290, obs. A. Kérever ; *RTDCom.* 1989.675, note A. Françon ; *D.*1990. somm.49, obs. C. Colombet.

[718] Considérant 16 de la directive : aucun autre critère que l'originalité au sens de la création intellectuelle de l'auteur ne devra être appliqué pour déterminer si une base de données est protégeable par le droit d'auteur ou non, et en particulier, aucune évaluation de la qualité ou de la valeur esthétique de la base ne devra être fait ; Cass. civ. 1re, 11 février 1997, *D.* 1998.290, F. Greffe.

[719] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins,* Dalloz, 9e éd. 1999, n°35, p. 29.

[720] Exposé des motifs à la proposition de directive du conseil concernant la protection juridique des bases de données, COM (92) 24 final - SYN 393, 13 mai 1992, p. 40.

leur auteur. Ainsi, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, le 7 mars 1986[721] a-t-elle exigé que l'apport intellectuel de l'auteur révèle « un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante », effort dont « la matérialisation » réside « dans une structure individualisée ».

494. Le recours au concept d'apport intellectuel pour caractériser l'originalité de la banque de données, « fruit d'une nouvelle technologie et marquée par des considérations plus fonctionnelles qu'artistiques »[722], est tentant, mais est, néanmoins, insuffisant. Ainsi, l'exposé des motifs de la proposition de directive sur la protection des bases de données, s'il a relevé que les processus de création des bases de données étaient similaires, et que le logiciel était une composante essentielle de la gestion d'une base de données, a montré les limites d'une telle analogie. En effet, l'originalité d'une base de données « doit être démontrée en ce qui concerne le choix ou la disposition des matières qui constituent le recueil, plutôt qu'en ce qui concerne une œuvre dans son ensemble, comme c'est le cas d'un programme d'ordinateur »[723]. Aussi, c'est par référence au critère légal du choix et de la disposition des matières, posé pour les anthologies aux articles 2§5 de la Convention de Berne[724], 10§2 de l'accord ADPIC[725] et 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, que l'originalité de la base des données génétiques doit être appréciée.

L'idée de protéger les banques de données en se référant aux anthologies a été avancée, pour la première fois par M. J. Huet. En effet « on peut considérer la banque de données comme un regroupement de documentation assimilable à une anthologie et méritant, à ce titre, une protection en tant qu'ensemble organisé»[726].

---

[721] Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, Société Babolat c/ Pachot, *JCP* 1986.II.20631, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M.Vivant ; *JCP* 1986. Ed.E. 1986.I.15791, n°1, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *D.* 1986.405, concl. J. Cabannes, note B. Edelman ; *RDPI* 1986, n°3.203, rapp. J. Jonquères.

[722] N. MALLET-POUJOL, *Commercialisation des banques de données*, CNRS éd., 1993, n°564, p.480.

[723] COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Proposition de directive concernant la protection juridique des bases de données*, 13 mai 1992, COM (92) 24 final - SYN 393, exposé des motifs, p.40.

[724] Article 2-5 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à de nombreuses reprises, et publiée par le Décret n°74-743 du 21 août 1974, *JO* 28 août.

[725] Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1 C : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), publié par le Décret n°95-1242 du 24 novembre 1995, annexe *JO* 26 novembre, entré en vigueur le 1er janvier 1995.

[726] J. HUET et Ph. Le TOURNEAU, *Droit privé et informatique*, dans, *Emergence du droit de l'informatique*, éd. Parques 1983, p. 18, spéc. P. 34 ; J. HUET, *La modification du droit sous l'influence de l'informatique - Aspect de droit privé, JCP* 1983.II.3095, n°19.

Le rapprochement entre la base de données et l'anthologie est consacré dans la loi qui insère la protection des bases de données à l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle traitant des anthologies et non à son article L.112-2 qui dresse la liste des œuvres de l'esprit dont le logiciel fait partie.

495. L'ancien article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle exigeait que l'originalité des anthologies soit démontrée cumulativement dans le choix *et* la disposition des matières. Cette condition cumulative avait été jugée abusive dans la mesure où la marque de la personnalité apparaît déjà par le seul choix des matières : la sélection est en elle-même un critère d'originalité[727]. Mais, à la suite de l'accord particulier complétant l'accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce qui applique aux compilations de données, alternativement, le critère du choix ou de la disposition des matières[728], la loi n°96-1106 du 18 décembre 1996 a modifié l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle. Désormais celui-ci dispose que « les auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres et de données diverses qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles » sont protégés par le droit d'auteur.

496. A la différence des anthologies, le critère du choix des matières a pu être considéré, par certains auteurs[729], comme inopérant pour apprécier l'originalité des banques de données ayant vocation à être exhaustive, telles les banques de données sur les séquences génomiques.

497. Si le choix des matières ne permet pas de protéger les banques de données exhaustives, en revanche, la disposition de la matière (réunion et classement) l'y autorise[730]. Ainsi, le caractère exhaustif d'un recueil n'a pas empêché la jurisprudence de protéger les annuaires en reconnaissant que « le fait de réunir un ensemble ordonné et complet » de données et « de les classer en diverses nomenclatures » constitue un œuvre donnant prise au droit d'auteur[731].

Comme les informations incluses dans les annuaires, les données de la banque ne sont pas accumulées en « vrac »[732]. Le producteur de la banque, qui les agence

---

[727] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9e éd. 1999, n°59, p. 49.
[728] Article 10§2 de l'accord ADPIC, *préc.*
[729] A. LUCAS, *Droit de l'informatique*, collection Themis Droit, PUF, 1re éd. 1987, n°264, p.298.
[730] N. MALLET-POUJOL, *Commercialisation des banques de données*, CNRS éd., 1993, n°573, p.491.
[731] Paris 18 décembre 1924, Didot-Bottin c/ de Thomasson, *D.H.* 1925.30
[732] M. VIVANT, *Recueils, bases, banques de données, compilations, collections...: L'introuvable notion ? A propos et au-delà de la proposition de directive européenne, D.* 1995.197, spéc.p.199.

d'une manière personnelle, et non selon un ordre qui s'impose par la nature des données[733], fait preuve d'originalité et pourra à ce titre bénéficier de la protection reconnue à l'auteur. L'originalité de la disposition est appréciée au cas par cas. Elle apparaîtra nécessairement dans les banques de données qui, pour la première fois, ont une organisation spécifique. Ainsi, les bases de données originaires liées à la recherche génétique, seront protégées *ipso facto*. Néanmoins si la nouveauté de l'agencement est un indice de l'originalité, il n'en constitue pas le critère. En effet, l'originalité de la banque de données génétiques qui utilise la même structure que la précédente pourra résulter des détails dans l'aménagement des fichiers[734].

498. Une fois réunies les conditions de la protection de la structure de la banque de données génétiques, son auteur jouit de prérogatives dont il convient de déterminer l'étendue.

ii - Etendue de la protection conférée par le droit d'auteur

499. Le droit d'auteur protège uniquement la structure de la base et non son contenu, comme il est rappelé à l'article 3§2 de la directive. En conséquence, il n'emporte pas une appropriation des données contenues dans la base car, en application de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle, la propriété incorporelle est indépendante de la propriété des objets matériels. Si les données engrangées dans la banque de données sont des données libres de tout droit, telles celles issues du séquençage des fragments d'ADN, le fait pour le producteur de la base de les réunir dans la banque ne fait naître aucun droit sur celles-ci. Il en est de même si les données traitées dans la banque sont protégées par un droit d'auteur, notamment lorsque la banque reproduit des publications scientifiques relatives aux prédispositions génétiques. Néanmoins, l'auteur de la base de données ne pourra insérer de telles données dans sa banque, qu'après avoir respecté les prérogatives de l'auteur de la publication en sollicitant son autorisation. En effet, la protection des bases de données par le droit d'auteur est « sans préjudice des droits subsistant sur ledit contenu » (article 3§2 de la directive).

500. Le droit d'auteur confère à son titulaire des attributs d'ordre moral (article L.121-1 et s. C.P.I. : droit au respect, droit de divulgation, droit de

---

[733] F. GOTZEN, *Grandes orientations du droit d'auteur dans les Etats membres de la C.E.E. en matière de banques de données*, dans, *Banques de données et droit d'auteur*, Colloque IRPI 1986, Librairies Techniques, 1987, p. 85 spéc.p.95.

repentir) ainsi que des attributs d'ordre patrimonial (L.122-2 et s. C.P.I. : droit de représentation, de reproduction, de traduction et d'adaptation)[735]. Par son droit patrimonial, l'auteur d'une base de données pourra déterminer la façon dont son œuvre sera exploitée, et par qui, en contrôlant la distribution de son œuvre à des personnes non autorisées (Trentième considérant de la directive)[736].

501. Le monopole d'exploitation de l'auteur d'une base de données connaît, néanmoins, des exceptions. Certaines sont communes à toutes les œuvres, alors que d'autres sont spécifiques aux banques de données.

502. Ainsi, conformément à l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur ne peut interdire, après avoir divulgué son œuvre, notamment, les analyses et courtes citations justifiées par le caractère pédagogique et scientifique de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées, sous réserve d'indiquer le nom de l'auteur et la source. Cette exception est également prévue à l'article 6§2 de la directive.

La proposition de directive du 13 mai 1992 réservait cette exception au cas où la banque de données contenait une œuvre protégée par un droit d'auteur en autorisant le droit de citation de cette œuvre et les utilisations à des fins d'enseignement[737]. Selon la proposition de directive, la faculté d'utiliser de brefs extraits d'œuvres ne devait pas « être supprimée pour la simple raison que l'accès à l'œuvre passe par une base de données » et devait continuer à s'appliquer, indépendamment du fait que l'œuvre était désormais incorporée dans une base de donnée[738]. Pourtant, la proposition de directive apportait davantage une exception au droit d'auteur d'une œuvre contenue dans une banque de données qu'une exception au droit d'auteur sur la structure de la banque de données. Ainsi, la directive a précisé que cette exception ne pouvait porter que sur la structure de la base, sur le choix ou la disposition des matières contenues dans celle-ci (considérant 35).

---

[734] N. MALLET-POUJOL, *Commercialisation des banques de données*, CNRS éd., 1993, n°576, p.495.

[735] La directive concernant la protection des bases de données, parce qu'elle a pour objectif prioritaire de développer le marché de l'information, traite des prérogatives patrimoniales de l'auteur, qui lui permettent d'exploiter son œuvre, et non des attributs d'ordre moral, qui relèvent de la législation des états membres.

[736] En cas de non-respect de ses droits, l'auteur de la base de données est protégé par l'action en contrefaçon. En outre, comme en matière de logiciels, le projet de loi prévoit que la saisie-contrefacon doit être exécutée en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal de grande instance (L.332-4 C.P.I.).

[737] Article 7 de la proposition de directive du conseil concernant la protection juridique des bases de données, 13 mai 1992, COM (92) 24 final - SYN 393.

[738] Exposé des motifs de la proposition précitée, p.47.

De même, lorsque l'auteur a divulgué son œuvre, il ne peut s'opposer à la reproduction à des fins privées de sa base de données, à tout le moins lorsqu'il s'agit d'une banque de données non électroniques (article L.122-5, 2°)

503. Alors que ces exceptions au monopole de l'auteur s'appliquent quelle que soit la nature de l'œuvre, celle insérée à l'article 122-5 5° du Code de la propriété intellectuelle est spécifique à la base de données. Selon cette disposition, « les actes nécessaires à l'accès au contenu de données électroniques pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat » ne peuvent être interdits par l'auteur (article 6 §1de la directive) . Cette exception se justifie par le fait qu'une violation du droit d'auteur sur la structure de la base a lieu dès qu'il y a accès à la base, lequel implique notamment la reproduction[739]. De même qu'il est incohérent de vendre un livre sans permettre à l'acheteur de le consulter librement, on ne peut exiger de l'utilisateur légitime qu'il sollicite l'autorisation de l'auteur de la banque de données chaque fois qu'il accède à la base.

504. La protection par le droit d'auteur de la banque ne permet de protéger que sa structure et non son contenu. Ainsi, elle n'interdit pas à un utilisateur de réutiliser les informations contenues dans la base de données et de les réagencer différemment[740]. « En effet, le droit d'auteur ne servira jamais à monopoliser les idées, ce qui implique la liberté pour les tiers de reprendre sous une autre forme les méthodes d'organisation de l'information, et même d'arriver à des résultats comparables en traitant de façon autonome les mêmes données de départ »[741]. Pour éviter cela, un nouveau droit, distinct du droit d'auteur est créé dont l'objet est de protéger le contenu de la base de données.

---

[739] COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Proposition de directive concernant la protection juridique des bases de données*, 13 mai 1992, COM (92) 24 final - SYN 393, exposé des motifs, p.45

[740] Cass. civ. 1re, 2 mai 1989, affaire Coprosa, *JCP* 1990.II. 21392, note A. Lucas ; *RIDA*, janvier 1990, p. 290, obs. A. Kérever ; *RTDCom*. 1989.675, note A. Françon ; *D*.1990. somm.49, obs. C. Colombet : Malgré « l'effort de recherche » nécessaire pour réunir les informations consistant en des organigrammes d'entreprises, le concurrent n'a pas été condamné pour contrefaçon.

[741] F. GOTZEN, *Grandes orientations du droit d'auteur dans les Etats membres de la C.E.E. en matière de banques de données*, dans, *Banques de données et droit d'auteur*, Colloque IRPI 1986, Librairies Techniques, 1987, p. 85 spéc.p.96.

b - La protection du contenu de la banque de données génétiques par un nouveau droit

505. Ce droit, intitulé « droit *sui generis* » dans la directive et « droits des producteurs de base de données » dans la loi, permet à son titulaire « d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif » (article 7 de la directive). Conformément à la directive, la loi précise que la condition de l'octroi du droit est celle de l'investissement substantiel (L.341-1 C.P.I.) (i) et détermine l'étendue de la protection qu'il confère (article L.342-1) (ii).

i - Condition de la protection

506. La loi protège le contenu d'une base de données génétiques, dès lors que la constitution, la vérification ou la présentation des informations a impliqué un investissement substantiel. Il s'agit de protéger le producteur de la base de données (terme préféré à celui de fabriquant utilisé dans la directive) contre « l'appropriation » par les tiers « des résultats obtenus de l'investissement financier et professionnel consenti par celui qui a recherché et rassemblé le contenu »[742].

507. L'investissement peut être financier, matériel ou humain (article L.341-1 alinéa 1 C.P.I.). Encore faut-il, pour que l'investissement donne prise au droit, qu'il soit quantitativement ou qualitativement substantiel, « c'est-à-dire suffisamment important »[743]. La formule, employée par la directive et reprise dans la loi, est vague puisqu'elle ne permet pas de déterminer à partir de quel seuil un investissement devient substantiel. Si un seuil de la quantité de l'investissement peut être fixé dans la mesure où la quantité se réfère à la somme d'argent investie par le producteur, en revanche celui de la qualité de l'investissement est difficilement déterminable. « L'emploi du temps, d'efforts et d'énergie », visés par

[742] Exposé des motif du projet de loi ; Considérant 39 de la directive.
[743] ASSEMBLEE NATIONALE, *Etude d'impact concernant le projet de loi portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du*

la directive (Considérant 40), sont des variables de la qualité de l'investissement dont l'appréciation, nécessairement subjective, est question d'espèce[744].

508. Même si le critère de l'investissement substantiel est flou, il se démarque de celui employé en droit d'auteur dans la mesure où aucune originalité n'est requise. Ainsi, la protection est conférée indépendamment de la possibilité pour la base et son contenu d'être protégés par le droit d'auteur (article 7-4 de la directive et projet d'article L.341-3 du C.P.I.) et sans préjudice d'un droit d'auteur existant sur les œuvres faisant partie du contenu de la base de données.

509. Dès lors que l'assemblage a nécessité un investissement financier, matériel ou humain important, la personne qui prend l'initiative et assume le risque de l'investissement (considérant 41 de la directive ; article L.341-1 alinéa du C.P.I) se voit reconnaître un droit dont les prérogatives tendent à le prémunir contre le pillage des données de la banque.

ii - Etendue de la protection conférée par le droit du producteur

510. Le droit exclusif du producteur sur sa base de données lui permet d'interdire deux types d'exploitation du contenu de la base : l'extraction de données, d'une part, par « transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support par tout moyen et sous toute forme que ce soit », et la réutilisation de celles-ci, d'autre part, c'est-à-dire « la mise à disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme. (article L.342-1 C.P.I. qui s'inspire l'article 7§2 de la directive).

511. Ce droit s'étend aux seules parties substantielles du contenu de la base. Le considérant 42 de la directive explique que le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation d'une partie substantielle du contenu vise « non seulement la fabrication d'un produit concurrent parasite, mais aussi l'utilisateur qui, par ses actes, porte atteinte de manière substantielle, évaluée qualitativement ou quantitativement, à l'investissement ». Ainsi, le droit *sui generis* trouve sa source dans la théorie de la concurrence parasitaire qui permet de sanctionner « les actes de celui qui tire profit ou s'efforce de tirer profit non seulement du renom acquis

---

Parlement européen et du Conseil, en date du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, n°383 (annexe), 22 octobre 1997.

par un tiers mais aussi des réalisations personnelles d'autrui »[745]. Il s'en distingue, néanmoins, dans ses conditions d'exercice dans la mesure où le droit permet à son titulaire de l'opposer au tiers *a priori* sans avoir à faire la preuve de la faute exigée par les règles de la responsabilité civile pour sanctionner les agissements parasitaires[746]. Conscients des divergences qui existaient dans les états membres sur le régime de la concurrence déloyale, les auteurs de la directive, estimant qu'il était difficile d'entamer une harmonisation de ce régime sur le seul domaine des bases de données, ont donc opté pour le droit exclusif.

512. Dès lors que l'étendue de ce droit a été limitée aux parties substantielles de la base, à la différence de ce qui était prévu dans la proposition de directive du 13 mai 1992 et dans celle modifiée du 4 octobre 1993, l'extraction ou la réutilisation par l'utilisateur légitime d'une partie non substantielle ne constitue plus une exception au droit du fabricant mais un droit de l'utilisateur (article 8 de la directive). En conséquence l'article L.342-2, 1° du Code de la propriété intellectuelle dispose que, lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, « celui-ci ne peut interdire l'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a licitement accès ». Encore faut-il que de tels actes ne portent pas préjudice à l'investissement du titulaire des droits, en constituant des extractions ou des réutilisation répétées ou systématiques de la partie non substantielle du contenu[747] (articles 7-2 et 8 de la directive, article L342-2 C.P.I.).

513. Les prérogatives du producteur traduisent un monopole d'exploitation du contenu informationnel de la base de données mais ne conduisent pas à lui reconnaître un droit de propriété sur l'information. Si le considérant 46 de la directive affirme clairement que le droit *sui generis* n'entraîne pas un droit sur les œuvres, les données, ou les éléments d'une base de données, en revanche, l'article L.341-1 alinéa 2 n'est pas aussi explicite. En effet, en disposant que la protection « est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs », l'article ne vise que l'hypothèse où les données contenues dans la base sont elles-

---

[744] D. BECOURT, *Bases de données, Gaz. Pal.*1998.2.1045, spéc. p.1051.
[745] LAMY, *Droit de l'informatique et des réseaux*, 1999, n°253.
[746] A. WEBER, *La protection des bases de données : études de la proposition de directive du Conseil et premières interrogations, Gaz. Pal.* 1993.2.1271, spéc. p.1273 ; V.-L. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Thèse Paris II, 1996, n°522, p. 337 ; N. MALLET-POUJOL, *La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative, D.I.T.* 1996/1.6, spéc. p.9.

mêmes protégées par un droit. Est-ce à dire que le producteur se voit reconnaître un droit sur les informations brutes contenues dans sa base, telles les séquences des gènes de prédisposition ? Une interprétation *a fortiori* de l'article impose une réponse négative : si le producteur n'a pas de droit sur les œuvres protégées, il n'y a aucune raison d'admettre qu'il en aurait sur les informations brutes insusceptibles d'appropriation privative[748].

514. Les prérogatives du producteur de la banque de données sur le contenu de celle-ci, peuvent, comme en matière de droit d'auteur sur la structure de la banque, connaître des exceptions. Attachant de l'importance à un parallélisme entre les exceptions au droit d'auteur et au droit sui generis, la directive calque les exceptions au droit *sui generis* prévues à l'article 9 sur celles de l'article 6-2 relatives au droit d'auteur.

Aussi la directive prévoyait-elle notamment que les états membres avaient la possibilité de prévoir que l'utilisateur légitime d'une base de données, mise à la disposition du public pût extraire, sans l'autorisation du titulaire du droit, des parties substantielles du contenu de la base, « à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, pour autant qu'il indique la source et dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivie » (article 9b). Si la loi a choisi de ne pas transposer cette exception en droit interne[749], cela ne fait néanmoins pas obstacle à ce que les chercheurs, utilisateurs légitimes de la base de données génétiques, extraient et réutilisent des parties non substantielles de la base, au titre de l'article L.342-3, 1° du code de la propriété intellectuelle.

515. Pour conjurer le risque de confiscation par le producteur de certaines informations scientifiques, préjudiciable au progrès de la connaissance, il y a lieu de garantir la libre accessibilité des banques de données génétiques à toute la communauté scientifique[750].

---

[747] Exposé des motifs du projet de loi, p.6.

[748] Trib. com. Compiègne, 2 juin 1989, *D.I.T.* 1989-4.60, note N. Poujol ; D. BECOURT, *Bases de données, Gaz. Pal.* 1998.2.1045, spéc. p. 1053 : il s'agit d'un droit autonome.

[749] Cette exception est la seule que la loi n'ait pas transposée : Articles L.342-3 : « lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire : 2° L'extraction à des fins privées d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données non électronique sous réserve du respect des droits d'auteur ou des droits voisins sur les œuvres ou éléments incorporés dans la base", et L.331-4 : « les droits mentionnés dans la première partie du présent code ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entrepris à des fins de sécurité publique".

[750] N. LENOIR, *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française,* avec la collaboration de B. Sturlèse, Rapport au Premier ministre, Doc. Française, 1991, tome I, p. 155.

(2) L'accessibilité de la banque de données génétiques

516. La question de l'accès aux bases de données génétiques est liée directement à celle de la propriété du savoir[751]. Or, quand bien même la vocation première d'une base de données est d'assurer une large diffusion des données, la compétition scientifique peut conduire le producteur à limiter l'accès à un usage interne, notamment lorsque la base contient des données génétiques susceptibles de déboucher sur un dépôt de brevet[752]. Il y donc lieu non seulement de garantir un accès égalitaire des chercheurs à une banque de données génétiques, rendue accessible au public (a), mais aussi d'imposer cet accès au producteur qui ne la rend pas accessible au public (b).

a - L'accès égalitaire à une banque de données génétiques « accessible au public »

517. Pour régler la question de l'accès aux banques de données, les différentes propositions de directive imposaient, dans certains cas, au producteur de concéder une licence à des tiers lorsque la base de données était rendue accessible au public, « c'est-à-dire librement interrogeable »[753].

518. Aussi la proposition de la directive du 4 octobre 1993 instaurait-elle un droit d'accès à l'information[754] afin d'atténuer le monopole de producteur sur sa base en prévoyant deux régimes de licences non volontaires lorsque la base de données était accessible au public.

---

[751] CCNE, *Avis sur la non-commercialisation du génome humain*, n°27, 2 décembre 1991, Rapport.

[752] N. MALLET-POUJOL, *L'accès aux banques de données génétiques : perspectives juridiques,* dans*, La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant,* Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences et la fondation Singer-Polignac oct 1995, p. 167, spéc. p.170.

[753] Article 11-3 de la proposition modifiée de directive concernant la protection des bases de données, 4 octobre 1993, *JOCE* n°C 308/1 du 15 novembre 1993 ; L'article 11-2 de la proposition modifiée du 18 mai 1995 précise qu'une banque de donnée est rendue accessible au public « en ce sens qu'elle peut être interrogée par quiconque et qu'elle peut être interrogée dans les mêmes conditions dans son intégralité », *Document du Conseil n°7192/95 ADD.1 ;* cette proposition est reproduite dans, ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la proposition modifiée de directive du Conseil concernant la protection juridique des bases de données,* C. Josselin, n°2071, 31 mai 1995, p.21.

[754] D. DELAVAL, *Le projet de directive relatif à la protection juridique des bases de données ou l'adaptation du droit d'auteur au traitement de l'information, Gaz. Pal.* 1993.1.67.

Une licence privée pouvait être accordée à des fins commerciales si les œuvres ou les matières contenues dans la base ne pouvaient être crées, assemblées ou obtenues d'une autre source, mais non dans un but d'économie de temps, d'efforts ou d'investissements financiers[755].

Des licences publiques, permettant d'extraire et de réutiliser le contenu de la base de données, devaient également être accordées lorsque la base de données avait été rendue accessible par « les administrations publiques ou les firmes et organismes publics qui ont une obligation générale de rassembler et de diffuser l'information, ou qui sont créés dans ce but ou autorisés à le faire en vertu de la législation en vigueur », mais également « par des entreprises ou des firmes qui jouissent d'un monopole, en vertu d'une concession exclusive accordée par un organisme public. » (article 11§2).

519. Puis, à cette distinction entre les licences publiques et privées a été substituée celle des licences non volontaires à des fins commerciales et à des fins de recherche scientifique ou d'enseignement[756].

Les licences commerciales visaient non seulement les entreprises privées jouissant d'un monopole, mais aussi les administrations publiques, sous réserve de ne pas faire échec à l'accomplissement d'une mission d'intérêt général. La licence n'aurait été accordée que si les données d'une banque de données, accessible au public, ne pouvaient être obtenues autrement, que la demande n'était pas faite dans un but principal d'économie et de temps, d'efforts ou d'investissements financiers, mais aussi que le demandeur s'engageait à apporter une valeur ajoutée au contenu de la base.

La licence à des fins de recherche scientifique ou d'enseignement était soumise aux mêmes conditions, à l'exception de celles obligeant le demandeur à apporter une valeur ajoutée aux bases et à prouver que sa demande n'était pas motivée dans but principal d'économie de temps, d'efforts et d'investissements financiers. La délégation française s'opposait à l'admission d'une telle dérogation qui, même si elle était *a priori* de nature à répondre au souci louable de promouvoir la circulation de l'information dans ce domaine, « était susceptible de favoriser le pillage des bases de données, de dissuader les organismes de recherche de les

---

[755] Article 11-1 de la proposition modifiée de directive du conseil concernant la protection juridique des bases de données, 4 octobre 1993, *JOCE* n°C 308/1 du 15 novembre 1993.
[756] Articles 11 et 15 de la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la protection juridique des bases de données, 18 mai 1995, et reproduite dans, ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la proposition de directive préc.,* p.21.

rendre accessibles au public, et de compromettre le développement de la politique de recherche scientifique et technique »[757]. Il semble néanmoins qu'une telle critique était excessive dans la mesure où elle méconnaissait la finalité d'une telle licence : cette dernière ne consistant pas en une licence de commercialisation destinée à un rediffuseur de l'information, mais une licence d'usage réservée aux utilisateurs finaux qui ne concurrencent pas le producteur de la base de données[758], il n'y avait aucune raison d'exiger que le demandeur d'une telle licence s'engageât à apporter une valeur ajoutée à la base et à ne pas faire cette demande dans un but d'économie de temps, d'efforts et d'investissements financiers.

520. Pourtant, sous la pression des pays nordiques et des professionnels[759], la possibilité d'accorder des licences non volontaires a été supprimée dans la version finalement adoptée de la directive. Elle se justifiait comme contrepoids à un droit *sui generis* fort applicable, dans la proposition de la Commission, aux parties même non substantielles de la base. L'étendue du droit *sui generis* ayant été limitée à la totalité ou à une partie substantielle du contenu de la base, « le Conseil est parvenu à la conclusion que la possibilité d'obtenir de telles licences n'est plus essentielle à assurer un bon équilibre entre les droits du fabricant d'une base de données et ceux des utilisateurs de celle-ci »[760]. Néanmoins, l'article 16§3 de la directive prévoit que si, dans les trois ans suivant l'entrée en vigueur de la directive, l'application du droit *sui generis* a entraîné des abus de position dominante ou d'autres atteintes à la libre concurrence, un régime de licences non volontaires pourra être mis en place. En effet, les dispositions de la directive sont sans préjudice de l'application des règles de la concurrence (considérant 47) et de la consommation, lesquelles permettent de réguler l'accès à une banque de données.

521. Les limites au pouvoir du producteur de paralyser arbitrairement l'accès à sa banque de données seront donc posées par le droit de la concurrence[761] et de la consommation. Le refus du producteur de permettre à des tiers d'accéder à une

---

[757] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport sur la proposition de directive préc.,* p.20.
[758] J. HUET, *Droit de la concurrence et services d'information : accès à l'information primaire et possibilité d'abus de position dominante, Les petites affiches,* 30 juin 1993, n°78.46, spéc. note 9 ; J. HUET et H. MAISL, *Droit de l'informatique et des télécommunications,* Litec, 1989, n°549, p.596.
[759] V.-L. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Thèse Paris II, 1996, n°526, p.339.
[760] Position commune (CE) n°20/95 arrêtée par le Conseil le 10 juillet 1995 en vue l'adoption de la directive concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE* n°C 288/14 du 30 octobre 1995, Exposé des motifs, p.27.
[761] N. MALLET-POUJOL, *La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative, D.I.T.* 1996/1.6, spéc. p.14.

banque de données génétiques accessible au public peut-il constituer un abus de position dominante ou un refus de vente sanctionnables ?

522. En application de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, l'abus de position dominante est prohibé, s'il a pour objet ou pour effet « d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché » (article 7). L'abus par le producteur d'une banque de données en position dominante sera constitué si l'exercice de son droit empêche notamment « la création et la diffusion de nouveaux produits et services présentant une valeur ajoutée d'ordre intellectuelle, documentaire, technique, économique ou commercial » (considérant 47 de la directive).

523. Avant l'adoption de la directive, la CJCE, dans l'arrêt Magill du 6 avril 1995[762] avait ainsi, sur le terrain de l'abus de position dominante, condamné des chaînes de télévisions irlandaises à délivrer des informations qu'elles produisaient à l'entreprise Magill. En effet, ces chaînes de télévision étaient en position dominante sur le marché « des informations servant à confectionner les grilles des programmes de télévision ». Même si les grilles de programmes étaient protégées par un droit d'auteur en droit interne, le refus des différentes chaînes de fournir des informations brutes à Magill, désireuse de publier un guide complet des programmes qui n'existait pas jusqu'alors, constituait un abus, suivant l'article 86 alinéa 2 du traité de Rome. Ce refus faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs (point 54). Dès lors, la Cour a approuvé la Commission d'avoir obligé les chaînes de télévisions à fournir ces informations car « l'imposition de cette obligation (...) constituait le seul moyen de mettre fin à l'infraction. » (point 91).

524. Conditionné à ce que le tiers crée ou diffuse un produit nouveau, l'octroi d'une licence obligatoire, sanction d'un abus de position dominante de la part du producteur d'une banque de données, est destiné à des fins commerciales. Ce n'est donc pas par cette voie que sera garantie la libre accessibilité à une banque de données génétiques à des chercheurs qui ne cherchent pas tant à concurrencer le producteur de la base qu'à connaître les dernières informations génétiques. En

---

[762] CJCE, 6 avril 1995, *RTE-ITP c/ Commission,* aff. jointes C-241-91 P et C-242-91 P, *Rec. CJCE*.I. p.743, conc. C. Gulmann ; *D.* 1996.218 ; B. Edelman, *L'arrêt Maggill : une révolution ? (à propos de l'arrêt de la CJCE du 6 avril 1995), D.*1996.119 ; M. Vivant, *La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (A propos de l'arrêt Magill de la Cour de Justice)*, *JCP*1995.I.3883 ; C. Carreau, *Droit d'auteur et abus de position dominante : vers une éviction des législations nationales, Europe.* juillet 1995.chron.8.

revanche, les chercheurs pourront se placer sur le terrain du refus de vente opposé à un consommateur.

525. L'article L.122-1 du Code de la consommation dispose qu'il « est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou d'une prestation de service, sauf motif légitime ». La fourniture de l'information sur les prédispositions génétiques peut consister en une prestation de service lorsque l'accès à la banque se fait en ligne, ou en une vente d'un bien si l'information est inscrite sur un support, tel un Cédérom.

526. Le producteur pourra néanmoins échapper à la sanction en invoquant un motif légitime au refus de vente. En effet, d'une part, le producteur est libre de rendre ou non accessible sa banque au public. Il peut ainsi en limiter l'accès à un usage strictement interne aux seules équipes impliquées dans la recherche, notamment afin de garantir la protection des données génétiques qui sont susceptibles de déboucher sur un brevet[763]. D'autre part, il peut assujettir l'accès à sa banque à des conditions objectives, « tirées de l'appartenance à telle ou telle entité de recherche, ou de l'association à tel programme de recherche », ou liées à « des garanties financières ou techniques (sécurité des systèmes) »[764]. Le motif légitime de refus de vente disparaîtrait si le producteur opérait des discriminations au sein de la catégorie d'utilisateurs répondant aux conditions posées.

527. Les limitations apportées au droit du producteur par le droit de la consommation permettent un accès égalitaire des tiers à une banque de données génétiques, sans pour autant imposer au producteur de la rendre accessible au public.

b - L'accès des chercheurs imposé au producteur d'une banque de données génétiques non accessible au public

528. Le fondement de l'accès imposé des banques de données génétiques à la communauté des chercheurs doit être recherché dans le statut des données génétiques.

529. Les informations génétiques sont des choses détachées corporellement et intellectuellement de la personne car elles sont rendues anonymes. L'accès des

---

[763] N. MALLET-POUJOL, *L'accès aux banques de données génétiques : perspectives juridiques,* dans*, La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant,* Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences et la fondation Singer-Polignac oct 1995, p.167, spéc. p.170.
[764] N. MALLET-POUJOL, *préc.*

chercheurs aux banques de données qui les contiennent a pu être imposé en qualifiant les informations génétiques de patrimoine commun de l'humanité. De même que cette qualification, parce qu'elle est propre au droit international, n'a pas permis d'assurer la protection des échantillons biologiques[765], elle ne peut en droit interne garantir l'accessibilité à une banque contenant de données génétiques anonymes.

530. La doctrine a parfois proposé de qualifier les informations génétiques de choses communes[766]. Pourtant cette notion qui s'applique aux choses insusceptibles d'appropriation privative et dont l'usage est commun à tous, selon l'article 714 du Code civil[767], a l'inconvénient de ne pas pouvoir appréhender toutes les informations génétiques. En effet, cette notion est réservée aux choses communes par leur nature. Or, seules les informations génétiques qui caractérisent l'espèce humaine et indispensables à la vie pourraient répondre à cette définition[768]. En revanche, les données qui « sont seulement communes à un groupe spécifique d'individus » ne pourraient pas recevoir cette qualification, tels les gènes de prédisposition, alors même qu'elles « existent sous de nombreux exemplaires » car elles sont « un élément de différenciation de l'individu »[769].

531. Afin d'imposer l'accès à une banque de données génétiques sans distinguer selon les informations qu'elle engrange, le recours à la notion de bien du domaine public est seule concevable. L'Etat devrait, comme il le fait à propos des bases de données juridiques[770], contrôler la création de ces banques de données en reconnaissant que la diffusion des résultats de la recherche génétique est une activité d'intérêt général constitutive d'un service public. Comme pour les

---

[765] *Supra* n°450 et s.

[766] N.-J. MAZEN, *Problèmes juridiques liés aux applications médicaux-industrielles de la carte génétique humaine, R.R.J.*1991.365, spéc. p.370 ; J.-C GALLOUX : *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique,* Thèse Bordeaux 1988, p.170 à 190 ; *Ebauche d'une définition juridique de l'information, D.*1994.229, spéc.234 ; A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit, A la redécouverte de l'homme,* Thèse Poitiers, 1993, p.119.

[767] *Supra* n°446 et s.

[768] On peut, néanmoins, relever que l'information génétique engrangée dans la banque de données n'est plus, par hypothèse, contenue dans le génome. Formulée par le généticien, cette information relative au génome n'est donc plus indispensable au corps. Sur la distinction entre information contenue dans le génome (information primaire) et information relative au génome (information dérivée ou secondaire), voir L. CADIET, *La notion d'information génétique en droit français,* dans, *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation,* Litec,1992, p.41, spéc.p.48.

[769]N.-J. MAZEN, *préc.,* spéc. p.370 et 371.

[770] Décret n°96-481 du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques (*D.* 1996.Lég.259) modifié par le décret n°99-122 du 22 février 1999 relatif au service public des bases de données juridiques, *D.* 1999.Lég.164.

échantillons biologiques[771], les données génétiques pourraient être affectées soit à un service public, soit à l'usage du public.

532. En effet, les données génétiques pourraient être des biens affectés au service public dans la mesure où leur diffusion constitue « l'objet même du service ». Elles pourraient également être affectées à l'usage du public car elles ont vocation à être divulguées directement aux chercheurs. L'aménagement spécial, condition commune aux deux affectations, résulte de ce que les données génétiques sont contenues dans une banque de données destinée à les recevoir.

533. Que les données soient affectées au service public ou à l'usage du public, la diffusion des résultats de la recherche génétique ne sera pas, en l'espèce collective[772], mais devrait être réservée à une catégorie de personnes nettement individualisées ou aisément identifiables[773], tels les chercheurs. En conséquence, la personne publique ou privée qui gère le service public pourra légitimement refuser l'accès à la banque de données aux personnes qui ne font pas partie de la catégorie d'usagers autorisée à l'utiliser[774].

534. Ces données du domaine public, étant la propriété de la personne publique, ne sont pas susceptibles d'appropriation par la personne privée qui gère le service public de la diffusion des données[775]. Néanmoins, si la personne privée ou publique gestionnaire du service effectue une activité qui se réalise, non pas dans « le cadre de sa mission stricte, mais dans le prolongement du service public de base »[776], elle pourra se voir reconnaître un droit privatif sur la base de données génétiques. En effet, la personne, même publique, qui fait preuve d'originalité dans la création de la structure de la base de données, sera protégée par un droit

---

[771] *Supra* n°453 et s.
[772] Tribunal de com. Compiègne, 2 juin 1989, *DIT* 1989/4.60, note N. Poujol.
[773] J. DUFAU, *Le domaine public,* tome I, éd. du Moniteur, 1993, p. 57, n°70 : à propos de biens affectés à l'usage du public.
[774] Cass. com., 12 décembre 1995, *aff. Météo (France)*, *D.I.T.*1995/4.18, note J.-M. Bruguière, *A.J.D.A.*1996.131., note M. Bazex : cassation d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 mars 1993 (*D.I.T.*1993/1.28, note P.Brousse) qui avait considéré que la direction de la météorologie nationale (DNM) commettait un abus de position dominante en refusant à un fournisseur de service télématique la possibilité d'avoir accès à des informations météorologiques, destinées, en principe à la navigation aérienne, au motif que la DNM gérait « le service public de la météorologie aérienne et réservait aux seuls usagers de l'aviation civile des messages propres à assurer leur sécurité et celle des passagers et, sans qu'il ait été constaté une commercialisation auprès du grand public, des informations recueillies dans le cadre de sa mission ».
[775] Tribunal com. Compiègne, 2 juin 1989, *Société des Bourses Française, D.I.T.* 1989/4.60, note N. Poujol (à propos d'une société anonyme qui « a un rôle de service public et l'obligation de diffuser le cotations des valeurs et titres négociés sur le marché boursier »).

d'auteur[777]. De même, le producteur de la base pourra bénéficier du droit sur le contenu de la base si la réunion de son contenu informationnel a nécessité un investissement substantiel important. La reconnaissance de ces droits privatifs ne heurte pas la domanialité publique des informations génétiques dans la mesure où ils ne consacrent pas une appropriation privative de l'information elle-même.

535. Après que la recherche scientifique a permis, d'une part, de découvrir tant les facteurs génétiques prédisposant à la maladie ou à sa transmission à la descendance et, d'autre part, les facteurs extérieurs déclenchant ceux-ci, un test génétique pourra être réalisé sur la personne dans une finalité médicale, de manière telle que l'intérêt de la personne soit garanti.

---

[776] H. MAISL, note sous C.E., 10 juillet 1996, *Aff. Direct Mail Promotion, D.I.T.*1997/1.21, spéc.p.26 ; *La diffusion des données publiques ou le service public face au marché de l'information, AJDA* 1994.355.
[777]C.E., 10 juillet 1996, *préc.*

CHAPITRE II - LA FINALITE MEDICALE : LA GARANTIE DE L'INTERET DE LA PERSONNE A L'ETUDE GENETIQUE DE PREDISPOSITION

536. Les articles 16-10 du Code civil et L.145-15 du Code de la santé publique prévoient que l'étude génétique peut être réalisée dans deux finalités alternatives : la finalité médicale et la finalité de recherche.

La finalité médicale d'un acte correspond non seulement aux soins, mais aussi à la prévention. Appliquée à l'étude génétique, l'acception de la finalité médicale doit être précisée. L'article L.145-15 du Code de la santé publique ayant été inséré dans le Titre VI, Livre premier du Code de la santé publique intitulé, depuis la loi du 28 mai 1996[778], « médecine prédictive, identification génétique et recherche génétique », on en déduit que la finalité médicale de l'étude génétique correspond à la médecine prédictive.

537. Le concept de médecine prédictive, utilisé pour la première fois par MM. J. Dausset et J. Ruffié, manque de précision[779].

Pour M. J. Dausset, la médecine prédictive est le premier acte de la médecine préventive[780] dans la mesure où pour prévenir, il faut prédire. La médecine prédictive vise à évaluer les risques certains ou incertains de maladie[781], la médecine préventive tend à les éviter.

---

[778] Loi n°96-452 du 28 mai 1996, portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire, *JO* 29 mai.

[779] B. RENAUD, *Le diagnostic postnatal de prédiction,* dans, *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire,* dir. de C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, p. 75.

[780] J. DAUSSET : *Qu'est-ce que la médecine prédictive ? , Cahiers du M.U.R. S.,* 1985, n°4, p. 11 ; *Le diagnostic de susceptibilité,* dans, *Actes du colloque Génétique, procréation et droit,* Actes sud, 1985, p.413 ; *La Bio-éthique et la Médecine Prédictive, Bio-éthique,* vol.2, n°3, 1991, p.144 ; *Des questions pour le présent et le futur,* dans, *Le génome humain, une responsabilité scientifique et sociale,* dir. M.-J. Mélançon et R.-D. Lambert, *Presses de l'Université de Laval,* 1992, p.37 .

[781] J. DAUSSET distingue les diagnostics de certitude posés pour les maladies monogéniques des diagnostics de susceptibilité qui détectent les maladies plurifactorielles. J.-F. Mattéi considère que le diagnostic de certitude relève de la prédiction alors que le diagnostic de susceptibilité estime un risque présomptif : J.-F. MATTEI, *La vie en questions : pour une éthique biomédicale,* Rapport au Premier ministre, Doc. Française, 1994, p.108 et s.

En revanche, M. J. Ruffié énonce que la médecine préventive s'adresse à des sujets déjà atteints d'une maladie dont les manifestations cliniques ne se sont pas encore déclarées. La médecine prédictive, quant à elle, a pour objet d'évaluer les facteurs de risque des personnes non malades et d'indiquer les conditions dans lesquelles la maladie peut apparaître[782].

538. L'imprécision des concepts a des conséquences importantes. En effet, si la médecine prédictive consistait seulement à évaluer un risque génétique de la personne à la maladie ou à sa transmission, le recours aux tests génétiques en matière d'assurance ou d'embauche serait alors légitime. Aussi, afin de couper court à toute discussion sur ce point, avait-il été proposé, lors des débats parlementaires, d'introduire une disposition selon laquelle « il ne peut être recouru à l'étude génétique des caractéristiques d'une personne en vue de déterminer des risques potentiels ou acquis dont elle est porteuse, à des fins d'assurance ou d'embauche »[783] . Cet amendement n'a néanmoins pas été retenu au motif que « la prescription du médecin de la compagnie d'assurance ne constitue pas une démarche à des fins médicales. C'est une prescription médicale, mais non une prescription à des fins médicales »[784] .

539. Le critère de distinction entre ces deux prescriptions a été implicitement indiqué, non pas par la loi de 1994, mais par celle du 4 février 1995[785]. Cette dernière a ajouté un article L.145-15-1 au Code de la santé publique prescrivant qu'un « décret en Conseil d'Etat fixe les conditions dans lesquelles pourront être réalisées, *dans l'intérêt des patients*, la prescription et la réalisation de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales ». La référence à l'intérêt du patient permet de préciser la notion de médecine prédictive : si son objet est d'évaluer le risque génétique, sa finalité doit être de prévenir la réalisation d'un tel risque. En effet, « la justification médicale de l'évaluation des risques génétiques se retrouve dans l'efficacité des interventions d'amont »[786], ce qui interdit la réalisation d'une investigation génétique à des fins exclusivement

---

[782] J. RUFFIE, *La médecine prédictive : de la notion de « terrain » à l'immunogénétique, Cahiers du Mouvement Universel de la Responsabilité Scientifique,* 1985, n°4, p. 3 ; *La Médecine Prédictive, Bio-éthique,* vol.2, n°3, 1991, p.132 ; *Naissance de la médecine prédictive,* Odile Jacob, 1993, p. 45 et s.
[783] SENAT, *Débats parlementaires, JO* n°35 S. (C.R), 1994, p. 1721.
[784] G. CABANEL, *Débats, préc. ibid.*
[785] Loi n°95-116 du 4 février 1995, article 1, *JO* 5 février.
[786] F. EISINGER et J. PIERRET, *Le risque, son évaluation et la maladie,* dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?,* Les éd. INSERM, 1998, p.7, spéc. p.9.

commerciales ou industrielles[787]. Afin de garantir que la réalisation d'une étude génétique soit faite dans l'intérêt des patients, il est nécessaire de poser des conditions tant à l'évaluation du risque de prédisposition génétique de la personne (section I), qu'à la divulgation des résultats de l'étude (section II).

SECTION I - LES CONDITIONS DE L'EVALUATION DU RISQUE DE PREDISPOSITION GENETIQUE

540. Bien que le décret en Conseil d'Etat, prévu par l'article L.145-15-1 du Code de la santé publique, ne soit pas encore intervenu, il est vraisemblable que les conditions qu'il posera pour la réalisation d'une étude génétique à des fins médicales ne dérogeront pas aux exigences générales applicables à tous les actes médicaux.

En effet, la liberté de prescription du médecin, reconnue par l'article 8 du Code de déontologie, connaît deux limites essentielles, dont l'application à l'étude génétique de prédisposition ne se heurte à aucune difficulté de principe : il est interdit au médecin d'accomplir un acte dont les risques sont hors de proportion avec les avantages que le patient peut en recueillir (§1), ou dont le médecin ne peut garantir la bonne exécution, en raison de sa compétence insuffisante (§2).

---

[787] D. THOUVENIN, *Les lois n°94-548 du 1er juillet 1994, n°94-653 et n°94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique, A.L.D.* 1995. *Comm. Légis.* 151, spéc. n°94, p. 167 et n°204, p. 198 ; *Les règles juridiques applicables à l'activité de conseil génétique,* dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?,* Les éd. INSERM, 1998, p. 207, spéc. p.209 ; H. GAUMONT-PRAT, *Informatique et génétique : quelle protection pour l'information génétique ?, Rev. Juri. D'Ile de France,* 1996, n°39/40, p. 7, spéc. p. 31.

§ 1 - L'exigence de la proportionnalité entre risques et avantages de l'étude génétique de prédisposition

541. Selon la jurisprudence, la licéité d'un acte médical est subordonnée à « l'existence d'un certain équilibre entre le mal causé par l'intervention et le profit espéré »[788]. Lorsque les bienfaits l'emportent sur les dangers, le médecin peut réaliser l'acte, après avoir informé son patient afin qu'il se décide en connaissance de cause[789]. En revanche, le médecin doit se refuser d'accomplir l'acte s'il existe une disproportion manifeste entre les risques et les avantages, quelle que soit la volonté du patient[790].

La règle de la raison proportionnée[791] est rappelée par l'article 40 du Code de déontologie médicale[792] selon lequel « le médecin doit s'interdire, dans les investigations qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié »[793].

542. Selon les auteurs, cette solution trouve son fondement soit dans la théorie de l'objet illicite[794], soit dans la notion de cause illicite[795]. La réalisation d'un acte dont les risques sont hors de proportion avec les avantages devrait alors être sanctionnée par la nullité du contrat et la responsabilité du médecin, en conséquence, ne pourrait être que délictuelle. Or, la jurisprudence sanctionne un tel comportement du médecin sur le terrain de la responsabilité contractuelle en considérant que cette faute constitue l'inexécution de l'obligation contractuelle de donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science[796].

---

[788] Versailles, 17 janvier 1991, *JCP* 1992.II.21929, note G. Mémeteau.
[789] Cass. civ. 1re, 18 décembre 1979, *Bull. civ.* I, n°323, p.263, *D.*1981.somm.256, obs. J. Penneau.
[790] Paris, 13 janvier 1959, *JCP* 1959.II.11142, obs. R. Savatier ; *RTDC* 1959.322, obs. H. et L. Mazeaud. Egalement, Cass. civ., 29 novembre 1920, *Gaz. Pal.* 1921.1.68 *; D.P.* 1924.1.103 ; Tribunal civil de la Seine, 25 février 1929, *Gaz. Pal.* 1929.1.424.
[791] A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne,* n°434 et s, p. 298 et s. ; G. MEMETEAU, *Note sur le principe de proportionnalité en droit médical, Méd. et Droit,* n°5, mars/avril 1994, p.40.
[792] Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, *J.O* 8 septembre.
[793] Dans la classification des actes médicaux que nous avons adoptée, le médecin ne peut pas réaliser un acte matériel de disposition inutile et risqué, *supra,* n°68.
[794] H. DESBOIS, note sous Tribunal civil de la Seine, 16 mai 1935, *D.P.*1936.II.9 ; G. MEMETEAU, *Le droit médical,* Litec, 1985, n°502, p.339.
[795] A. DECOCQ, *préc. ,* n°436, p.300.
[796] Paris, 13 janvier 1959, *JCP*1959.II.11142, note R. Savatier ; *RTDC.*1959.322, obs. H. et L. Mazeaud ; Paris, 20 juin 1960, *Gaz. Pal.* 1960.2.169 ; *RTDC.*1960.646, obs. A. Tunc ; Paris, 5 juin 1962, *D.*1962. somm.100 ; *JCP* 1962.II.12809 ; *RTDC* 1963.87, obs. A. Tunc.

Il est permis de douter que cette obligation dérive du contrat. Elle est plutôt une obligation professionnelle, imposée par le Code de déontologie, dont l'exécution tend à préserver l'intégrité du patient [797]. La responsabilité contractuelle se justifie par le recours à un critère chronologique, sans doute artificiel, pour déterminer sa nature : la jurisprudence considère, qu'à partir du moment où un contrat a été conclu, toute faute est sanctionnée sur le terrain de la responsabilité contractuelle[798].

543. Traditionnellement, l'appréciation du bilan risque/avantage d'un acte à finalité médicale s'effectue par rapport à l'acte lui-même. Or, sauf dans le cas où il est réalisé sur le fœtus, le diagnostic génétique comporte, en lui-même, aussi peu de risques physiques que de bienfaits. En revanche, la connaissance de ses résultats peut être anxiogène pour la personne mais peut également lui permettre de bénéficier de mesures de prévention. L'équilibre doit donc être recherché dans la connaissance du risque génétique résultant du diagnostic, que ce dernier ait pour objet d'évaluer la prédisposition de la personne à la maladie (A) ou à la transmission de la maladie à la descendance (B).

A) Proportionnalité et prédisposition à la maladie

544. Le diagnostic de prédiction concerne essentiellement le patient dans l'âge adulte ou la deuxième enfance[799]. Pourtant, les progrès de la génétique ouvrent la voie à la réalisation d'un diagnostic prénatal de prédisposition. La proportionnalité entre les risques et les avantages du diagnostic sera appréciée différemment selon qu'il est pré (2) ou postnatal (1).

---

[797] Article 40 du Code de déontologie médicale, *préc.*
[798] *Supra* n°334 et s.
[799] ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, *Rapport sur le diagnostic génétique et la thérapie génique,* 1995, p.10.

(1) Proportionnalité et diagnostic postnatal

545. Le risque lié à la connaissance des résultats du diagnostic postnatal de prédisposition est d'ordre psychologique. Son appréciation est difficile car l'existence de celui-ci varie en fonction de la sensibilité de chaque individu. Il est certain que le médecin, s'il décèle, par exemple, un syndrome dépressif chez la personne, ne devra pas réaliser le test, sauf à traiter cette pathologie. Néanmoins, même en l'absence de personnalité pathologique du patient, les risques ne sont pas évacués. Seule une analyse qualitative et quantitative de ces derniers permettrait de les apprécier *in abstracto*[800]. Des études scientifiques font ainsi apparaître des tendances anxio-dépressives des patients soumis à un diagnostic de prédisposition au cancer médullaire de la thyroïde, que les résultats d'un tel diagnostic soient « rassurants »[801] ou non. Alors que les sujets indemnes éprouvent un sentiment de culpabilité de ne pas avoir la mutation du gène si leurs proches n'ont pas cette chance[802], les porteurs de mutations expriment fréquemment des plaintes d'ordre psychosomatique, liées, semble-t-il, à l'incertitude du risque génétique. Ainsi, les études réalisées sur la maladie de Huntington - maladie qui n'entre pas dans la définition de la prédisposition dans la mesure où la présence du gène indique une certitude d'être atteint d'une affection dégénérative du système nerveux, vers l'âge de 40 ans[803] - si elles révèlent un même sentiment de culpabilité chez les personnes non porteuses du gène de la maladie d'Huntington[804], indiquent que les individus ayant obtenu une information sur leur risque réel sont « devenus moins dépressifs, psychologiquement plus sereins »[805].

---

[800] D.P.B.B., *Le contrat médical,* n°90.
[801] G. FREYER, *Etude de l'impact psycho-social du dépistage de prédisposition au cancer médullaire de la thyroïde : une approche de la « familialité »,* Mémoire de DEA d'éthique médicale et de biologie, Paris V, 1997, p. 20.
[802] C. JULIAN-REYNIER, F. EISINGER, H. SOBOL, *Risques génétique et prévention des cancers sein-ovaire : impact psycho-social et de santé publique,* dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?,* Les éd. INSERM, 1998, p .273, spéc. p. 277.
[803] J. DAUSSET : *Des questions pour le présent et le futur,* dans, *Le génome humain, une responsabilité scientifique et sociale,* dir. M.-J. Mélançon et R.-D. Lambert, *Presses de l'Université de Laval,* 1992, p.37, spéc. p. 42 ; *La Bio-éthique et la Médecine Prédictive, Bio-éthique,* vol.2, n°3, 1991, p.144, spéc. p. 145.
[804] C. JULIAN-REYNIER, F. EISINGER, H. SOBOL, *préc.*
[805] G.TERRENOIRE, *Médecine préventive, l'épreuve de l'expérience : dépistage présymptomatique de la maladie de Huntington,* Sciences sociales et Santé, vol. XI, n°3 et 4, octobre 1993 ; B. RENAUD, *Le diagnostic postnatal de prédiction,* dans, *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, dir. C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, p. 75, spéc. n°13, p. 82.

546. Cette différence entre les porteurs du gène de la maladie de Huntington et les porteurs de gènes de prédisposition s'explique par le fait que « l'incertitude est plus difficile à affronter souvent que le vrai danger »[806]. La connaissance par l'individu de sa prédisposition est susceptible de provoquer un trouble psychologique non négligeable, qu'il conviendrait d'évaluer précisément. En conséquence, même en l'absence de troubles patents de la personnalité, le médecin ne pourra réaliser une étude génétique de prédisposition que si les avantages de celle-ci pourront compenser ses risques[807].

547. Les avantages liés à la connaissance du risque génétique consistent dans l'indication à la personne prédisposée des mesures de prévention de la maladie génétique. La prévention peut prendre plusieurs formes : elle peut être primaire ou secondaire et chacune d'elles implique peu ou prou des atteintes au corps humain.

548. La prévention primaire est « fondée sur une action directe sur la cause même de l'affection »[808], en cherchant à empêcher sa survenance[809].

Néanmoins, cette action ne peut pas porter directement sur le ou les gènes de prédisposition. La thérapie génique à visée préventive est exclue car il est dangereux de modifier un gène ou des gènes d'une personne non malade. En effet, « un gène n'est ni bon, ni mauvais en soi : il est bénéfique dans certaines circonstances et néfaste dans d'autres, permettant ainsi à l'homme de s'adapter aux diverses conditions de son environnement »[810] : un gène qui prédispose à une maladie peut conférer une résistance à d'autres maladies. Tel est, par exemple, le cas de la plupart des antigènes HLA. Ainsi, une personne HLA DR2 est prédisposée pour la sclérose en plaques, alors qu'elle est protégée contre le diabète insulino-dépendant. De même, les sujets hétérozygotes pour la drépanocytose sont protégés contre le paludisme[811].

---

[806] N. ALBY, *Dimensions psychologiques des consultations d'oncogénétique,* dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, préc.* , p.245, spéc. p.253.

[807] En effet, si de tels risques psychologiques sont avérés, l'étude génétique de prédisposition sera alors un acte matériel de disposition qui ne pourra être réalisée qu'à la condition de présenter une utilité pour la santé de la personne, *supra* n°69.

[808] A. BREMONT, *Prévention et dépistage du cancer du sein,* dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, préc.* , p.473.

[809] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention,* n°46, 30 octobre 1995, Rapport scientifique, Doc. Française, 1997, p. 23.

[810] J. DAUSSET, *Qu'est-ce que la médecine prédictive ? , Cahiers du Mouvement Universel de la Responsabilité Scientifique,* 1985, n°4, p. 20 ; Egalement, *Le diagnostic de susceptibilité,* dans, *Actes du colloque Génétique, procréation et droit, Actes sud* 1985, p. 416.

[811] J. RUFFIE, *Naissance de la médecine prédictive, Risques* n°13, 1993, p.127, spéc.128 ; CCNE, *préc.*, p. 37.

Les mesures de prévention primaire ne peuvent donc s'exercer que sur les facteurs extérieurs qui interagissent avec les facteurs génétiques. Elles sont variées[812].

549. Elles peuvent consister à indiquer à la personne prédisposée les facteurs extérieurs afin qu'elle les évite. Ainsi, le diabète non insulino-dépendant (diabète de type 2) est lié à un environnement « alimentaire trop riche » que l'on peut prévenir en modifiant le mode de vie (alimentation saine, exercice physique)[813]. De même, la connaissance des agents qui favorisent le déclenchement des cancers permet à l'individu prédisposé d'éviter une exposition à ceux-ci : les ouvriers des usines de colorants, lorsqu'ils sont prédisposés au cancer de la vessie, éviteront de s'exposer aux amines aromatiques, de même les personnes prédisposées aux tumeurs des voies respiratoires et urinaires s'abstiendront de fumer et les personnes prédisposées au cancer du poumon et de l'intestin éviteront de s'exposer à l'amiante [814].

550. La prévention peut, également, impliquer l'administration d'une substance (vaccin ou médicament). Le diabète insulino-dépendant (diabète dit de type 1) pourrait justifier la prise d'immuno-supresseur telle la cyclosporine[815]. De même, l'utilisation du taximofène[816] pourrait prévenir le cancer du sein. Néanmoins, les effets néfastes de ces médicaments à long terme n'étant pas encore suffisamment précisés par des recherches scientifiques, leur utilisation n'est pas préconisée dans une finalité médicale[817]. Dans le cas des cancers liés à des virus, tel le virus d'Epstein-Barr, impliqué dans le lymphome de Burkitt d'Afrique[818], la mise au point d'un vaccin expérimental contre le virus (1993) pourrait fournir un moyen de prévention de ces tumeurs[819].

551. Il semble, néanmoins, que dans une trentaine d'année, la prévention de 90% des maladies courantes sera faite, non par la prise de médicaments, mais par

---

[812] A. BREMOND, *Prévention et dépistage : le cancer du sein,* et , *Dépistage des cancers de l'ovaire,* dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, préc.,* p. 473 et 495.
[813] J . RUFFIE, *La Médecine Prédictive, Bio-éthique,* vol.2, n°3, 1991, p.136 ; HAUT COMITE DE LA SECURITE SOCIALE, *Rapport concernant la médecine prédictive,* 30 mars 1990, p.17
[814] J. RUFFIE, *Naissance de la médecine prédictive*, Odile Jacob, 1993, p. 140.
[815] Ce médicament freine les réactions immunitaires.
[816] Molécule dont l'action est anti-oestrogénique.
[817] HAUT COMITE DE LA SECURITE SOCIALE, *Rapport concernant la médecine prédictive,* 30 mars 1990, p.18 ; *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, préc.*, Synthèse, p. 609.
[818] Tumeur frappant la zone du maxillaire inférieur
[819] J. RUFFIE, *Naissance de la médecine prédictive*, Odile Jacob, 1993, p.231.

une bonne adaptation à l'environnement dans lequel on vit[820]. En effet, en comprenant la raison pour laquelle, parmi les individus porteurs des mêmes gènes de prédisposition, seuls certains d'entre eux développent la maladie, on découvrira que « que, très naturellement, rien que dans notre alimentation, ils existent des produits qui modulent les effets »[821] des facteurs de prédisposition génétique.

552. Dans l'attente de tels progrès, une forme particulière de prévention primaire s'est aujourd'hui développée dans le domaine des maladies cancéreuses. Elle consiste à supprimer le site sur lequel la tumeur est susceptible d'apparaître chez la personne prédisposée. Des ovariectomies ou des mastectomies sont ainsi pratiquées afin de prévenir le cancer de l'ovaire ou du sein[822]. Contrairement à la prévention qui s'exerce par la suppression de l'exposition aux facteurs étiologiques ou par l'administration de substances, ce type de prévention entraîne une atteinte grave au corps humain.

553. A la différence de la prévention primaire, la prévention secondaire « consiste en une action sur le processus conduisant à l'expression de la pathologie » [823], afin de réduire les conséquences et les séquelles de la maladie.

Elle s'exerce au moyen d'une surveillance médicale des personnes prédisposées. Ces dernières sont soumises, de façon régulière, à des examens qui permettent de déceler les premiers signes cliniques de la maladie avant l'apparition des symptômes. A titre d'exemples, les examens radiographiques de sein, les diagnostics biologiques témoignant du développement du diabète de type 1 ou du cancer médullaire de la thyroïde délivrent une information présymptomatique indiquant que le processus pathogène est engagé. Le résultat positif des examens conduit donc à l'application d'une médecine préclinique et non plus prédictive et peut justifier une atteinte grave au corps humain[824] (dans l'exemple précité : ablation de la thyroïde).

554. Il est certain que la réalisation d'un test génétique est conditionnée à l'existence de mesures de prévention, dans la mesure où elles seules permettent de diminuer, voire de supprimer, le trouble psychologique lié à la connaissance de la prédisposition. Pourtant, l'efficacité des mesures est variable : alors que la

---

[820] D. COHEN, *Le Monde,* 23 novembre 1999, p. 16 ; *Supra*, n°29.
[821] D. COHEN, *préc.*
[822] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention,* n°46, 30 octobre 1995, Rapport scientifique, Doc. Française, 1997, p. 33.
[823] CCNE, *préc.,* p.23 ; INSERM, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, préc.*, Glossaire, p. 633.
[824] ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, *Rapport sur le diagnostic génétique et la thérapie génique,* 1995, p.10.

prévention primaire empêche le déclenchement de la maladie, la prévention secondaire vise à freiner son développement. Mais si ces préventions peuvent canaliser le risque génétique de maladie, aucune d'elles ne garantit que la maladie ne surviendra pas dans une forme sporadique**.** En outre, les préventions peuvent impliquer des atteintes graves au corps humain qui en tempèrent les avantages.

555. En conséquence, l'appréciation de la proportionnalité entre les risques et les avantages de la connaissance de la prédisposition suppose d'appréhender les implications des mesures de prévention sur le corps humain, en fonction de la gravité du risque génétique qu'il convient d'éviter.

Si le risque génétique peut être conjuré par la mise en œuvre d'une prévention qui n'entraîne pas d'atteinte irrémédiable au corps humain, il pourra être justifié de réaliser un test génétique, quelle que soit la gravité du risque génétique, à titre de prévention primaire.

En revanche, lorsque seule une prévention mutilante permet d'empêcher la survenance de la maladie génétique, le diagnostic génétique de prédisposition ne pourra être effectué que s'il permet de détecter un risque sérieux de contracter une maladie grave. Par exemple, l'étude génétique sur la prédisposition au cancer du sein est effectuée sur des personnes dont les antécédents familiaux les rendent susceptibles d'être porteuses du gène de prédisposition qui indique un risque élevé de développer ce cancer[825]. En effet, la présence du gène de prédisposition au cancer du sein pourrait justifier une mastectomie afin d'empêcher la survenance d'un cancer dont les conséquences sont parfois mortelles.

Cette atteinte grave au corps humain ne devrait, pourtant, être réalisée qu'après que le risque génétique s'est déclenché, et donc, dans une stratégie de prévention secondaire. Encore faut-il que la surveillance médicale qu'implique une telle prévention soit efficace, faute de quoi, l'atteinte devrait être réalisée à titre de prévention primaire. Ainsi, puisqu'il n'existe pas de diagnostic biologique du cancer du sein et que l'efficacité du marqueur tumoral du cancer de l'ovaire est discutée[826], il apparaît justifié de pratiquer des ovariectomies ou des mastectomies pour conjurer le risque de cancer de l'ovaire ou du sein, avant même l'apparition

---

[825] INSERM, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, préc.*, Synthèse, p.612 ; F. EISINGER, D. THOUVENIN et al., *Réflexions sur l'organisation des consultations d'oncogénétique (première étape vers la publication de bonnes pratiques cliniques, Bull. Cancer.* 1995.82, 865-878 : présentation des tableaux cliniques.

[826] M. ESPIE, *Les marqueurs tumoraux dans le cadre du dépistage du cancer de l'ovaire,* dans*, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, préc.*, p.379, spéc. p. 381.

des signes cliniques de la maladie, à titre de prévention primaire, car la réalisation tardive de ces opérations diminue les chances de guérison.

556. La détection chez une personne d'une prédisposition à la maladie peut, parfois, lui indiquer son risque de transmettre la prédisposition à sa descendance, risque qui pourrait se transformer en certitude au moment de la grossesse depuis qu'il est possible d'effectuer un diagnostic génétique sur l'embryon.

(2) Proportionnalité et diagnostic prénatal

557. Le mode de transmission des prédispositions monogéniques est souvent connu, à la différence de celui des prédispositions plurigéniques dont la transmission héréditaire est, à ce jour, difficile à étudier[827]. La plupart des prédispositions monogéniques identifiées se transmettent selon un mode autosomique dominant[828]. La présence du gène muté de prédisposition chez une personne indique qu'elle a 50% de risque de transmettre ce gène à sa descendance. Ce risque pourrait se trouver confirmé *in utero*. En effet, depuis que des progrès ont été réalisés, tant dans les méthodes de prélèvement des cellules fœtales que dans celles de l'analyse de ces cellules[829], le diagnostic prénatal des prédispositions génétiques de l'embryon n'appartient plus à la science fiction.

558. Le prélèvement des cellules fœtales a d'abord reposé exclusivement sur l'amniocentèse (1972). Cette technique permet le prélèvement du liquide amniotique en enfonçant une fine aiguille à travers les parois abdominale et utérine maternelles. Pratiquée autours de la 18ème semaine de grossesse, elle comporte un risque d'avortement de 0,5 % pour une équipe entraînée[830].

559. La biopsie de trophoblaste (1982) a permis de réaliser plus précocement le prélèvement de villosités choriales contenant l'ensemble du potentiel génétique de l'embryon. Réalisé dès la 10ème semaine d'aménorrhée, ce prélèvement s'effectue

---

[827] J. RUFFIE, *Naissance de la médecine prédictive,* Odile Jacob, 1993, p.107 : En effet, « la transmission est irrégulière, et peut sauter une ou plusieurs générations » ; CCNE, *Avis sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal,* n°5, 13 mai 1985, Rapport ; *supra* n°20.

[828] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention,* n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997 , p. 42; J. RUFFIE, *Naissance de la médecine prédictive,* Odile Jacob, 1993 : exemple du rétinoblastome et du cancer médullaire de la thyroïde, p. 113-117.

[829] R. HENRION, *Le diagnostic prénatal. Le point de vue du clinicien,* dans, *Actes du colloque : Génétique, procréation et droit,* Actes sud, 1985, p.417 et s ; ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, *Rapport sur le diagnostic génétique et la thérapie génique,* 1995, p. 5 et s ; D.P.B.B., *Diagnostic prénatal.*

par les voies naturelles, à travers le col de l'utérus et sans anesthésie. Le risque de perte fœtale est supérieur à 1%.

560. Le prélèvement de sang fœtal (1978) ne peut intervenir que plus tardivement puisqu'il s'effectue à partir de la 20ème semaine gestationnelle par ponction d'une veine ou de vaisseaux du cordon ombilical. Il comporte un risque d'avortement supérieur à 1%.

561. Les méthodes d'analyse de l'embryon ont également évolué. Pendant longtemps, seuls des examens cytogénétiques, fondés sur l'analyse du nombre et de la morphologie des chromosomes, pouvaient être réalisés. Les progrès de la génétique moléculaire ont, ensuite, permis une analyse du gène. Il pourrait donc être possible de repérer les gènes de prédisposition mutés *in utero*.

562. Pourtant, ainsi que cela a été précédemment relevé, à la différence du diagnostic postnatal de prédisposition, le diagnostic prénatal comporte un risque physique, celui de l'interruption de grossesse. En conséquence, la loi du 29 juillet 1994 a inséré dans le Code de la santé publique un article L.162-16 au terme duquel le diagnostic prénatal ne peut avoir pour but que « de détecter *in utero* chez *l'embryon ou le fœtus* une *affection* d'une particulière gravité. Il doit être précédé d'une consultation médicale de conseil génétique»[831].

563. La licéité d'un diagnostic prénatal de prédisposition dépend du sens large ou restreint que l'on retient de la définition de l'affection visée par ce texte. Dans un sens restreint, l'affection est synonyme de maladie, c'est-à-dire qu'elle vise une altération organique ou fonctionnelle installée, ce qui rendrait impossible le diagnostic des prédispositions de l'embryon. Ce sens aurait dû certainement être retenu si le législateur avait exigé que l'embryon fut *atteint* par l'affection.

Dans un sens large, l'affection désigne un processus morbide qui ne présume « ni des causes, ni des symptômes, ni des possibilités thérapeutiques »[832]. Sans se limiter à une altération installée, une telle acception permettrait de réaliser un diagnostic anténatal de prédisposition à une maladie particulièrement grave dont l'embryon serait *porteur* (cancer médullaire de la thyroïde ou rétinoblastome)[833]. C'est ce

---

[830] R. HENRION, *préc.,* D.P.B.B., *préc.*
[831] CCNE, *Réexamen des lois de bioéthique,* n°60, 25 juin 1998, *D.* 1999.somm.343, obs. H. Gaumont-Prat : le CCNE propose de remplacer les termes de conseil génétique « par le mot « spécialisée » ajouté au terme consultation médicale, compte tenu du fait que des médecins autres que les généticiens peuvent être chargés de cette consultation ».
[832] *Nouveau Larousse médical,* dir. A. Domart et J. Bourneuf, 1993, v°Maladie.
[833] D. THOUVENIN, *Les règles juridiques applicables à l'activité de conseil génétique,* dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, préc.*, p. 207 et s., spéc. p.230.

second sens qu'il convient de retenir dans la mesure où la loi, elle-même, utilise le terme de maladie pour limiter le recours à certaines pratiques, tels le diagnostic préimplantatoire[834] ou l'assistance médicale à la procréation[835] .

564. Pourtant, le décret d'application de la loi ne reprend pas ces termes[836]. L'article R.162-16-7 du Code de la santé publique dispose que « les analyses de cytogénétiques ou de biologie destinées à établir un diagnostic prénatal doivent être précédées d'une consultation médicale de conseil génétique antérieure aux prélèvements, permettant », notamment, « d'évaluer le risque pour *l'enfant à naître* d'être *atteint d'une maladie* d'une particulière gravité, compte tenu des antécédents familiaux ou des constatations médicales effectuées en cours de grossesse ».

En se référant, non plus à la détection d'une affection d'une particulière gravité de l'embryon ou du fœtus, mais à l'évaluation du risque de l'enfant à naître d'être *atteint* de la *maladie*, le décret dépasse la mission confiée par le législateur en restreignant d'une manière significative le champ de la licéité du diagnostic prénatal. En effet, hors le cas où les prédispositions de l'embryon ou du fœtus créent un risque que l'enfant naisse atteint d'une maladie[837], celles qui indiquent le risque de l'enfant de développer, après sa naissance, une pathologie ne pourraient plus faire l'objet d'un diagnostic prénatal.

565. Les conséquences d'une telle restriction pourraient avoir des conséquences dramatiques car, en interdisant de réaliser un diagnostic prénatal pour détecter de telles prédispositions d'un embryon, le décret empêche l'application de mesures visant à prévenir la maladie chez l'enfant. Encore faut-il que ces mesures soient susceptibles de s'appliquer à la prédisposition de l'embryon.

En effet, le risque d'un diagnostic prénatal ne peut être couru que s'il existe des mesures de prévention à une affection d'une particulière gravité. Celles-ci peuvent consister, soit à éviter la naissance d'un enfant malade[838], soit à permettre la naissance d'un enfant non malade.

566. Ainsi, l'avortement thérapeutique n'est-il licite que s'il « existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit *atteint d'une affection* d'une particulière

---

[834] Article L. 162-17 du C.S.P.
[835] Article L.152-2 C.S.P.
[836] Décret n°95-559, 6 mai 1995 relatif aux analyses de cytogénétique et de biologie pratiquées en vue d'établir un diagnostic prénatal in utero.
[837] De telles prédispositions qui déclenchent la maladie de l'enfant à sa naissance n'existent pas à notre connaissance.

gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »[839]. L'appréciation de la proportionnalité entre les risques et les avantages du diagnostic prénatal peut apparaître surprenante dans la mesure où, en cas de diagnostic positif, la prévention peut conduire à la suppression d'un embryon. On peut alors légitimement se demander si l'embryon recueille un bénéfice du diagnostic. C'est oublier que le diagnostic prénatal a permis d'augmenter le nombre de naissances d'enfant chez les couples qui, connaissant leurs risques, auraient, sans la perspective du diagnostic prénatal, renoncé à concevoir[840]. En effet, le diagnostic indique soit que l'embryon est indemne, soit qu'il ne l'est pas . Dans ce dernier cas, la mère peut recourir à l'avortement dans les limites fixées par la loi, car elle est seule juge de l'intérêt de l'embryon, qui n'est que *pars viscerum matris*.

Pourtant, l'avortement ne saurait être indiqué que dans l'hypothèse où la détection d'une prédisposition de l'embryon créerait, à elle seule, une forte probabilité que l'enfant soit atteint, et non seulement porteur, d'une affection à sa naissance. Mais à notre connaissance, ce cas n'existe pas car, détectée, la prédisposition indique uniquement que l'enfant à naître est porteur d'une maladie dont la réalisation incertaine, après sa naissance, implique des facteurs extérieurs déclenchants. Or, si la maladie, même incurable au moment du diagnostic, de l'enfant à naître prédisposé, est incertaine, l'avortement ne devrait pas pouvoir être réalisé.

567. La prévention ne pourrait, alors, consister qu'à permettre la naissance d'un enfant non malade. L'efficacité des mesures préventives doit être subordonnée à leur application pendant la grossesse. En effet, si la prévention peut attendre la naissance de l'enfant, la condition de proportionnalité entre le risque encouru et le bénéfice escompté ne paraît pas satisfaite pour une maladie incertaine, et aucune raison ne justifie, alors, de faire courir un risque d'avortement par le diagnostic prénatal.

568. En l'état actuel des connaissances, le recours à un diagnostic des prédispositions de l'embryon ne semble pas admissible car outre, qu'il ne vise pas à

---

[838] Qualifier l'IVG de prévention peut apparaître éthiquement choquant, mais la communauté scientifique internationale utilise une telle qualification : CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention,* n°46, 30 octobre 1995, Rapport scientifique, Doc. Française, 1997, p. 24.

[839] Article L.162-12 du C.S.P.

[840] J.ROSA, *Diagnostic prénatal,* et M. GOBERT, *Le diagnostic prénatal,* dans, *Actes du colloque : Génétique, procréation et droit,* Actes sud, 1985, p. 405 et p. 437 ; CCNE, *Avis sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal,* n°5, 13 mai 1985.

détecter une maladie dont l'enfant à naître serait atteint, l'application de la mesure de prévention peut attendre la naissance de l'enfant.

Les diagnostics de prédisposition à la maladie de la personne née ou de l'embryon se distinguent de celui qui indique la prédisposition des parents à transmettre une maladie à leur descendance.

B) Proportionnalité et prédisposition à la transmission de la maladie à la descendance

569. Ayant retenu une définition extensive au terme de laquelle la prédisposition est un risque génétique dont la survenance est aléatoire parce que dépendante d'un facteur déclenchant extérieur, il convient de traiter non seulement de la prédisposition à la maladie, mais aussi de celle à la transmission de la maladie[841]. En effet, la personne, porteuse saine d'une maladie, qui ne la rendra jamais malade (hétérozygote pour une maladie récessive), risque de transmettre la maladie à sa descendance si, et seulement si, elle s'apparie avec un autre porteur sain de la même maladie, ce qui constituera le facteur extérieur favorisant la transmission de la maladie. Ainsi, les maladies récessives autosomiques, qui impliquent la présence de deux gènes homologues (homozygote), surviennent chez l'enfant qui a reçu de chacun des parents un chromosome muté. La probabilité pour un couple hétérozygote, porteur sain de tels gènes, d'avoir un enfant atteint est donc de 25%.

570. Le test génétique de prédisposition à la transmission de la maladie génère, s'il est positif, un sentiment de culpabilité de pouvoir transmettre une maladie grave à l'enfant[842]. Les avantages recueillis de la connaissance de la prédisposition consistent, non pas dans la possibilité de traiter les personnes prédisposées qui se sont soumises au test, puisque par hypothèse cette prédisposition ne les rendra jamais malade, mais dans la prévention de la maladie chez leurs enfants. Cette prévention, comme en matière de prédisposition à la maladie, peut être primaire ou secondaire.

---

[841] *Supra* n°24.
[842] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention,* n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p.13.

571. La prévention primaire, parce qu'elle tend à éviter l'apparition de la maladie en agissant sur ses causes, pourrait consister à déconseiller la procréation naturelle[843] au couple dont les deux membres sont prédisposés.

572. L'intérêt d'une telle prévention pourrait-il justifier qu'elle soit rendue obligatoire ? Si tel était le cas, elle impliquerait que soit réalisé un dépistage génétique des hétérozygotes à une maladie autosomique récessive. En effet, le dépistage génétique[844] est effectué sur une population dans son ensemble ou un sous-groupe de celle-ci, sans présumer que les individus testés sont porteurs du caractère génétique. Ouvrant la voie à la prévention collective, il se distingue du diagnostic génétique, lequel est demandé, non par le responsable du service de dépistage, mais par l'individu ou sa famille et permet l'application d'une prévention individuelle à ceux dont les caractéristiques « désignent comme plus particulièrement susceptibles de développer une maladie ou de la transmettre à leur descendance »[845].

573. S'il devait être réalisé, le dépistage génétique des hétérozygotes à une maladie récessive pourrait être organisé avant le mariage, sans que cela porte une atteinte disproportionnée à la liberté « de se marier et de fonder une famille »[846]. En effet, même si la loi a prévu des empêchements à mariage entre personnes unies par un lien de parenté dans la mesure où les enfants issus d'une telle union risquaient d'être atteints de tares graves, ces atteintes à la liberté du mariage, pour des raisons eugéniques, sont exceptionnelles[847]. La loi préfère détourner du projet de mariage la personne atteinte de certaines maladies contagieuses ou susceptibles d'être transmises à ses enfants, en préservant sa liberté de choix[848]. Aussi l'article 63 du Code civil, qui exige de chacun des futurs époux qu'ils subissent, deux mois avant la célébration du mariage, un examen médical, ne subordonne-t-il pas le mariage à

---

[843] CCNE, *préc.,* Rapport scientifique, Doc. Française, 1997, p.23.
[844] CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation n° R(92)3 sur les tests et les dépistages génétiques à des fins médicales,* 10 février 1992, principe 3b.
[845] CCNE, *préc.,* Avis et recommandations, Doc. Française, 1997, p. 12.
[846] Les articles 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, 16 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, et 23-2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 traitent du droit de se marier et de fonder une famille. Remarquons, néanmoins que le mariage est une liberté dont l'objet est insuffisamment déterminé pour constituer, techniquement, un droit subjectif : G. CORNU, *Droit civil. Introduction-Les personnes-Les biens*, Domat Montchrestien, 9e éd. 1999, n°502, p.214.
[847] R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ 1963, p.202 ; A. BENABENT, *La liberté individuelle et le mariage, RTDC*.1973.440, spéc. n°29 à 32 ; F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. La famille. Les incapacités,* Dalloz, 6e éd. 1996, n° 379, p.307.

ce que ceux-ci soient indemnes des affections sur lesquelles l'examen s'est porté. Le certificat médical remis à l'officier de l'état civil atteste, seulement, que l'intéressé a été examiné « à l'exclusion de toute autre indication ».

574. Dans l'hypothèse où l'intérêt d'un dépistage génétique à des fins de prévention serait avéré, ce dépistage pourrait alors s'inscrire dans l'article L.153 du Code de la Santé publique. Cet article, pris en application de l'article 63 du Code civil, est en effet inséré dans le livre II, titre 1er, chapitre III du Code de la santé publique intitulé « actions de prévention concernant les futurs conjoints et parents ». Il impose que certains tests soient obligatoirement réalisés[849] et que celui de l'infection par le virus de l'immuno-déficience humaine soit seulement proposé aux futurs conjoints. En outre, lorsque les antécédents ou l'examen le nécessitent, le médecin oriente ceux-ci vers une consultation spécialisée ou un dépistage particulier[850].

575. En théorie, deux voies sont donc possibles concernant le dépistage génétique : soit en ordonner la prescription obligatoire avant le mariage, soit seulement le proposer aux futurs conjoints.

576. Pourtant, même si la prescription obligatoire du dépistage génétique, ne porte pas atteinte à la liberté du mariage, elle constituerait néanmoins une limitation à la liberté de la vie privée dans la mesure où elle imposerait à la personne de connaître un élément de sa santé qu'elle aurait pu préférer ignorer. Puisque seule une loi peut, dans l'intérêt général, apporter une restriction à l'exercice de la liberté en rendant obligatoire un test avant la célébration du mariage, il y a lieu d'examiner si des motifs impérieux, tirés de l'intérêt général, seraient susceptibles d'être invoqués pour justifier la prescription obligatoire d'une étude génétique à la transmission de la maladie.

---

[848] R. NERSON, *l'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil, RTDC*.1970.661, spéc.p.677 ; P. VOIRIN, *Le certificat d'examen médical prénuptial, JCP* 1943.I.322.

[849] Décret n°92-143 du 14 février 1992, *relatif aux examens obligatoires prénuptial, pré et postnatal, JO* 16 février : article 1 : examens sérologiques de la rubéole et de la toxoplasmose, groupe sanguin.

[850] Article 1 , *décret préc*.

577. Des motifs, résultant de la volonté d'inciter deux personnes hétérozygotes à une maladie grave et fréquente à ne pas se marier, sont parfois invoqués dans certains pays.

Ainsi, afin de décourager le mariage entre époux hétérozygotes, l'Eglise chypriote a-t-elle introduit, en 1983, un certificat prénuptial qui impose aux futurs conjoints de se soumettre au dépistage de la bêta-thalassémie[851]. La bêta-thalassemie à l'état homozygote est une maladie fréquente dans les pays méditerranéens, en particulier en Italie et en Grèce. C'est une maladie grave qui entraîne des malformations osseuses d'origine anémique chroniques et une mort prématurée[852]. A Chypre, il est apparu que si « la maladie n'était pas maîtrisée, la survenance de 60 à 70 nouveaux cas chaque année allait entraîner une augmentation des besoins en sang et la très forte augmentation du coût des soins médicaux ». « L'introduction d'un programme tendant à éviter la naissance de nouveaux enfants thalassémiques » devint dès lors « urgente »[853]. Depuis 1985, il ne naît plus dans ce pays qu'un enfant atteint de la bêta-thalassémie par an[854].

De même, la maladie de Tay-Sachs est une maladie neurodégénérative progressive avec une espérance de vie de 3 à 5 ans, très fréquente dans les communautés juives ashkénazes. Le dépistage de telles communautés, en Israël, a conduit à une réduction de 90% des naissances d'enfants atteints[855].

La drépanocytose, très fréquente en Afrique équatoriale, est une maladie récessive entraînant chez les homozygotes, une anémie chronique qui provoque souvent leur mort avant la puberté. Dans certains Etats américains, un dépistage du trait drépanocytaire est imposé à la population d'origine africaine avant leur mariage[856].

---

[851] L'Eglise ne cherche pas à en connaître les résultats.
[852] Cette maladie est la plus fréquente dans les pays méditerranéens, en particulier en Italie et en Grèce.
[853] M. HADJIMINAS, *L'expérience chypriote : dépister pour combattre une maladie génétique grave,* dans*, Ethique et génétique humaine,* Actes du 2e Symposium du Conseil de l'Europe sur la Bioéthique, Strasbourg, 30 novembre-2 décembre 1993, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1994, p.29.
[854] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Rapport scientifique, Doc. Française, 1997, p. 36 : il relève, en outre qu'en « Sardaigne, en quinze ans, l'incidence de la thalassémie est passé de 4 pour mille naissances à 0,5% »
[855] CCNE, Rapport scientifique, *préc.,* Ce dépistage s'effectue, également, aux Etats-Unis, où une personne sur 25 à 30 est hétérozygote dans de telles communautés et surtout à New York.
[856] B.-M. KNOPPERS, *Dignité humaine et patrimoine génétique,* Commission de réforme du droit du Canada*,* document d'étude, série protection de la vie, 1991, p.57.

Le dépistage des hétérozygotes à ces maladies est relativement efficace puisqu'il se fonde sur l'analyse du produit de l'expression du gène impliqué dans la maladie.

578. Dès lors que ces maladies ne sont pas fréquentes en France, aucune raison ne justifie d'en rendre leur dépistage obligatoire.

En revanche, la mucoviscidose, qui est maladie autosomique récessive caractérisée par une altération des sécrétions muqueuses entraînant de graves troubles digestifs et respiratoires chroniques, frappe essentiellement le population de l'ouest de l'Europe. Un sujet sur 25 environ est hétérozygote. La difficulté d'un dépistage résulte de ce que la protéine de la mucoviscidose n'est pas exprimée dans les cellules qu'on pourrait prélever simplement (telles les cellules sanguines). Il est donc nécessaire de procéder à une analyse directe du gène par l'étude de l'ADN, extrait des cellules prélevées. Pourtant, le très grand nombre de mutations morbides différentes du gène (plus de 500 mais certaines d'entre elles sont plus fréquentes), rend difficile le dépistage des hétérozygotes. Néanmoins, il existe des sous-populations dans lesquelles le nombre de mutations fréquentes est plus petit (le Nord-Ouest du Finistère)[857].« En associant la détermination de la mutation fréquente et de 5 à 8 autres mutations assez répandues dans ces populations, on pourrait dépister 90 et peut-être 95 % des hétérozygotes ». Il serait alors possible « de déceler environ les deux tiers des couples à risque dans le Nord de la France et la moitié des couples à risques dans le Sud » [858].

579. Même si cette maladie est grave et fréquente en France, son dépistage ne devrait qu'être offert au couple soumis à un examen prénuptial, au même titre que ce qui est actuellement prévu pour le SIDA, sans qu'il ne leur soit imposé.

En effet, actuellement, les examens rendus obligatoires par le législateur français concernent uniquement les femmes âgées de moins de cinquante ans et visent essentiellement à déceler si la future épouse est immunisée contre certaines maladies (rubéole, toxoplasmose) dont la survenance, au cours de la grossesse, aurait des conséquences graves sur son enfant. Les résultats positifs de ces examens obligatoires ne tendent pas à inciter le couple à ne pas se marier, mais plutôt à informer la femme qu'elle devra faire l'objet d'une surveillance particulière au cours de sa grossesse. Au contraire lorsque le législateur souhaite faire prendre conscience au couple des dangers de leur union, il préfère préserver leur liberté en exigeant que l'examen soit, non pas prescrit, mais proposé au couple. En effet,

---

[857] J.-L. SERRE et J. FEINGOLD, *Génétique humaine, De la transmission des caractères à l'analyse de l'ADN,* INSERM Nathan, 1995, p.44.

l'intérêt préventif attaché à la réalisation de ces examens découlera alors « de la volonté que manifesteraient, librement, les individus sur le point de se marier, d'avoir des informations sur les risques médicaux éventuels que pourrait présenter leur union »[859].

580. L'atteinte à la liberté de la vie privée, qui résulterait de la prescription obligatoire d'un test génétique est d'autant moins nécessaire pour décourager les couples de se marier, qu'une nouvelle voie de prévention primaire s'offre à eux pour éviter la transmission de la maladie à leurs enfants : celle de l'assistance médicale à la procréation (AMP).

581. Aux termes de l'article L.152-1 du Code de la santé publique[860], cette dernière « s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel »[861]. Destinée principalement à pallier l'infertilité du couple, l'AMP peut avoir également pour objectif « d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité » (article L.152-2 C.S.P). L'exigence du risque de transmission d'une maladie particulièrement grave s'explique par la crainte d'une dérive eugénique visant la conception d'enfants parfaits.

L'AMP ouvre au couple à risque la possibilité de recourir à deux techniques pour éviter la transmission à l'embryon de la maladie: l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro*.

582. L'insémination consiste « à introduire, à l'aide d'un dispositif spécial d'injection, une certaine quantité de sperme dans le cul-de-sac postérieur du vagin, ou au niveau de l'orifice externe du col de l'utérus, ou dans le canal cervical »[862]. Afin d'éviter la transmission à l'enfant de la maladie dont les deux membres du couple sont porteurs, l'insémination sera nécessairement réalisée avec le sperme d'un tiers donneur (IAD).

---

[858] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Rapport scientifique, *préc.*, p. 36-37.
[859] S. LE BRIS, *Prévention et conseil : programmes étatiques pour une politique en deux actes,* dans, *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation,* dir. B.-M. KNOPPERS, L. CADIET, C.-M. LABERGE, Thémis Litec, 1992, p.290, spéc. p.308.
[860] Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* 30 juillet.
[861] CCNE, *Réexamen des lois de bioéthique,* n°60, 25 juin 1998, *D.* 1999.somm.343, obs. H. Gaumont-Prat : le CCNE propose de supprimer le terme *in vitro* de l'article L.152-1 afin que l'induction de l'ovulation par stimulation ovarienne puisse entrer dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation.
[862] D.P.B.B, *Assistance médicale à la procréation,* n°24.

583. En revanche, en ayant recours à la fécondation *in vitro* (FIV), il est possible d'obtenir des embryons, dont le développement est initié en dehors du corps de la femme, après fusion des gamètes mâle et femelle du couple hétérozygote. La fécondation *in vitro* sera suivie d'un transfert *in utero* de l'embryon (FIVETE) après qu'un diagnostic préimplantatoire aura permis de sélectionner les embryons sains. Ce dernier diagnostic « biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* » (article L. 162-17 alinéa 1 C.S.P.) comportant un risque non négligeable d'atteinte à l'intégrité de l'embryon, le législateur a conditionné la prescription à l'hypothèse où le couple a, « du fait de sa situation familiale, une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique » non seulement « d'une particulière gravité », mais aussi « reconnue comme incurable au moment du diagnostic» (article L. 162-17 alinéa 2 C.S.P.). L'alinéa 3 ajoute que « le diagnostic ne peut être effectué que lorsque a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie ». Dans le cas de la maladie autosomique récessive, cette anomalie devrait être recherchée chez les deux membres du couple car si elle n'est présente que chez l'un des parents, il n'existe aucun risque de transmettre la maladie à la descendance (celle-ci se voyant uniquement transmettre, le cas échéant, la prédisposition à la transmission). L'alinéa 5 selon lequel « le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter », pour rassurant qu'il se veuille, n'en est pas moins hypocrite puisque, d'une part, il ne peut être question de traiter une maladie qui, par hypothèse, est incurable, et que, d'autre part, la prévention consiste à éviter le transfert des embryons atteints de la maladie[863].

584. Soumis au consentement du couple, l'assistance médicale à la procréation (article L.152-2 alinéa 2 C.S.P.) et le diagnostic préimplantatoire (article L.162-17 C.S.P.) ne pourront être mis en œuvre si l'un d'eux refuse le recours à cette prévention primaire. Dans ce dernier cas, il pourra toujours être réalisé une prévention secondaire tendant à empêcher la manifestation de la pathologie. Appliquée pendant la grossesse à risque, cette prévention secondaire consistera « à éviter la naissance d'enfants atteints, par le diagnostic prénatal et l'interruption

[863] CCNE, *Réexamen des lois de bioéthique,* n°60, 25 juin 1998, *préc.* : le CCNE relève la contradiction dans le texte de loi entre la notion de caractère incurable d'une maladie et l'éventualité de la traiter.

volontaire de grossesse »[864] . Si, à la suite du diagnostic prénatal, deux médecins attestent l'existence d'une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'interruption de grossesse sera possible (article L.162-12 du C.S.P).

585. Il convient toutefois de noter que les progrès réalisés dans le traitement des maladies par la thérapie génique devraient permettre de diminuer le nombre de maladies particulièrement graves et incurables et, ce faisant, de limiter le recours à l'interruption de grossesse. La thérapie génique « consiste à intervenir sur l'ADN du génome humain pour corriger un défaut génétique à l'origine de la maladie »[865]. On distingue classiquement la thérapie génique germinale et celle qui est somatique.

586. La modification opérée par la thérapie génique germinale porte sur les cellules du *germen* impliquées dans la formation des gamètes qui se transmettent de génération en génération. En théorie, deux moyens permettent de la réaliser[866] : le premier, dénommé transgénèse, consiste à modifier toutes les cellules d'un embryon très précoce, voire la cellule unique de l'œuf fécondé, en ajoutant un gène soit au hasard dans les chromosomes, soit à sa place normale en remplacement du gène défectueux.

Le deuxième voie de la thérapie génique germinale consiste à intégrer un gène spécifiquement dans les cellules reproductrices d'un organisme constitué. En l'état actuel des connaissances, seule la transgénèse avec intégration au hasard d'un gène nouveau dans l'embryon humain est réalisable. Cette pratique permettrait ainsi de soigner l'embryon *in vitro* avant sa réimplantation[867]. Elle n'est pas pour autant permise en droit.

587. En effet, depuis que la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 a introduit un article 16-4 au Code civil, « aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne » (alinéa 3). La thérapie génique germinale est ainsi prohibée dans la mesure où elle modifie le gène de façon héréditaire.

---

[864] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Rapport scientifique, Doc. Française, 1997, p.24.
[865] N. LENOIR, *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française,* avec la collaboration de B. Sturlèse, Rapport au Premier ministre, Tome I, 1991, Doc. Française, p.75.
[866] A . KAHN, *La thérapie génique,* dans, N. LENOIR, *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française,* avec la collaboration de B. Sturlèse, Rapport au Premier ministre, Tome II, 1991, Doc. Française, p.161, spéc. p.163.
[867] A . KAHN, *préc.*

Le texte introduit, néanmoins, une réserve, en disposant que cette interdiction est « sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques ». En autorisant de telles recherches, le législateur se réserve la faculté de permettre, lors du réexamen de la loi, l'application de la thérapie génique germinale dans une finalité médicale. En effet, les recherches pourraient démontrer que la thérapie génique germinale présente un intérêt thérapeutique certain[868] consistant « pour certaines affections génétiques très handicapantes » à « prévenir leur transmission aux enfants des porteurs de ces gènes »[869].

Ces recherches ne peuvent porter que sur une personne déjà née, ce qui n'est pas encore réalisable, et non sur l'embryon (article L.152-8 C.S.P.)[870]. En effet, même si, exceptionnellement, une recherche avec bénéfice individuel direct peut être réalisée sur l'embryon, celle-ci « ne peut être entreprise si elle a pour objet ou risque d'avoir pour effet de modifier le patrimoine génétique de l'embryon.» (article R.152-8-1 du C.S.P.). Mais, parce que notamment les recherches permettraient d'éviter qu'un enfant soit porteur des mêmes anomalies génétiques graves que ses parents, le CCNE et Conseil d'Etat préconisent de lever l'interdiction des recherches sur l'embryon *in vitro* en posant en encadrant strictement leur réalisation[871].

588. A l'inverse de la thérapie génique germinale, la thérapie somatique n'entraîne aucune modification génétique de la descendance et est donc licite. Cette dernière modifie le *soma*, c'est-à-dire les cellules non reproductrices de l'organisme[872].

Elle peut être réalisée *ex vivo* sur des cellules prélevées du malade qui, après avoir été modifiées par l'introduction d'un gène normal, sont réintroduites chez

---

[868] D.P.B.B., *Thérapies géniques,* n°8.

[869] SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture, relatif au respect du corps humain*, G. Cabanel, n°398, 4 mai 1994, p.26.

[870] CCNE, *Avis sur la constitution de collections de cellules embryonnaires humaines et leur utilisation à des fins thérapeutiques ou scientifiques* , n°53, 11 mars 1997.

[871] CCNE, *Réexamen des lois de bioéthique,* n°60, 25 juin 1998, *D.* 1999.somm.343, obs. H. Gaumont-Prat ; CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 26 et s., spéc. p. 29-31: « seuls les embryons *in vitro* congelés qui ne font plus l'objet d'un projet parental et qui ne sont pas susceptibles d'être accueillis par un autre couple, et les embryons jugés d'emblée non viables, pourraient faire l'objet de ces recherches ». Ces recherches ne doivent « pas aboutir à l'implantation de l'embryon en ayant fait l'objet » (le caractère expérimental de la recherche est incompatible avec une prise de risque en ce qui concerne l'enfant à naître). Les projets de recherches sur l'embryon seront soumis à un régime d'autorisation préalable. Cette autorisation serait accordée par « l'Agence française de médecine de la reproduction, qui pourrait résulter de la transformation de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal ».

celui-ci. Cette autogreffe de cellules génétiquement modifiées en dehors de l'organisme ne peut s'appliquer qu'aux maladies géniques qui altèrent un organe pour lequel il est possible de prélever et de réinjecter un grand nombre de cellules.

Si tel n'est pas le cas, le recours à une thérapie génique *in vivo* est seul possible car cette dernière permet de transférer directement dans l'organisme le gène potentiellement curateur. Des essais de thérapie génique *in vivo* ont été tentés pour soigner la mucoviscidose. Depuis que le gène de la mucoviscidose (C.F.T.R) a été localisé en août 1989 sur le chromosome 9, une équipe de chercheurs franco-américains[873] s'attache « à inclure le gène dans un virus inoffensif en espérant l'administrer sous forme d'émulsion nasale et aboutir à la transfection *in vivo* des cellules pulmonaires »[874]. Cette technique, qui consiste à apporter une « copie » correcte du gène dysfonctionnel, ne vise pas à corriger le gène muté lui-même, à la différence de celle, nouvellement apparue, qui tend à réparer *in situ* le gène muté[875].

589. L'existence d'une proportionnalité entre les risques et les avantages d'une étude génétique de prédisposition à la maladie ou à sa transmission ne rend pas, à elle seule, la réalisation d'un test génétique licite. Outre qu'il doit être mesuré, l'acte doit être maîtrisé[876]. En conséquence, le médecin qui le réalise doit être suffisamment compétent pour garantir la qualité du test génétique.

§ 2 - L'exigence de compétence des opérateurs

590. Le principe 2 de la recommandation du Conseil de l'Europe sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales[877], après avoir énoncé que la réalisation des tests génétiques doit être effectuée sous « la responsabilité d'un médecin dûment qualifié », exprime le souhait « que les centres où sont effectués les tests

---

[872] CCNE, *Avis sur la thérapie génique,* n°22, 13 décembre 1990.
[873] OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIQUES ET TECHNOLOGIQUES, *Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme : Bouleversement sans contrôle ou législation à la française,* par F. Sérusclat, 1992, *Fascicule n°5 : Evaluation des conséquences des progrès de la génétique*, spéc. p.57.
[874] B. JORDAN, *Génétique & Génome, La fin de l'innocence,* Flammarion, 1996, p. 217.
[875] D.P.B.B., *La thérapie génique par réparation des gènes (la chiméroplastie),* Bull. n°75, p. 8114 ; OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, *Rapport sur Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie de la pharmaceutique,* F. Sérusclat, A.N., n°1871, Sénat, n°20, octobre 1999, p. 74.
[876] A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit, A la redécouverte de l'homme,* Thèse Poitiers, 1993, p.218.
[877] Recommandation n°R (92)3 du 10 février 1992.

de laboratoire soient agréés par l'Etat ou par une autorité compétente dans l'Etat, et soumis à un contrôle externe de qualité».

En effet, un diagnostic génétique, parce qu'il exige la maîtrise d'une technique particulière, ne peut être réalisé que par un spécialiste en génétique. Cette exigence de compétence spécifique des opérateurs est traditionnelle (A), mais elle fait l'objet d'un contrôle particulier lié à la spécificité de l'acte que le généticien exécute (B).

A) L'exigence traditionnelle de compétence spécifique des opérateurs

591. Le généticien, comme tout médecin, doit, selon l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936[878], donner des soins conformes aux « données acquises de la science ». L'article 32 du Code de déontologie s'est inspiré de cette formule en énonçant que « le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ».

592. Le médecin doit donc élaborer son diagnostic en tenant compte des méthodes scientifiques les plus appropriées dès lors qu'elles sont « admises par l'ensemble du corps médical »[879]. Il serait en faute d'ignorer « une méthode nouvelle de diagnostic, déjà entrée dans le patrimoine médical »[880]. La jurisprudence, depuis un arrêt du 20 février 1946[881], se réfère parfois non plus aux données acquises de la science, mais à ses données actuelles. Cette modification terminologique est de peu d'importance. L'actualité des données ne fait que traduire une conception « plus dynamique des connaissances que doit avoir le médecin »[882]. La subtile différence entre les données actuelles et les données

---

[878] Cass. civ., 20 mai 1936, *D.P.* 1936.I.88, concl. Matter, rapp. Josserand, note E.P. ; *S.* 1937.I.321, note A. Breton ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41, concl. Matter.

[879] A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civiles et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie,* Thèse Paris II, LGDJ, 1986, n°165, p.141.

[880] R. SAVATIER, J.-M. AUBY, J. SAVATIER, H. PEQUIGNOT, *Traité de droit médical,* Librairies Techniques, 1956, n°264, p.241.

[881] Paris, 20 février 1946, *Gaz. Pal.* 1946.1.209 ; Cass. civ. 1re, 28 juin 1960, *JCP* 1960.II.11787, note R. Savatier, *RTDC* 1961. 112, obs. A. Tunc ; Cass. civ. 1re, 4 janvier 1974, *Bull. civ.* I, n°4, p.4 ; *JCP* 1974.IV.54 ; *D.* 1974.somm.79 ; *RTDC.*1974.822, obs. G. Durry.

[882] H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations, théorie générale,* Montchrestien, 9e éd. par F. Chabas 1998, p.498.

acquises tend à s'amenuiser « du fait de la grande rapidité des progrès et de leur diffusion auprès de la communauté médicale »[883] .

Mme M. Harichaux remarque néanmoins que, même si les deux qualificatifs coexistent, le terme de données actuelles semble être réservé aux actes diagnostiques, alors que la référence aux données acquises concerne plutôt la décision thérapeutique[884]. Ainsi, le Code de déontologie, alors qu'il fait référence aux données acquises de la science s'agissant des soins, n'utilise pas ce terme pour le diagnostic en énonçant, dans son article 33, que « le médecin doit toujours élaborer son diagnostic (...) en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés ».

593. L'obligation faite au médecin d'élaborer son diagnostic en fonction des données actuelles de la science lui impose, en matière de génétique, de connaître une technique, qui requiert une qualification particulière, que tout médecin ne saurait maîtriser. En conséquence, même si, en principe, du fait de l'omnivalence du diplôme de docteur en médecine[885], tout médecin peut pratiquer les actes diagnostiques, il doit, néanmoins, s'abstenir de les réaliser « dans des domaines qui dépassent ses compétences, son expérience et les moyens dont il dispose » (article 70 du Code de déontologie). L'obligation d'abstention du médecin non qualifié ne lui permet pas, pour autant, d'abandonner la personne qui vient le consulter. Parce qu'il a l'obligation d'entretenir ses connaissances médicales (article 11 du C.D.M) et donc de se tenir au fait des dernières découvertes en génétique[886], le médecin devra orienter son patient vers un généticien.

594. La compétence de ce dernier à maîtriser les données actuelles de la génétique est appréciée, non pas eu égard aux compétences d'un « médecin moyen », « mais par rapport au comportement normalement diligent du médecin qui a la même qualification »[887].

---

[883] L. RENE, *Commentaire du Code de déontologie médicale,* Seuil, 1996, p.104.
[884] M.HARICHAUX, *L'obligation du médecin de respecter les données de la science (A propos du cinquantenaire de l'arrêt Mercier : bilan d'une jurisprudence), JCP* 1987.I.3306, spéc.n°12.
[885] M.-H. RENAUT, *L'évolution de l'acte médical, RDSS* 1999.45, spéc. p.49.
[886] I. PANISSET, *Les obligations du médecin face au porteur en droit québécois,* dans, *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation,* dir. B.-M. KNOPPERS, L. CADIET, C.M LABERGE, Thémis Litec, 1992, p. 230, spéc.234.
[887] A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : A propos de la chirurgie,* LGDJ, 1986, n°286, p.246.

Aussi le généticien devra-t-il, pour pouvoir exercer son art, être inscrit au tableau de l'ordre comme spécialiste en génétique médicale[888]. En outre, s'agissant des analyses génétiques réalisées sur l'embryon *in vitro* ou *in vivo*, la loi impose que le praticien responsable de celles-ci soit non seulement une personne qualifiée en génétique[889], mais aussi en biologie[890] et justifie d'une expérience en diagnostic prénatal, appréciée par la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal[891].

A la différence de ce qui est actuellement prévu par l'article 16-12 du Code civil pour les identifications par empreintes génétiques, le généticien qui réalise une étude génétique ne doit pas faire l'objet d'un agrément. L'exercice de cette dernière activité ne se fait pourtant pas sans contrôle.

B) Le contrôle de l'activité

595. L'article L.145-15 du Code de la santé publique, non seulement impose que les conditions dans lesquelles pourront être prescrits et réalisés les examens génétiques d'une personne à des fins médicales soient fixées par un décret en Conseil d'Etat, mais permet aussi au ministre chargé de la santé de soumettre, par arrêté, « à des bonnes pratiques, ainsi qu'à des règles techniques et sanitaires, la prescription et la réalisation de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales et, le cas échéant, les modalités de son suivi médical ». Ces dispositions devraient permettre d'organiser un contrôle de l'activité liée aux études génétiques qui devrait être similaire à celui instauré sur la création et le fonctionnement des laboratoires de biologies médicales par les

[888] Article 2 de la loi n°95-116 du 14 février 1995, *JO* 5 février.
[889] Article R.162-16-4 alinéa 2 : Le praticien doit être soit un spécialiste en génétique médicale, soit titulaire, selon les activités sur lesquelles porte la demande d'autorisation, d'un diplôme d'études spécialisées complémentaires de cytogénétique humaine, ou d'un diplôme d'études approfondies de génétique humaine, ou d'un diplôme d'études spécialisées complémentaires de biologie moléculaire ou, à défaut, titres, certificats, diplômes ou travaux d'un niveau jugé suffisant.
[890] Article R.162-16-4 alinéa 1 : Le praticien doit être un « médecin qualifié en biologie médicale ou pharmacien biologiste ou, à défaut une personnalité scientifique justifiant de titres ou de travaux spécifiques dans les domaines des activités définies à l'article R.162-16-1 »
[891] Article R. 162-16-4 alinéa 3 et 4 et R. 162-39

articles L.753 à L.761-23 au Code de la santé publique[892]. En effet, outre que la création de ses laboratoires est soumise à une autorisation[893], le fonctionnement de ces derniers fait l'objet d'un contrôle portant, notamment, sur la qualité des analyses, qui « pour but de déterminer la valeur des résultats des analyses exécutées » par les laboratoires, « compte tenu des techniques, des réactifs et du matériel employés »[894], et sur la bonne exécution de celles-ci.

Même si les dispositions, qui viendront préciser le contrôle de l'activité liée aux études génétiques réalisées à des fins médicales, ne sont pas encore parues, il semble que ce devrait être l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé qui sera chargée de contrôler la qualité de l'étude génétique[895].

596. S'agissant du contrôle spécifique des activités portant sur l'embryon, qui concernent ainsi la réalisation des tests génétiques prénataux, la loi de 1994 et ses décrets d'application[896] ont exigé que les établissements pratiquant les activités de diagnostics prénataux et préimplantatoires fassent l'objet d'une autorisation[897]. En raison de la nouveauté et du caractère évolutif de ces pratiques[898], le législateur a souhaité qu'il soit procédé à l'évaluation de ces activités.

---

[892] Aux termes de l'article L.753 du Code de la santé publique, « les analyses de biologie médicale sont des examens biologiques qui concourent au diagnostic, au traitement ou à la prévention des maladies humaines ou qui font apparaître toute autre modification de l'état physiologique ». Les études génétiques auraient donc pu relever des dispositions concernant les laboratoires d'analyses de biologie médicales si la loi n°95-116 du 4 février 1995 (*JO* 5 février) n'avait pas modifié l'article L.753 du Code pour exclure les actes de cytologie pathologique (acte qui étudie la structure et la fonction de la cellule) de la définition des analyses de biologie médicale.

[893] La création d'un laboratoire privé est autorisée par le préfet du département dans lequel le laboratoire est exploité[893] (article L.757 du C.S.P.). La création des laboratoires publics ne relève pas de ce dernier article (article L.761-11 du C.S.P.) mais sera, en tant qu'établissement de santé, autorisée par le ministre chargé de la santé ou le directeur de l'agence régionale (L.712-8).

[894] Article 1 du décret n°94-1049 du 2 décembre 1994 relatif au contrôle de qualité des analyses de biologie médicale prévu par l'article L.761-14 du Code de la santé publique, *JO* 8 décembre. Ce contrôle, organisé par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, « tend, d'une part, à assurer la fiabilité et le perfectionnement des analyses de biologie médicale dans l'intérêt général de la santé publique et, d'autre part, à permettre à chaque laboratoire de vérifier la valeur de ses techniques et son bon fonctionnement ».

[895] Article L.793-2 du C.S.P. : l'agence « peut être chargée du contrôle de qualité d'activités utilisant des produits entrant dans son champ de compétence », tels les réactifs utilisés pour détecter les prédispositions génétiques.

[896] Décret n°95-559 du 6 mai 1995, *JO* 7 mai ; Décret n°98-216 du 24 mars 1998, *JO* 27 mars.

[897] Articles L.162-16 C.S.P. (Diagnostic prénatal) et L..162-17 C.S.P. (Diagnostic préimplantatoire) ; D. THOUVENIN, *Les lois n°94-548 du 1er juillet 1994, n°94-653 et n°94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique, A.L.D.* 1995. *Comm. Légis.* 151, spéc. n°210 à 227, p. 200 à 206.

[898] ASSEMBLEE NATIONALE, *Projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée,* n°2600, présentée par J.-L. Bianco, 25 mars 1992, Exposé des motifs, p. 4 ; D. THOUVENIN, *préc.*, n°210.

A cette fin, il a limité la durée de l'autorisation à 5 ans, pour les établissements qui pratiquent des diagnostics prénataux, et à 3 ans, dans le cas des établissements qui réalisent un diagnostic préimplantatoire.

Ces autorisations sont accordées par le ministre chargé de la santé, après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal[899]. Cette dernière joue donc un rôle primordial d'aide à la décision du ministre en l'éclairant sur les aspects techniques des activités de diagnostics prénatal et préimplantatoire. Elle adopte, en outre, un rapport annuel portant sur l'évolution des ces activités qui comporte des recommandations « tendant à promouvoir leur qualité et à améliorer leur évaluation »[900].

* *

*

597. Les conditions entourant la réalisation d'une étude génétique à des fins médicales permettent, dans un premier temps, d'éviter que la prédisposition d'une personne ou d'un embryon soit recherchée si l'avantage d'une telle détection n'est pas proportionné au risque encouru et, ensuite, de garantir que l'évaluation de son risque, réalisée par des spécialistes en génétique, soit suffisamment rigoureuse. Une fois réalisé le diagnostic génétique, ses résultats doivent être communiqués à la personne dans des conditions conformes à son intérêt.

---

[899] Articles R.162-20 du C.S.P. (Diagnostic prénatal) et R.162-36 C.S.P (Diagnostic préimplantatoire).
[900] Article R .184-3-11 C.S.P.

SECTION II - LES CONDITIONS DE LA DIVULGATION DES RESULTATS DE L'ETUDE GENETIQUE DE PREDISPOSITION

598. La personne a consenti à la réalisation d'un test génétique afin de connaître sa prédisposition et les moyens d'éviter l'apparition de la maladie. Révélant les informations génétiques de la personne, les résultats du diagnostic percent son intimité. En conséquence, la connaissance de la prédisposition est réservée à la personne qui s'est soumise au test (§1) et ne peut, en principe, être partagée avec les tiers (§2).

§ 1 - La divulgation des résultats de l'étude génétique de prédisposition à la personne concernée

599. La médecine prédictive transforme le rôle du médecin, lequel « devient un conseiller prédictif et préventif et à un moindre degré qu'aujourd'hui un acteur curatif »[901]. Ainsi, la divulgation des informations génétiques à la personne est une obligation pour le médecin, car elle seule permet de réaliser la finalité pour laquelle l'étude a été autorisée (A). Dès lors, les exceptions, prévues par le droit médical à l'information du patient sur les données le concernant, ne pourront s'appliquer que limitativement aux résultats de l'étude génétique de prédisposition (B).

[901] G. de THE, *Prévention et santé,* dans, *Risques,* n°4, janvier 1991, p. 185, spéc. p.186.

A) Le principe de la divulgation des résultats de l'étude génétique de prédisposition au patient

600. L'obligation d'information[902] qu'assume le médecin postérieurement à la réalisation d'un acte médical se distingue, par son objet, de celle qui est préalable à l'accomplissement de cet acte. Ainsi qu'il l'a été précisé précédemment[903], l'information donnée à la personne, avant qu'elle ne consente à une intervention, porte sur les avantages de l'acte médical et les risques qu'il peut provoquer sur la santé du patient, risques que ce dernier peut accepter ou refuser de courir mais qu'il ne maîtrise pas. Cette information, dont l'étendue peut être modulée en fonction de l'intérêt de la personne, consiste en un fait brut[904] délivré par un médecin qui doit s'abstenir de guider la décision du patient. Elle a dès lors été qualifiée de renseignement[905].

601. En revanche, l'intérêt du patient commande au médecin de révéler tous les risques « qui sont courus par le malade du fait de l'affection elle-même dont il souffre, (...) dès lors qu'il s'agit de mettre tout en œuvre pour éviter leur réalisation et même si cette réalisation n'est pas fréquente »[906].

Parce que l'étude génétique a pour objet de déterminer les risques courus par la personne du fait de ses caractéristiques génétiques, le généticien devra donc lui délivrer une information exhaustive sur ses résultats et ses implications.

602. La difficulté d'informer aussi complètement et exactement que possible le patient réside dans le fait que ses « mécanismes de défense psychologique s'opposent à la compréhension des informations génétiques »[907]. Cette résistance psychologique a pour effet de biaiser la perception du risque génétique par le

---

[902] Nous employons le terme d'obligation d'information dans un sens générique de manière telle qu'il puisse viser les obligations de renseignement, de mise en garde, ou de conseil ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie,* LGDJ, 1992, n°10, p.8.
[903] *Supra* n° 145 et s.
[904] C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, dans, *L'information en Droit privé*, Travaux de la Conférence d'agrégation, LGDJ 1978, p.305, spéc. n°3 ; M. FABRE-MAGNAN, *préc.*, n° 476, p.389.
[905] *Supra* n°143
[906] Cass. civ. 1re, 20 janvier 1987, *Bull. civ.* I, n°19, p. 14 ; *D.*1987. somm.419, obs. J. Penneau. Egalement, Cass. civ. 1re, 9 mai 1983, *D.* 1984.121, note J. Penneau.
[907] N. ALBY, *Dimensions psychologiques des consultations d'oncogénétique,* dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?,* INSERM, 1998, p. 245, spéc. 250.

patient, qui a naturellement tendance à le majorer ou le minimiser[908]. Aussi appartient-il au médecin de faire prendre conscience à la personne que sa prédisposition génétique n'indique qu'un risque aléatoire de maladie dont l'apparition peut être évitée, certes de façon incertaine, par des mesures préventives. Outre une compétence technique, des connaissances en psychologie sont exigées du généticien afin qu'il puisse, notamment, faire saisir au patient la signification exacte des résultats du test[909]. La double incertitude du risque génétique et de l'efficacité de l'application des mesures de préventions, une fois comprise par le patient, est susceptible de provoquer chez lui des troubles psychologiques. Ainsi, une obligation de suivi et de soutien psychologique[910] est nécessaire pour pallier les répercussions de l'annonce du résultat[911].

603. La différence d'objet des deux obligations d'information, antérieure et postérieure à la réalisation de l'acte médical, implique une différence de fonction.

Contrairement à l'obligation de renseignement qui détermine le patient à consentir en connaissance de cause à un acte portant atteinte à son intégrité, l'obligation d'information postérieure au diagnostic génétique vise à éviter qu'il ne subisse une atteinte à son intégrité. Dès lors, alors que le comportement du médecin doit être neutre dans l'obligation de renseignement, une attitude plus active est exigée de lui lors de la délivrance des informations postérieures à la réalisation de l'acte. La diligence du médecin est susceptible de degrés selon qu'il informe la personne de sa prédisposition à la maladie ou à la transmission de la maladie à sa descendance.

604. A la personne prédisposée à la maladie, le médecin généticien devra non seulement indiquer les facteurs extérieurs déclenchant celle-ci, mais également l'inciter à ne pas s'y exposer. Cette obligation résulte des termes de l'article 34 du Code de déontologie médicale, selon lesquels le médecin doit s'efforcer d'obtenir la bonne exécution de ses prescriptions.

---

[908] I . PANISSET, *Les obligations du médecin face au porteur en droit Québécois,* dans*, La génétique humaine : de l'information à l'informatisation,* dir. B.-M. KNOPPERS, L. CADIET, C.-M. LABERGE, Thémis Litec, 1992, p. 230, spéc.238.

[909] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995*,* Rapport éthique, Doc. Française, 1997, p.51.

[910] CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation n° R(92)3 sur les tests et les dépistages génétiques à des fins médicales,* 10 février 1992, principe 3b ; CCNE, *préc.,* Avis et recommandations, p. 15.

[911] CCNE, *préc.* ; B. RENAUD, *Le diagnostic postnatal de prédiction,* dans, *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, dir. C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, n°52, p.101.

La délivrance d'une telle information correspond à l'exécution d'une obligation de conseil par laquelle le praticien incite le patient à adopter un comportement déterminé[912].

L'incitation du généticien peut tendre à modifier « des comportements socialement favorisés »[913], tels le tabagisme. Si les campagnes de santé publique montrent les difficultés de l'ensemble de la population à observer les mesures préventives préconisées, même lorsque la souffrance et la mort de certains sont prévisibles, l'application de ces mesures aux personnes dont le risque de cancer du poumon a été identifié sera, certainement, plus aisé à obtenir.

605. En revanche, à l'égard de la personne prédisposée à la transmission de la maladie à la descendance, il n'y a pas lieu que le médecin l'incite à adopter une conduite préventive pour deux raisons.

Le test génétique, en détectant la prédisposition d'une personne à transmettre une maladie à sa descendance, décèle une information génétique qui ne rendra pas malade la personne prédisposée. Celle-ci, porteuse saine de la maladie, risque seulement de donner naissance à un enfant malade si elle procrée avec un autre porteur sain de la maladie. La nature des résultats du test génétique constitue un obstacle naturel à ce que l'information remplisse pleinement la fonction attendue de l'obligation de conseil médical qui est d'inciter la personne à sauvegarder son intégrité. En effet, ces résultats peuvent justifier le recours à des actes médicaux tendant à éviter la transmission de la maladie à la descendance, tels l'assistance médicale à la procréation, le diagnostic prénatal ou l'interruption de grossesse. Or, l'information préalable à la réalisation de tels actes, parce qu'elle exige que le praticien n'influence pas le choix du patient, correspond à l'exécution d'une obligation de renseignement. Cette dernière n'en reste pas moins distincte de celle à laquelle est tenu le médecin quant à la révélation des résultats de l'étude génétique. En effet, si le médecin n'a pas à inciter la personne à adopter un comportement, il doit néanmoins l'informer des dangers encourus par sa descendance du fait de la prédisposition, en lui indiquant les moyens de les éviter.

Il s'agirait alors davantage d'une obligation de mise en garde, intermédiaire entre l'obligation de renseignement et l'obligation de conseil. En effet, à la

---

[912] R. SAVATIER, *Les contrats de conseil professionnel en droit privé, D.*1972.137, spéc. n°10, p.140 : « tout conseil est une incitation ». Il « a pour but d'orienter une décision chez celui qui le sollicite », et n°20, p.145 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie,* LGDJ, 1992, n°480, p.391.

[913] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p. 12.

différence du renseignement, « la mise en garde exige du débiteur non seulement qu'il fournisse une information objective, mais encore qu'il souligne les conséquences, objectives elles aussi, à déduire de cette information, le tout dans une perspective de risque, de danger à éviter »[914]. Elle se distingue du conseil car l'auteur de la mise en garde n'a pas à inciter son contractant à agir ou à ne pas agir[915].

606. Quelle soit de mise en garde ou de conseil, l'obligation d'information du médecin lui impose de délivrer une information complète sur les résultats de l'étude génétique. En outre, les exceptions qui seraient susceptibles de paralyser l'exécution de l'obligation d'information ne s'appliquent que de façon limitée aux résultats d'une telle étude.

B) Limitation des exceptions à la divulgation des résultats de l'étude génétique de prédisposition

607. La déstabilisation psychologique entraînée chez certains patients par la révélation de leur état de santé explique que le droit médical ait apporté des exceptions à l'obligation de divulgation des résultats d'un diagnostic, exceptions dont la mise en œuvre relève de l'appréciation du patient ou du médecin.

Traditionnellement, la personne peut choisir de ne pas connaître des informations médicales qui font partie de sa vie privée. En outre, parce que la divulgation des résultats d'un diagnostic constitue une obligation du médecin qu'il doit exécuter dans l'intérêt de la personne, le médecin peut, dans certaines hypothèses, décider de ne pas lui révéler les informations nuisibles à la santé.

La particularité de l'étude génétique de prédisposition justifie que soient néanmoins limités le droit du patient de ne pas savoir (1) et le droit au mensonge du médecin (2).

---

[914] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie,* LGDJ, 1992, n°11, p. 9.
[915] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations,* Cujas, 10e éd. 1999/2000, n°635, p. 374.

(1) La limitation du droit du patient de ne pas savoir

608. Le droit de savoir et le droit de ne pas savoir constituent des manifestations de la liberté de la personne sur sa vie privée. Ainsi, le chapitre III de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine intitulé « Vie privée et droit à l'information » dispose, dans un article 10.2, que « toute personne a le droit de connaître toute information recueillie sur sa santé. Cependant, la volonté d'une personne de ne pas être informée doit être respectée »[916]. L'affirmation de ce droit a pour but de protéger l'individu face à une information traumatisante dont la connaissance peut, en l'incitant à adopter un comportement, limiter son autonomie[917]. Le droit de ne pas savoir, qui est une manifestation du droit au respect de l'intégrité génétique, explique que la personne puisse refuser un diagnostic génétique. En revanche, il ne saurait s'appliquer que de manière limitée aux résultats d'une étude génétique de prédisposition.

609. Lorsque cette étude a été réalisé dans une finalité médicale, l'exercice par le patient de son droit à ne pas en connaître les résultats peut apparaître surprenant dans la mesure où il l'empêchera de bénéficier des mesures de prévention. Mais l'exercice de ce droit n'apparaît pas légitime. En effet, dès lors que la finalité médicale de l'étude consiste à évaluer le risque génétique de la personne en vue de lui permettre de connaître les moyens de prévention, un tel refus fait obstacle à ce que l'étude remplisse sa finalité. En conséquence, informé par la personne de sa volonté de ne pas connaître les résultats d'une étude génétique de prédisposition, le médecin devra s'abstenir de réaliser le diagnostic.

610. Il pourrait en être autrement si le refus de connaissance des résultats du diagnostic ne s'opposait pas à l'application de mesures curatives ou préventives. Ainsi est-il admis que le patient puisse valablement consentir à l'ablation d'un kyste même s'il n'a pas souhaité en connaître la nature[918]. Mais, il semble difficile d'imaginer que ce cas puisse s'appliquer au diagnostic génétique de prédisposition.

---

[916] CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine,* Oviedo, 4 avril 1997.

[917] CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1998 -Jurisprudence et avis de 1997- Réflexions sur le droit de la santé,* La Doc. Française, p.290 ; CCNE, *Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population (Problèmes des « banques de l'ADN, des « banques » de cellules et de l'informatisation des données),* n°25, 24 juin 1991 ; *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p. 15.

[918] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif sur l'article 10 de la Convention préc.*,§67.

En effet, le médecin en indiquant à la personne les moyens qui permettent d'éviter la réalisation du risque génétique, informe nécessairement celle-ci de l'existence de sa prédisposition. La réalisation d'une étude génétique de prédisposition dans une finalité médicale sur une personne qui ne souhaite pas en connaître les résultats est donc illicite, car elle ne satisfait pas l'intérêt du patient, exigé par l'article L.145-15-1 du Code de la santé publique.

611. La recherche de cet intérêt peut justifier la réalisation de tests génétiques sur les proches du patient, lorsque le diagnostic « nécessite des recoupements entre les génomes des différents membres de la famille »[919]. Les proches du patient, qui se soumettent à de telles investigations, ne recherchent pas nécessairement un intérêt personnel mais celui de leur apparenté. Cette finalité médicale pour autrui s'apparente à une finalité de recherche sans bénéfice individuel direct. Ainsi, de même que, dans le cas où la personne a consenti à une étude génétique de prédisposition dans une finalité de recherche, le décalage entre les connaissances du risque de maladies génétiques et les possibilités d'en prévenir l'apparition explique que l'individu puisse refuser de connaître sa prédisposition[920], le droit de la personne à ne pas savoir les résultats du test réalisé dans une finalité médicale pour autrui doit être respecté : ce droit ne contredit pas la finalité pour laquelle l'étude a été autorisée.

Pourtant, si les résultats des tests indiquent une prédisposition de l'intéressé à une maladie qu'il pourrait prévenir, on peut se demander si le devoir de soigner pesant sur le médecin n'entrerait pas en contradiction avec le droit de la personne de ne pas savoir[921]. Admettre que le médecin puisse imposer à la personne la révélation d'une information génétique dans une finalité médicale, qu'elle n'a pas recherchée pour elle-même, entraînerait une violation de son droit au respect dû à sa liberté sur l'intégrité. Si un tel droit de ne pas savoir ne devait pas être respecté, la personne qui souhaitera ne pas connaître les informations dont elle est porteuse refusera un prélèvement de gènes dans une finalité médicale pour autrui. Dès lors que cette dernière opposition ne peut pas être contrée, aucun raison ne justifie que le refus de la personne à connaître un élément de sa vie privée puisse être transgressé, même s'il doit être préjudiciable à sa propre santé.

---

[919] B. RENAUD, *Le diagnostic postnatal de prédiction,* dans, *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, dir. C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, n°58, p. 103.
[920] Lorsque les chercheurs eux-mêmes ne s'opposent pas à la divulgation des résultats de l'étude, *Supra* n°376
[921]CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif à l'article 10 de la Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des*

612. La personne qui autorise une étude génétique de prédisposition dans une finalité médicale ne saurait donc faire valoir son droit à ne pas en connaître les résultats, sauf si cette finalité a été recherchée pour autrui. Parallèlement, le médecin ne peut, que de manière limitée, s'abstenir de révéler les résultats du diagnostic génétique afin de préserver l'intégrité morale de son patient.

(2) La limitation du droit au mensonge du médecin

613. Le droit médical institue un droit au mensonge du médecin sur les résultats d'un diagnostic. En effet, aux termes de l'article 35 alinéa 2 du Code de déontologie médicale, « dans l'intérêt du malade et pour des raisons que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves ».

Ainsi, le médecin devra taire les informations relatives à la santé de la personne si, en raison de sa fragilité, cette connaissance pourrait aggraver son état. La faculté accordée au médecin de mentir à son patient, même si elle relève de la conscience du médecin, ne peut, sous peine de ruiner la confiance du malade dans son médecin, être exercée de façon discrétionnaire. Le mensonge sur la gravité du mal, étant commandé par l'intérêt du patient, doit viser à accroître les chances de guérison de celui-ci en évitant que ces dernières ne soient compromises par l'anxiété du malade[922]. Ainsi, le silence du médecin sera fautif s'il « a détourné le malade de consulter un spécialiste qui eût pu le guérir, ou, à l'inverse, s'il l'a encouragé à une opération que son état réel rendait désespéré »[923].

614. Le Code de déontologie paralyse néanmoins le droit au mensonge du médecin dans le cas où l'affection dont le malade « est atteint expose un tiers à un risque de contamination». Cette exception au droit au mensonge du médecin est justifiée par l'intérêt des tiers. Lors de la préparation du Code de déontologie, il avait été proposé d'utiliser le terme de transmission. Alors que la contamination suppose une infection contagieuse et vise implicitement l'infection par le VIH, le

---

applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, § 70.

[922] Paris, 7 juin 1952, *D.* 1952.367, *JCP* 1952.II.7210, note J. Carbonnier. Rejet du pourvoi par Cass. civ. 1re , 28 décembre 1954, *D.*1955.249, note R. Savatier. Egalement, Cass. civ. 1re, 14 février 1973, *Bull. civ.* I, n°55, p.51, *D.*1973.I.R.86.

[923] J. CARBONNIER, note sous, Paris, 7 mars 1952, *JCP* 1952.II.7210.

terme de transmission englobe l'anomalie génétique[924]. Le Code de déontologie ayant finalement retenu le terme de contamination, l'information de la personne prédisposée à la transmission d'une maladie ne s'impose donc pas au généticien, dans l'intérêt des tiers.

615. Pour autant, il ne semble pas que le médecin puisse se prévaloir, dans l'intérêt de son patient, d'un droit au mensonge lorsque le test a été réalisé dans une finalité médicale. Mais cette exclusion du droit au mensonge se distingue clairement de la précédente par son objet, la protection de l'intérêt du patient et non plus des tiers.

En effet, si le médecin craint que l'annonce des résultats puisse gravement traumatiser la personne prédisposée, il doit s'abstenir de réaliser une étude génétique dont les risques seront, dès lors, supérieurs à l'avantage que la personne peut en recueillir. En outre, la non-divulgation des résultats du diagnostic génétique de prédisposition ne saurait être justifiée dans l'intérêt du patient, puisque, comme cela a déjà été relevé à propos du droit de ne pas savoir, elle empêcherait la personne de bénéficier des mesures de prévention. Le silence serait donc fautif car il serait susceptible d'avoir des conséquences préjudiciables sur la santé de la personne, qui ne pourrait éviter la réalisation de la maladie pour laquelle elle est prédisposée. Il en est différemment dans le cas où les résultats d'une étude génétique consistent « seulement à une évaluation probabiliste d'un risque d'une affection grave, sans qu'aucune conduite préventive efficace puisse être conseillée et entreprise »[925]. Mais c'est justement parce qu'une telle étude ne remplit pas une finalité médicale, que l'absence de communication de ses résultats est justifiée[926].

616. Si l'intérêt du patient à la réalisation d'un diagnostic génétique dans une finalité médicale interdit au généticien de lui celer l'existence de sa prédisposition, il peut justifier le silence sur les informations qui sont accessoires à l'accomplissement de cette finalité. En effet, lorsque le diagnostic génétique de la personne impose d'être précisé par des investigations faites sur des apparentés, le généticien recherchera leurs liens de filiation. S'il s'avère que les personnes ne sont pas biologiquement apparentées, le médecin pourra taire ces découvertes afin de « ménager la paix des familles » et, par exemple, ne pas nuire à l'équilibre d'un

---

[924] ORDRE NATIONAL DES MEDECINS, *Déontologie médicale et diagnostic génétique,* Rapport présenté par B. Hoerni et adopté par le Conseil National le 26 septembre 1997.
[925] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Rapport éthique, Doc. Française, 1997, p.51.
[926] Articles L. 209-9 C.S.P et 40-5 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978.

couple[927]. En outre, de telles informations qui font partie de la vie privée du géniteur « fautif » seront couvertes par le secret médical[928].

617. L'existence d'une prédisposition génétique doit, en principe, être obligatoirement divulguée par le médecin à la personne testée. En effet, dans la mesure où cette connaissance permet à cette dernière de bénéficier de mesures de prévention, toute exception à la divulgation constituerait un détournement de la finalité médicale de l'étude. Le consentement donné à la réalisation de l'étude serait alors inefficace car il ne pourrait pas justifier qu'une atteinte à l'intégrité soit portée dans une finalité non autorisée par la loi.

Si le médecin a l'obligation de révéler la prédisposition génétique à la personne qui en est porteuse, en revanche, en vertu du secret médical, interdiction lui est faite de la divulguer aux tiers.

§ 2 - L'exclusion de la divulgation aux tiers des résultats de l'étude génétique de prédisposition

618. Le secret médical s'oppose, en principe, à ce que le médecin divulgue aux tiers les informations sur les prédispositions génétiques de la personne (A). Néanmoins les informations génétiques se distinguent des autres données médicales par leur complexité : elles « sont des données constitutionnelles, qui identifient l'individu sur le plan biologique et qui, au-delà de l'individu testé, concernent souvent l'ensemble de sa famille et sa future descendance »[929]. La particularité de l'information sur les prédispositions génétiques ne justifie-t-elle pas une levée exceptionnelle du secret professionnel au profit de la famille lorsqu'il y va de l'intérêt de leur santé ou de celle de leur descendance ? (B).

---

[927] *Supra* n°259.
[928] J. CHERIOUX, *Débats parlementaires,* n°33 S. (C.R.), *JO* 1994, p. 1588.
[929] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Rapport scientifique, Doc. Française, 1997, p. 22 ; I. PANISSET, *Les obligations du médecin face au porteur en droit Québécois,* dans *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation,* dir. B.-M. Knoppers, L. Cadiet, C.-M. Laberge, Thémis Litec, 1992, p.229, spéc. 230

A) Le principe de non-divulgation des résultats de l'étude génétique de prédisposition aux tiers

619. Le secret médical interdit au médecin de révéler aux tiers les informations sur les prédispositions génétiques relatives à son patient, y compris aux membres de sa famille, lorsque celui-ci est vivant (1). En revanche, dans la mesure où ils continuent la personne du défunt, après la mort du patient, les héritiers auront vocation à connaître certaines informations médicales (2).

(1) Le secret médical du vivant du patient

620. Parce qu'elles sont décryptées par un médecin, les informations génétiques sont couvertes par le secret médical. aux termes de l'article 4 du Code de déontologie[930], « le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi ». Sa violation est sanctionnée pénalement par l'article 226-13 du Code pénal qui a remplacé, depuis le 1er mars 1994, l'article 378 de l'ancien code pénal. Celui-ci dispose désormais que « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par son état ou sa profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende ».

621. De ces textes généraux, la jurisprudence a dégagé deux idées directrices : si le secret médical « ne peut avoir pour effet d'interdire au médecin de faire connaître à son client lui-même les constatations médicales qu'il est en mesure de faire sur sa personne »[931], en revanche, il oblige le médecin à ne pas divulguer aux tiers les informations relatives à son patient à moins que ce dernier n'y consente[932].

---

[930] Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, *JO* 8 septembre.

[931] C.E., 12 avril 1957, *Rec. CE.* 266 ; *D.* 1957.336, concl. Gazier ; *S.* 1957.241 ; *JCP*1957.II.10146, *Gaz. Pal.* 1957.2.84 ; Trib. civ. Seine, 7 juin 1955 : *D.*1955. 588 ; *JCP* 1955.II.8931 ; Paris, 2 février 1962, *D.* 1963.280 ; G. MEMETEAU, *Le droit médical*, Litec, 1985, n°104, p.58.

[932] C.E., 11 février 1972, *JCP* 1973.II.17363, note R. Savatier ; *D.* 1972.426, note M. Le Roy ; *Gaz. Pal.* 1972.2. somm.59.

622. Pour justifier ces solutions, trois fondements à l'obligation de secret ont été proposés en doctrine : le contrat médical, l'intérêt social et le droit au respect de la vie privée.

623. Pour certains auteurs, le contrat, librement intervenu entre celui qui confie le secret et celui qui le reçoit[933], fonderait l'obligation au secret. Les termes de l'ancien article 378 du Code pénal, (comme ceux de l'actuel article 226-13) ne présentent-ils pas une certaine analogie avec le contrat de dépôt en énonçant que certaines personnes sont « dépositaires (...) des secrets qu'on leur confie » ? Protégeant l'intérêt du patient, le contrat médical ferait du secret médical la « chose » de ce dernier[934]. Une telle conception du secret médical expliquerait la faculté du patient de délier le médecin de son obligation au secret à l'égard des tiers[935]. Sans dénier que cette faculté exprime l'intérêt du patient, fonder le secret sur le contrat médical n'est pas à l'abri de critiques, même si certains arrêts isolés s'y sont référés[936].

624. En effet, d'une part, « baser le secret professionnel sur un contrat, c'est autoriser la divulgation de tout ce que le professionnel sait et qui ne lui a jamais été confié, de ce qu'il surprend et devine »[937] et, ce faisant, ne pas rendre compte du domaine du secret qui protège non seulement une confidence, mais plus généralement tout ce qu'il a été donné au médecin de connaître dans l'exercice de sa profession[938], c'est-à-dire tout « ce qu'il a vu, entendu ou compris »[939]. Si la rédaction de l'ancien article 378 du Code pénal pouvait générer un doute sur l'étendue de l'obligation en ce qu'il sanctionnait la divulgation des secrets confiés[940], le nouvel article 223-16 le dissipe en visant la révélation d'une information à caractère secret, peu importe qu'elle ait ou non été confiée, dès lors qu'elle est connue.

---

[933] C. MERGER, *Le secret professionnel*, Thèse Paris, 1895, p.11 à 22 ; R. SAVATIER, J.-M. AUBY, J. SAVATIER, H. PEQUIGNOT, *Traité de droit médical,* Librairies Techniques, 1956, n°303, p.274 ; H. FENAUX, note sous Cass. crim., 5 juin 1985, *D.*1988.106.
[934] R. SAVATIER, J.-M. AUBY, J. SAVATIER, H. PEQUIGNOT, *op. cit.*, n°303, p. 275 ; Paris, 2 février 1962, *préc*.
[935] C.E., 11 février 1972, *préc*. ; Cass. soc., 1er mars 1972, *Bull. civ.* V, n°171, p. 162 ; *Gaz. Pal.* 1973.1.22, note P.-J. Doll, *D.* 1972.426, note M. Le Roy ; Cass. crim., 5 novembre 1981, *Bull. crim.*, n°295, p.773.
[936] Lyon, 30 avril 1949, *Gaz. Pal.*, Tables 1946-1950. 2.377 : Entre le malade et le médecin intervient un contrat qui fait naître pour le médecin une obligation tacite au secret ; Lyon, 17 octobre 1952, *Gaz. Pal.* 1953.1. somm.150 ; Paris, 2 février 1962, *D.*1963.280.
[937] R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, LGDJ, 1939, n°83, p.152.
[938] Cass. crim., 26 juillet 1845, *D.P.* 1845.1.340.
[939] Article 4 alinéa 2 du Code de déontologie médicale.

D'autre part, la thèse rattachant au contrat l'obligation au secret implique qu'il ne saurait y avoir de secret en dehors du contrat médical. Or, le secret médical est une obligation professionnelle qui s'impose à tout médecin, peu importe qu'il soit lié à son patient par un contrat[941].

En outre, elle ne saurait expliquer les cas où la loi impose au médecin de révéler sans le consentement du patient ses informations médicales.

625. Aussi, au fondement contractuel de secret médical, a-t-il été proposé d'y ajouter[942], voire d'y substituer[943], un fondement d'ordre public.

Le législateur, en imposant le secret, aurait ainsi eu pour but, non pas d'assurer l'exécution d'un contrat, mais de préserver un intérêt social en empêchant la divulgation de secrets confiés à certaines professions. Le secret professionnel, « ne reposant pas sur un contrat, prendrait sa source dans un intérêt social : la profession et la société imposent le secret, indépendamment de toute convention passée avec le client »[944].

La jurisprudence n'énonce-t-elle d'ailleurs pas que l'obligation au secret, établie pour assurer la confiance des malades dans l'exercice de la profession, est « générale et absolue »[945] ? Se justifiant par « des motifs d'ordre public et d'intérêt général »[946], cette obligation au secret ne cesserait « que dans les cas déterminés par des dispositions législatives »[947] ou « lorsque l'ordre public est en cause »[948]. Ainsi,

---

[940] D. THOUVENIN, *Le secret médical en droit français*, Thèse Lyon, 1977, n° 488 et s, p.621 et s. : l'auteur préconisait d'abandonner la notion de secret-confidence pour tenir secret « toute information médicale individuelle ».

[941] Circulaire DGS/DH n°95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés et comportant une charte du patient hospitalisé, *BO min. des Affaires sociales de la santé et de la ville, n°95/21.*

[942] R. SAVATIER, J.-M. AUBY, J. SAVATIER, H. PEQUIGNOT, *Traité de droit médical*, *préc.,* n°304, p.276.

[943] R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, *préc.,*n°84, p.153 et s ; M.-L. RASSAT, *La révélation médicale*, *D*.1989.107, spéc. p.112.

[944] R. NERSON, *préc.*

[945] Cass. crim., 19 décembre 1885, *D.P.* 1886.I.347 ; *S*.1886.I.86, rapport Tanon ; Cass. crim., 8 mai 1947, *D*.1948.109, note P. Gulphe, *S* . 1947.1.106 ; *JCP* 1948.II.4141, note A. Legal ; Cass. crim., 22 décembre 1966, *D*.1967.122, rapport R. Combaldieu ; *JCP* 1967.II.15126, note R. Savatier ; Cass. crim., 5 juin 1985, *Bull. crim.* n°218, p. 558 ; *D.* 1988.106, note H. Fenaux ; Paris, 27 mai 1997, *JCP* 1997.II.22894, note E. Derieux ; *D.* 1998.somm. 85, obs. T. Massis ; Cass. crim., 8 avril 1998, *JCP* 1998.IV.2986 ; *D.* 1999.somm.381, obs. J . Penneau.

[946] Trib. civ. Seine, 7 juin 1955, *D*.1955. 588 ; *JCP* 1955.II.8931.

[947] C.E, 12 avril 1957, *Rec. CE.* 266 ; *D* .1957.336, concl. Gazier ; *S.* 1957. 241 ; *JCP*1957.II.10146, *Gaz. Pal.* 1957.2.84.

[948] Aix-en-Provence, 18 janvier 1962, *JCP*1962.II.12892, note R. Savatier ; Cass. crim., 8 avril 1998, *préc.*

sauf lorsque sa révélation est permise ou imposée par la loi, le secret médical devrait être observé à l'égard des tiers[949].

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 mai 1947, a déduit du caractère absolu et général du secret, l'impossibilité pour quiconque d'affranchir le médecin de son obligation[950]. Son opposition avec les Chambres civiles de la Cour de cassation et le Conseil d'Etat qui admettent, au contraire, que « c'est du malade seul que dépend le sort des secrets »[951] est, néanmoins plus théorique que réelle. En effet, « l'évidence des droits du client sur les secrets qu'il confie à son médecin est telle que la rigueur apparente du principe posé par les formules qu'utilise la Chambre criminelle n'est nullement respectée par elle »[952]. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne s'est jamais opposée à ce que le médecin délivre des attestations médicales à son client afin qu'il les invoque à l'encontre des tiers[953]. En revanche, le médecin peut refuser d'apporter son témoignage en justice[954], alors même qu'il aurait été autorisé par son client à divulguer ses informations médicales. En effet, « l'objet du secret du médecin peut aller bien au-delà de l'objet du consentement »[955] du patient, notamment si le médecin a décidé de ne pas l'informer sur la gravité de son état. Son témoignage en justice pouvant l'entraîner à révéler des informations nuisibles à la santé du patient, le médecin apprécie, de surcroît, l'opportunité de les divulguer et nul ne peut l'y contraindre s'il s'y refuse[956].

---

[949] Cass. civ. 1re, 18 mars 1986, *JCP* 1986.II.20629, concl. Gulphe.

[950] Cass. crim., 8 mai 1947, *préc.* ; Cass. crim., 22 décembre 1966, *préc.* ; Cass. crim., 5 juin 1985, *préc.*

[951] C.E., 11 février 1972, *préc.* ; Cass. civ. 1re, 12 février 1963, *D.*1963.471, note R. Badinter, *JCP* 1963.II.13107, concl. R. Lindon ; Cass. soc., 31 janvier 1963 : *Gaz. Pal.* 1963.1.309 ; *JCP* 1963.II.13122, note R. Savatier, *D.*1963.471 ; Cass. civ. 2e , 28 janvier 1966, *D.*1967.447, note R. Savatier ; Cass. soc., 1er mars 1972 : *Bull. civ.* V, n°171, p.162 ; *D.* 1972.426, note M. Le Roy ; *Gaz. Pal.* 1973.1.22, note P.-J .Doll. Voir cependant, CE, 28 mai 1999, *D.* 1999.IR.185 ; *JCP* 1999.IV.2834, qui sanctionne un médecin pour avoir autorisé un journaliste à prendre une photographie d'un de ses patients, avec le consentement de ce dernier. Mais si le comportement du médecin a été jugé constitutif d'une violation du secret médical, c'est certainement parce qu'il ne correspondait pas à l'intérêt du patient et dès lors cet arrêt ne constituerait pas un revirement de jurisprudence mais préciserait la jurisprudence antérieure.

[952] R. SAVATIER, note sous Cass. crim., 22 décembre 1966, *JCP* 1967.II.15126 ; J. HONORAT et L. MELENNEC, *Vers une relativisation du secret médical*, *JCP*1979.I.2936.

[953] Cass. crim., 5 novembre 1981, *Bull. crim.*, n°295, p.773 ; Cass. crim., 18 novembre 1986, *JCP*1987.IV.37. ; Cass. crim., 23 janvier 1996, *Bull. crim.*, n°37, p.92.

[954] Cass. crim., 8 avril 1998, *JCP* 1998.IV.2986 ; *D.* 1999.somm.381, obs. J . Penneau.

[955] P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Economica, 3e éd. 1995, n°214, p. 387.

[956] L'arrêt du 8 mai 1947, *préc.*, relaxe ainsi un médecin qui avait refusé de déposer à la demande de son client, tout en admettant la production d'un certificat délivré par ce même médecin.

626. Fonder exclusivement le secret médical sur l'intérêt social ne permet pourtant d'expliquer ni l'obligation du médecin de divulguer à son patient les informations qui le concernent, ni la faculté pour le malade de délier le médecin de son obligation à l'égard des tiers. Les partisans d'un tel fondement réfutent cette critique en énonçant que le secret médical ne concerne que les rapports du médecin et des tiers et n'intervient pas dans la relation médecin-malade[957]. L'argumentation n'est toutefois pas décisive, car s'attachant aux seuls effets du secret médical, elle oublie que le contenu de celui-ci est déterminé dans la relation médecin-malade, dans laquelle s'exprime l'intérêt du patient[958].

Or, même si le secret médical est établi pour assurer, dans un intérêt social, la confiance dans l'exercice de la profession médicale, la faculté du patient d'en affranchir son médecin ne lui est reconnue que dans son intérêt individuel[959]. Il est donc vain de fonder le secret médical alternativement sur l'intérêt privé du patient, ou sur l'intérêt social, car celui-ci s'appuie sur chacun d'eux[960] : en revanche, le droit au respect de la vie privée exprime ce double intérêt[961].

627. Le droit au respect de la vie privée sauvegarde l'intérêt de la personne au secret de sa vie[962]. Il confère à la personne la faculté de refuser ou d'autoriser la divulgation des données médicales, éléments de sa vie privée, à des tiers.

L'exercice du droit au respect de la vie privée peut néanmoins dégénérer en abus. En conséquence, le médecin, attaqué par son client, peut, sans son consentement, divulguer des informations médicales nécessaires à assurer sa défense[963].

Le droit au respect prolonge la liberté de la personne, reconnue par le législateur, sur sa vie privée. L'intérêt social, attaché à la reconnaissance de cette liberté dans le domaine médical, explique que le législateur ait rappelé que le secret médical s'impose au médecin comme un devoir de sa profession. La liberté de la personne sur sa vie privée peut, néanmoins, être limitée dans l'intérêt général.

---

[957] M.-L. RASSAT, *La révélation médicale*, *D.*1989.107, spéc. p. 108-109.
[958] Cass. crim. 23 janvier 1996, *préc*.
[959] P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Economica, 3e éd. 1995, n°214, p. 387.
[960] Paris, 27 mai 1997, *JCP* 1997.II.22894, note E. Derieux ; *D*. 1998.somm.85, obs. T. Massis.
[961] N.-J. MAZEN, *Le secret des praticiens de la santé : mythe ou réalité ?*, Gaz. Pal. 1975.2.doctr.468 ; *Le secret professionnel des praticiens de la santé*, Vigot, 1988, p.27 ; G. MEMETEAU, *Le droit médical*, Litec, 1985, n°106, p.59 ; L. PELTIER, *Le secret médical, R.R.J.* 1995.827 ; D.P.B.B, *Secret médical*, n°8.
[962] P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Economica, 3e éd. 1995, n°214, p.386.
[963] Lyon, 17 janvier 1980, *Gaz. Pal.* 1981.2.491, note N.-J. Mazen.

Aussi le devoir de parler du médecin prend-il le pas sur son obligation de se taire « dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret » (article 226-14 du Code pénal).

Renforcé dans un intérêt social, le secret des informations médicales n'est donc pas autonome du droit au respect de la vie privée. En effet, si toute atteinte à la vie privée ne résulte pas nécessairement d'une violation du secret médical, en revanche toute violation du secret médical provoque une atteinte à la vie privée. En conséquence, la divulgation par un médecin d'informations médicales sur son patient, sans son consentement, pourra être sanctionnée comme une violation tant du droit au respect de la vie privée que du secret médical[964].

628. Fondé sur le droit au respect de la vie privée, le secret médical s'oppose ainsi à la divulgation aux tiers par le médecin des informations sur les prédispositions génétiques de son patient. Tiers par rapport au patient vivant, les proches ne peuvent avoir connaissance de telles informations génétiques : ainsi, même si la prédisposition d'une personne à la transmission de la maladie sont découvertes à l'occasion d'un examen prénuptial, son conjoint ne pourra pas en être informé. « Tout est affaire de conscience »[965] de la personne concernée qui peut choisir de ne pas révéler à son futur conjoint son risque génétique[966].

De même, « lorsque la découverte d'une anomalie de caractère familial conduit à envisager un prélèvement biologique sur l'ensemble des membres de la famille, ceux-ci devront être sollicités directement par le sujet demandeur et non par le médecin »[967]. En effet, dans l'hypothèse où, pour valider son diagnostic de prédisposition familiale d'un patient, il est nécessaire d'effectuer des diagnostics sur les membres de sa famille, le médecin qui s'adresserait directement à eux violerait le secret médical puisqu'il les informerait nécessairement des résultats de

---

[964] A propos de la publication par un médecin d'un livre « le grand secret », consacré à la maladie du Président Mitterrand, TGI Paris, 23 octobre 1996, *JCP* 1997.II.22844, note E. Derieux ; CA Paris, 27 mai 1997, *préc.*

[965] G. CORNU, *Droit civil -La famille,* Domat Montchrestien, 6e éd. 1998, n°179, p.265.

[966] F. KERNALEGUEN, *La diffusion intra et inter- familiale de l'information génétique,* dans*, La génétique humaine : de l'information à l'informatisation,* dir. B.-M. Knoppers, L. Cadiet, C.-M. Laberge, Thémis Litec, 1992, p.255 : La liberté reconnue au sujet quant à la diffusion des informations sur sa prédisposition génétique n'est pas, en principe, exclusive de toute responsabilité, comme cela sera indiqué en deuxième partie, *Infra* n°1060 et s.

[967] CCNE, *préc.*, Avis et recommandations, p. 15 ; Egalement, ORDRE NATIONAL DES MEDECINS, *Déontologie médicale et diagnostic génétique,* Rapport présenté par B. Hoerni et adopté par le Conseil National le 26 septembre 1997.

l'étude génétique de son patient[968]. Seul ce dernier peut consentir à une telle révélation en informant spontanément ses proches de sa prédisposition. Il sera le plus souvent assisté d'un médecin qui pourra leur expliquer techniquement la demande[969].

629. Le secret médical s'oppose à ce que les tiers aient connaissance des informations sur la prédisposition génétique d'une personne, sans son consentement. En est-il de même après le décès du patient ?

(2) Le secret médical après le décès du patient

630. Le décès de la personne prédisposée fait, en principe, des héritiers les continuateurs de sa personne. Le médecin devrait pouvoir, sans violer le secret médical, divulguer les informations médicales relatives à son patient, aux membres de sa famille qui ne peuvent plus être considérés comme des tiers. L'article R.710-2-2 alinéa 4 CSP autorise ainsi les ayants droit à avoir accès au dossier médical hospitalier par le biais d'un médecin et dans le respect des règles du secret médical.

631. Il y a, néanmoins, lieu de distinguer selon que la divulgation des informations médicales aux héritiers vise à satisfaire leurs intérêts pécuniaires ou leurs intérêts moraux. En effet, dès lors que le patrimoine se transmet aux héritiers, la révélation des informations médicales du défunt qui permet de faire valoir les droits pécuniaires des ayants cause est admise par la jurisprudence[970]. En revanche, le fondement d'une telle divulgation à la famille, si elle tend à protéger leurs droits extrapatrimoniaux, doit être recherché : l'inopposabilité du secret médical aux héritiers du défunt résulte-t-elle d'une éventuelle transmission aux héritiers du droit au respect de la vie privée du défunt, qui fonde le secret, ou d'une présomption de consentement de la personne décédée à la divulgation à ses proches d'une information à caractère familial ?

---

968 D. THOUVENIN, *Les règles juridiques applicables à l'activité de conseil génétique,* dans*, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?,* Les éd. INSERM, 1998, p.207, spéc. p. 217.

969 CCNE, *Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population (Problèmes des « banques de l'ADN, des « banques » de cellules et de l'informatisation des données),* n°25, 24 juin 1991.

970 Cass. civ. 1re, 12 février 1963, *JCP* 1963.II.13107, concl. R. Lindon ; *D.*1963.472, note R. Badinter ; Cass. soc. 31 janvier 1963, *JCP* 1963.II.13122, note R. Savatier ; *Gaz.Pal.*1963.1.309 ; *D.* 1963.472, note R. Badinter ; Cass. civ. 1re, 26 mai 1964, *D.*1965.109, note Le Bris ; *JCP* 1964.II.13751, concl. R. Lindon ; C.E. Ass., 22 janvier 1982, *D.*1982.291 ; *RDSS* 1982.278, note J.-M. de Forges et 596, note D. Thouvenin ; *JCP* 1983.II.19943, note L. Rapp.

632. Alors que la loi prévoit que le droit moral de l'auteur est transmissible à cause de mort à ses héritiers (article L.121-1 du Code de la propriété intellectuelle), la jurisprudence considère que « le droit au respect de la vie privée ne passe pas comme élément de sa succession aux héritiers »[971]. Cette différence établie au sein des droits extrapatrimoniaux a des conséquences importantes sur la protection des intérêts moraux du défunt par les héritiers.

633. En effet, le droit moral, parce qu'il est attaché à la personne de l'auteur, est transmis aux héritiers afin qu'ils défendent, non pas leurs intérêts propres, comme en matière de droits patrimoniaux, mais l'intérêt du défunt. La dévolution successorale de ce droit ne se confond pas avec la transmission du patrimoine. « Différente par sa fin de la succession au patrimoine, la « succession morale » en diffère aussi par l'organisation. Alors que dans la première, la succession *ab intestat* a la primauté, parce qu'elle est fondée sur le devoir du *de cujus* envers les membres de sa famille, la primauté appartient dans la seconde à la succession testamentaire, parce qu'elle est fondée sur le devoir des membres de la famille envers le défunt »[972]. En effet, le droit au respect du nom, de la qualité et de l'œuvre de l'auteur est transmis à ses héritiers à moins que l'exercice en soit conféré à un tiers en vertu d'une disposition testamentaire (article L.121-1 du C.P.I.). De même, le droit de divulgation de ses œuvres posthumes est exercé par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur (article L.121-2 du C.P.I.) La défense du droit moral par les héritiers leur impose donc de respecter la volonté de l'auteur.

634. En revanche, le droit au respect de l'intégrité de la personne n'étant pas transmis aux héritiers, ces derniers ne peuvent pas, en principe, défendre les atteintes à la vie privée du *de cujus* réalisées après son décès ; les héritiers ne recueillent dans la succession que le droit d'agir contre les atteintes constituées avant la mort de la personne[973]. Néanmoins, si la divulgation de la vie privée, réalisée après le décès de la personne, constitue une diffamation dirigée « contre la

---

[971] Paris, 3 novembre 1982, *D.*1983.248, note R. Lindon ; Paris, 6 mai 1997, *D.*1997.596, note B. Beignier, *JCP* 1997.I.4052, n°3, obs. B. Teyssié ; *D.* 1997.IR.160 ; *D.* 1998.somm.87, obs. C. Bigot, *RTDC* 1998.71, obs. J. Hauser : « la protection résultant des dispositions de l'article 9 du code civil présente un caractère individuel et vise les seules atteintes subies personnellement par le titulaire du droit concerné ; qu'il en résulte que le droit au respect de la vie privée n'appartient qu'au vivant et qu'il est intransmissible aux héritiers » ; Paris, 27 mai 1997, *JCP* 1997.II.22894, note E. Derieux ; *D.* 1998.somm.85, obs. T. Massis.

[972] P. KAYSER, *Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, RTDC.*1971.445, spéc.n°39, p. 499.

[973] Paris, 27 mai 1997, *JCP* 1997.II.22894, note E. Derieux ; *D.* 1998. somm.85, obs. T. Massis.

mémoire du mort », l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse[974] sanctionne les auteurs « s'ils avaient l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universelles vivants »[975]. Ainsi, dans les cas où les intérêts moraux du défunt et ceux du groupe familial sont noués, les héritiers peuvent agir dans la mesure où l'atteinte à la vie privée du défunt leur cause alors un préjudice personnel[976]. On peut, néanmoins, se demander si l'arrêt de la Cour de cassation du 20 octobre 1998[977], rendu à propos de la publication de photographies de la dépouille mortelle de François Mitterrand, n'a pas remis en cause cette solution. En énonçant que « la fixation d'une image d'une personne, vivante ou morte, sans autorisation préalable des personnes ayant pouvoir de l'accorder, est prohibée », la Cour de cassation n'a-t-elle pas admis que ce droit se transmettait aux héritiers, qui, dès lors, avaient la faculté de consentir à l'atteinte portée à la vie privée du défunt ? Il ne semble pas. En effet, cet arrêt rejette le pourvoi contre une décision de la Cour d'appel qui avait jugé que « le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui quelles que soient les analyses que l'on puisse faire sur le point de savoir si la notion d'autrui se rapporte au décédé ou à ses ayants droit, eu égard à la généralité du terme »[978]. Ce droit est donc accordé aux ayants droit, à titre personnel, et non en tant que successeurs à la personne du défunt[979], car l'atteinte, commise à l'égard de la personne décédée, a pour résultat de violer le droit au respect de la vie privée des héritiers vivants.

635. Pourtant, refuser la transmission à cause de mort du droit au respect de la vie privée nuit aux intérêts moraux du défunt. En effet, seul l'intérêt de la famille à la défense des atteintes à la vie privée du défunt qui rejaillissent sur le groupe est pris en considération. « On peut donc légitimement craindre que cet intérêt n'aille

---

[974] *D.P.*1881.4.65.

[975] Le diffamateur ne peut se justifier en prouvant la vérité de ses allégations, si elles ont trait à la vie privée du défunt : article 35 alinéa 3.

[976] Paris, 24 février 1998, *D.* 1998.225, B. Beignier ; *D.* 1999. somm. 123, obs. T. Hassler et V. Lapp ; *D.* 1999.somm. 167, obs. T. Massis : la publication de la photographie d'une personne décédée constitue, dès lors qu'elle n'a pas reçu l'assentiment de ses proches parents « une profonde atteinte à leurs sentiments d'affliction, et, partant, à l'intimité de leur vie privée » ; P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée,* Economica, 3e éd. 1995, n°183, p.345.

[977] Cass. crim., 20 octobre 1998, *D.* 1999.106, note B. Beignier ; *JCP* 1999.II.10044, note G. Loiseau.

[978] Paris, 2 juillet 1997, *D.* 1997.596, note B. Beignier ; confirmation de TGI Paris, 13 janvier 1997, *D.* 1997.255, note B. Beignier ; *JCP* 1997.II.22845, note M. Serna, *D.* 1998.somm.87, obs. C. Bigot.

[979] B. BEIGNIER, note sous Cass. crim., 20 octobre 1998, *préc.*

pas toujours dans le sens des volontés » du défunt[980]. Il serait donc plus logique de reconnaître la transmission du droit au respect de la vie privée aux héritiers. Outre que le régime des droits de la personnalité serait ainsi uniformisé, une telle transmission permettrait de respecter la volonté du défunt quant à la divulgation de ses informations génétiques. Néanmoins, dans la mesure où la position de la jurisprudence est fermement établie pour refuser la dévolution du droit au respect de la vie privée, le secret médical, fondé sur ce droit, est opposable à la famille du défunt, à moins que le défunt ait autorisé, avant son décès, une telle divulgation.

636. Si la licéité de la divulgation des résultats d'une étude génétique de prédisposition ne peut être fondée sur la transmission aux héritiers du droit au respect de la vie privée du *de cujus*, en revanche, elle peut être justifiée en présumant que la personne décédée a consenti à une telle divulgation.

En effet, le droit au respect à l'intégrité confère à son titulaire la prérogative d'autoriser les tiers à s'immiscer dans son intégrité ou à divulguer des informations y afférentes. Si, de son vivant, le consentement de la personne à l'atteinte à l'intégrité corporelle doit toujours être sollicité, sauf dans le cas où il est permis de le présumer, en raison de son impossibilité de manifester son consentement à un acte nécessaire à la sauvegarde de son intégrité corporelle[981], le décès de la personne a justifié que le législateur admette largement la présomption de consentement de la personne à des prélèvements sur son corps, notamment lorsqu'ils répondent à une finalité médicale pour autrui. De même que l'atteinte à la vie privée, commise par les tiers, doit être expressément autorisée par la personne de son vivant, ne convient-il pas, après son décès, de présumer son consentement à la divulgation des éléments de sa vie privée justifiée dans une finalité médicale pour autrui ?

637. La présomption de consentement est admise lorsqu'il est vraisemblable que la personne, si elle avait été en état de le faire, aurait consenti. Or, en raison de la nature familiale de l'information génétique, la connaissance des informations génétiques de la personne décédée peut avoir une finalité médicale pour ces derniers. Il devrait donc être permis de présumer le consentement du défunt à la divulgation de cette information à sa famille. Une telle présomption ne pourrait, par

---

[980] C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins,* Dalloz, 9e éd. 1999, n°260, p.216 : cette remarque est faite à propos de la jurisprudence qui accordait une action personnelle aux héritiers pour la défense du droit moral de l'auteur avant que la loi de 11 mars 1957 ne décide sa transmission aux héritiers.
[981] *Supra* n°241 et s.

hypothèse, pas jouer si la personne, de son vivant, a fait connaître à son médecin son refus de communiquer les résultats de l'étude génétique à quiconque.

638. Dans le cas où la personne refuse de communiquer ses informations génétiques à ses proches, le médecin, tenu par le secret médical, « sera dans l'impossibilité de les prévenir du risque éventuel qu'ils ont de développer une maladie ou de la transmettre à leur descendance »[982]. S'il doit tenter de convaincre la personne à consentir à telle divulgation en lui faisant prendre conscience des implications du refus, peut-il exceptionnellement, face à l'obstination de celle-ci, prévenir les proches du danger qu'ils encourent ?

B) La divulgation exceptionnelle des résultats de l'étude génétique de prédisposition aux proches est-elle possible ?

639. Lorsqu'un intérêt supérieur à celui du malade commande de révéler des informations médicales à des tiers, une exception peut être apportée par la loi au secret médical. Le principe 9 de la recommandation du Conseil de l'Europe du 10 février 1992[983] énonce, en effet, que « dans certaines circonstances, telles que l'existence d'un risque grave pour d'autres membres proches d'une famille, des dérogations (au secret médical) pourraient être autorisées, conformément à la loi nationale et aux règles professionnelles ».

640. En théorie, deux voies s'offrent au médecin pour que la révélation d'un risque génétique aux proches n'entraîne pas une condamnation pour violation du secret professionnel : il peut se justifier en invoquant soit que la divulgation n'a pas un caractère délictueux car elle est couverte par un fait justificatif, soit que la non-révélation aurait été fautive car elle aurait constitué un refus d'assistance à une personne à danger.

---

[982] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p.15.

[983] Recommandation n° R (92)3 sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales *;* F. KERNALEGUEN, *La diffusion intra et inter- familiale de l'information génétique,* dans*, La génétique humaine : de l'information à l'informatisation,* dir. B.-M. Knoppers, L. Cadiet, C.-M. Laberge, Thémis Litec, 1992, p.257 et s ; B.-M. KNOPPERS, *Dignité humaine et patrimoine génétique,* Commission de réforme du droit du Canada*,* document d'étude, série protection de la vie, 1991, p.78.

641. Ainsi, la responsabilité du médecin qui divulgue des informations relatives à la santé de ses patients peut disparaître lorsque la révélation est couverte par un fait justificatif, tel l'état de nécessité[984].

Admis par la jurisprudence, l'état de nécessité est « une situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour sauvegarder un intérêt supérieur, n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale »[985]. Le nouveau Code pénal a expressément admis cette cause de justification à l'article 122-7, lequel dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace (...) autrui (...), accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne (...), sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ».

642. Pourtant, les conditions, posées par la loi à l'admission de ce fait justificatif, ne semblent pas être réunies pour légitimer la divulgation par le médecin de la prédisposition génétique de son patient à ses proches. En effet, l'exigence d'un danger actuel ou sur le point de se produire implique que l'auteur de l'infraction soit placé « devant un danger immédiat et certain et non hypothétique ou futur »[986]. Or la révélation par le médecin d'une prédisposition génétique aux proches du patient ne peut être guidée que par la crainte, et non par la certitude, qu'ils soient eux-mêmes porteurs de ce risque génétique, puisque, par hypothèse, un diagnostic génétique confirmant ce risque n'a pas été réalisé sur eux.

En outre, même s'il existait une forte probabilité que les proches soient prédisposés[987], la réalisation de la maladie n'en resterait pas moins aléatoire : le

---

[984] G. STEPHANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général,* Dalloz, 16e éd. 1996, n°377 et s., p.297 et s., spéc. n°401 et s., p. 313 et s. De même, par ordre de la loi (article L. 12 du Code de la santé publique), le médecin, tenu de déclarer à l'autorité sanitaire certaines maladies, ne viole pas le secret professionnel. Cette déclaration obligatoire ne visant que des maladies limitativement énumérées dans une liste fixée par décret (décret n°86-770 du 10 juin 1986, *JO* 14 juin), ne s'applique pas, à l'heure actuelle, aux prédispositions génétiques. Elle le sera peut-être un jour car, depuis que l'obligation de déclaration a été étendue, à titre expérimental, à la séropositivité (Décret n°99-363, 6 mai 1999, *JO* 13 mai), la déclaration ne vise plus seulement des maladies présentes mais aussi celles futures et incertaines ; Sur les polémiques suscitées par la déclaration du VIH et leurs conséquences, voir, P. BENKIMOUN, *Le gouvernement améliore le système de la déclaration obligatoire par le VIH. L'anonymat devrait être mieux garanti, Le Monde,* 7-8 novembre 1999, p. 11.

[985] Colmar, 6 décembre 1957, *D.* 1957.357, note P.Bouzat ; *S.*1958.245 ; *Gaz. Pal.* 1958.1.202.

[986] Tribunal correctionnel de Nantes, 12 novembre 1956, *D.*1957.30 ; *JCP* 1957.II.10041, note J.-M. Aussel.

[987] Prédisposition monogénique majeure à transmission dominante : cancer héréditaire, rétinoblastome héréditaire ....

danger ne serait donc pas inéluctable[988]. En conséquence, la révélation ne pourrait apparaître comme un acte nécessaire à la sauvegarde de la santé de ceux-ci.

643. Si la révélation de la prédisposition génétique d'une personne à ses proches ne peut être couverte par le fait justificatif tiré de l'état de nécessité, il semble alors improbable que la responsabilité du médecin puisse être engagée pour non-assistance à personne en péril, s'il s'est abstenu de divulguer une telle information aux apparentés de l'individu prédisposé.

L'article 223-6 alinéa 2 du Code pénal sanctionne quiconque « s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par une action personnelle, soit en provoquant un secours ». La jurisprudence a précisé les caractères du péril qui impose une obligation de porter secours. Le péril qui appelle assistance est un état dangereux ou une situation critique qui fait craindre de graves conséquences pour la personne qui y est exposée et qui risque, selon les circonstances, soit de perdre la vie, soit des atteintes corporelles graves[989]. Tel est le cas lorsque la prédisposition indique un risque de développer ou de transmettre à la descendance une maladie grave. En revanche, en exigeant, en outre, que le péril soit imminent et constant et nécessite une intervention immédiate[990], la jurisprudence ferme la possibilité d'imposer une obligation de secours au médecin à l'égard des proches de son patient. En effet, comme nous l'avons indiqué à propos de l'état de nécessité, la prédisposition ne remplit pas ces caractères.

---

[988] Rennes, 25 février 1957, *D.* 1957. 338, note P. Bouzat ; *S.*1957.260.
[989] Tribunal correctionnel de Rouen, 9 juillet 1975, *D.*1976.531, note G. Roujou de Boubée ; *JCP* 1976.II.18258, note R. Savatier.
[990] Cass. crim., 13 janvier 1955, *JCP* 1955.II.8560, note P.-A. Pageaud.

Conclusion Titre II

644. La détection de prédisposition génétique peut être réalisée dans deux finalités différentes, mais complémentaires : la finalité de recherche et la finalité médicale.

645. Sans la recherche, la personne ne pourra pas, dans l'avenir, recueillir un intérêt médical à l'étude génétique de ses prédispositions. Pour permettre à la recherche d'atteindre son but, la loi doit donc assurer la protection des différents acteurs de la recherche.

Pourtant, alors que la loi garantit efficacement la protection des personnes qui se prêtent à des recherches génétiques, la protection des instruments et des fruits du travail des chercheurs est souvent lacunaire. Celle-ci peut être assurée en reconnaissant aux chercheurs des droits privatifs sur la collection, qui réunit les échantillons biologiques, et sur les banques de données génétiques, qui consignent les résultats de la recherche. Ces droits n'ont pas pour effet de paralyser le travail d'autres chercheurs en leur interdisant l'accès à la collection ou à la banque de données. Parce qu'ils portent sur un ensemble, les droits sur la collection ou sur la banque de données n'entraînent pas une appropriation privative des éléments isolés de cet ensemble. Même si la formulation par le chercheur de l'information génétique, à partir des échantillons biologiques, constitue une invention, protégée par un brevet, l'octroi du brevet tend seulement à réserver le monopole de l'exploitation commerciale de l'invention au chercheur, invention dont la diffusion est assurée par une banque de données.

En effet, les échantillons biologiques et les données traitées dans les banques génétiques ont été qualifiés de choses publiques, afin que l'accès intellectuel à tous les chercheurs en soit garanti. Insusceptibles d'appropriation privative, les choses affectées à l'usage du public ou au service public peuvent ainsi être utilisées par toute personne à qui l'usage ou le service est destiné.

646. Une fois la recherche effectuée, un diagnostic génétique de prédisposition pourra être appliqué dans une finalité médicale. Pour que soit garanti l'intérêt de la personne, cette finalité suppose, non seulement que l'évaluation du risque lié à la prédisposition génétique soit rigoureuse, mais encore que soient connus les moyens permettant d'en éviter la réalisation. Parce que la prédisposition génétique a une caractère à la fois individuel et familial, sa connaissance peut répondre à une finalité médicale pour la famille de l'individu prédisposé. La diffusion intra-familiale de cette information doit se faire conformément aux règles relatives au secret médical. Fondé sur le droit au respect de la vie privée, le secret médical interdit au généticien de divulguer, sans le consentement de son patient, la prédisposition de ce dernier à ses proches alors même que leur intérêt médical commande une telle connaissance. Après le décès de la personne, son consentement pourra être présumé, sauf, bien évidemment, si elle s'y était opposée.

647. La détection de prédisposition génétique, rendue légitime à la double condition que le consentement de la personne concernée soit recueilli et que l'étude génétique satisfasse une finalité déterminée, donne une information très précise sur un risque génétique encouru par la personne. Dépassant l'individu isolé, la détection des prédisposition génétique révèle les différences de chacun et rend, en théorie, possible, le classement «des individus par groupes porteurs d'une particularité commune ou voisine »[991]. Les effets sociaux susceptibles d'être attachés à une telle détection doivent être strictement limités afin de ne pas remettre en cause la liberté de la personne.

[991] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Rapport éthique, Doc. Française, 1997, p. 57.

DEUXIEME PARTIE : LES EFFETS SOCIAUX DE LA DETECTION DE PREDISPOSITION GENETIQUE

648. Afin de limiter les répercussions sociales de la diversité humaine, le législateur a posé le principe d'égalité à l'article 1 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. L'égalité, qui impose que la loi soit la même pour tous, n'est pas un concept biologique, à la différence de la diversité[992] ; elle est une fiction juridique tendant à atténuer, en les masquant, les inégalités de fait. Selon John Ralws, il ne peut y avoir de justice que si les individus sont ignorants face à leur destin[993]. Or, la génétique, parce qu'elle déchire « le voile de l'ignorance » en apportant la preuve scientifique de la différence intrinsèque entre les hommes risque de faire céder la fiction égalitaire[994] en même temps que la solidarité entre les hommes.

En effet, d'une part, si « l'égalité devant la loi reste un principe incontesté (...), l'idée que la loi est la même pour tous se vérifie de moins en moins »[995]. Depuis « qu'on a renoncé à assimiler l'égalité à l'uniformité »[996], le principe d'égalité n'interdit pas toute distinction, mais seulement la discrimination entre les individus[997]. Aussi, dans les contrats qui reposent sur une sélection des personnes, tels les contrats de travail et d'assurance, la prédisposition génétique pourrait-elle devenir un critère de sélection[998] (titre I). En effet, l'employeur et l'assureur ont

---

[992] F. JACOB, *Le jeu des possibles : essai sur la diversité du vivant,* Fayard, 1983, p.128.
[993] J. RAWLS, *Théorie de la justice,* Seuil, 1987, n°24, p.168 et s.
[994] G. LYON-CAEN , A.BAGUE, G. MARTIN, M.-A. HERMITTE, *Colloque du Génome humain : liberté et responsabilité*, déc. 1992, Association Descartes ; F. EWALD et J-P MOREAU, *Génétique médicale, confidentialité et assurance,* dans, *Ethique et génétique humaine,* Actes du 2e Symposium du Conseil de l'Europe sur la Bioéthique, Les éd. du Conseil de l'Europe, 1994, p.155, spéc. p. 159 ; également dans *Risques* 1994, n°18, p.111, spéc. p.115.
[995] D. LOCHAK, *Réflexions sur la notion de discrimination, Droit soc.* 1987.778, spéc.p.779.
[996] D. LOCHAK, *préc.,* p. 783.
[997] Le principe de non discrimination et celui d'égalité sont indissociables : J.-M. LATTES, *Le principe de non discrimination en droit du travail,* thèse Toulouse, 1989, p.73, sauf à considérer que l'égalité devant la loi interdit toute distinction, même légitime : A. LYON-CAEN, *L'égalité et la loi en droit du travail, Droit Soc.*1990.68, spéc. p.73 : « une distinction ne constitue pas nécessairement une discrimination et, pourtant, elle contrarie l'égalité juridique, mais à condition que celle-ci soit comprise comme une égalité dans la loi ».
[998] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995*,* Rapport éthique, Doc. Française, 1997, p. 59.

intérêt à connaître le risque de prédisposition génétique tant qu'il n'est pas réalisé afin soit d'en éviter la réalisation (employeur), soit de l'évaluer (assureur). Mais un tel intérêt ne saurait à lui seul rendre licite ce critère de sélection.

D'autre part, après que le risque génétique se sera réalisé, la détection de la prédisposition génétique d'une personne pourrait être une source de conflit entre cette dernière et les tiers qui seraient à l'origine du déclenchement de la maladie. Alors que la personne, qui apprendrait que son risque ne se serait pas réalisé sans le fait d'un tiers, pourrait chercher à ne pas assumer seule la maladie, les tiers pourraient être tentés d'invoquer les prédispositions génétiques de la victime comme une cause d'exonération. La détection de prédisposition génétique est donc susceptible d'avoir des incidences sur la responsabilité consécutive à la réalisation du risque génétique (titre II).

TITRE I - L'EVENTUELLE SELECTION DES PERSONNES PAR LEUR PREDISPOSITION GENETIQUE

649. La discrimination est « une différence de traitement arbitraire »[999] en ce que, fondée sur des critères de distinction prohibés par la loi, elle ne peut pas être justifiée.

L'article 225-1 du Code pénal indique quels sont les motifs prohibés de distinction en disposant que « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, *de leur état de santé, de leur handicap,* de leurs mœurs, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». Depuis que la loi du 12 juillet 1990[1000] a ajouté l'état de santé ou le handicap à la liste de ces motifs, toute distinction opérée entre les individus en fonction de leur prédisposition génétique constitue une discrimination. En effet, le vote de la loi de 1990 avait été suscité par les exclusions dont étaient victimes non seulement les malades du Sida, mais aussi les personnes séropositives[1001], qui sans être atteintes de cette maladie, n'en sont pas moins porteuses. Il est donc permis d'inclure la prédisposition dans l'état de santé[1002]. Une telle interprétation est confortée par la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine[1003], qui en son article 11 interdit « toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique ».

---

[999] D. LOCHAK, *préc.,* p.779.

[1000] Loi n°90-602 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, *JO* 13 juillet ; J.-P. LABORDE, *Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, Dr. soc.* 1991.615.

[1001] D. CACHEUX, *Débats parlementaires, J.O. Ass. Nat.,* 17 avril 1990, p.385.

[1002] A. GIUDICCELLI, *Génétique humaine et droit. A la redécouverte de l'homme,* thèse Poitiers, 1993, p.176.

[1003] CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine,* Oviedo, 4 avril 1997.

Fondée sur de tels motifs illicites, la différence de traitement qui intervient dans le domaine de l'assurance ou de l'emploi devrait, en principe, être sanctionnée des peines édictées par l'article 225-2 du Code pénal (deux ans d'emprisonnement et 200 000 francs d'amende) en cas de discrimination consistant à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque, à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne.

650. Néanmoins, de telles sanctions ne sont pas applicables aux « discriminations fondées sur l'état de santé » consistant soit « en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée » (225-3 2° du Code pénal), soit « en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité » (225-3 1° du code pénal). En faisant disparaître indirectement la responsabilité de celui qui opère une telle discrimination, l'article 225-3 du Code pénal prévoit des faits justificatifs permettant, en théorie, à l'assureur et à l'employeur d'opérer des sélections fondées sur les prédispositions génétiques.

651. En 1994, le législateur a pourtant craint que la sélection des personnes par leur prédisposition génétique n'ait pour effet d'institutionnaliser les inégalités génétiques en générant un phénomène d'exclusion sociale au détriment du principe d'égalité[1004]. Ce phénomène pourrait résulter d'une pratique des employeurs et des assureurs, qui ont intérêt à connaître la prédisposition génétique afin de ne pas avoir à supporter les conséquences de sa réalisation, ou des individus qui, apprenant qu'ils ne sont pas porteurs du risque génétique, en informeraient spontanément l'employeur ou l'assureur dans le but d'obtenir un emploi ou de contracter une assurance à des conditions avantageuses.

652. Les lois du 29 juillet 1994 ont prévenu un tel risque de dérive, non seulement en subordonnant l'étude génétique de prédisposition à la poursuite d'une finalité médicale ou de recherche (article 16-10 du Code civil et L. 145-15 du Code de la santé publique), mais aussi en sanctionnant d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende « le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques » (article 226-26 au Code pénal).

[1004] SENAT, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au corps humain,* G. Cabanel, n°230, 12 janvier 1994, p.12.

653. L'utilisation des prédispositions génétiques à des fins de sélection par l'employeur ou l'assureur est donc illicite tant qu'elle ne répond pas à une finalité médicale. Il convient d'étudier la portée de l'interdiction sur la sélection des personnes en raison de leur prédisposition génétique tant en doit du travail (chapitre I) qu'en droit des assurances (chapitre II) avec d'autant plus d'attention que le réexamen de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 devait intervenir, en principe, dans un délai de 5 ans après son entrée en vigueur, soit en 1999[1005].

[1005] Article 21 de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* 30 juillet ; *supra* n°35.

CHAPITRE I - LA SELECTION DES PERSONNES PAR LEUR PREDISPOSITION GENETIQUE EN DROIT DU TRAVAIL

654. La liberté pour l'entreprise de choisir ses collaborateurs est une règle à valeur constitutionnelle[1006] qui implique non seulement que l'entreprise ne puisse pas « se voir imposer une personne qu'elle ne désire pas », mais aussi qu'elle ait « la possibilité de préférer telle personne à telle autre »[1007]. Cette liberté doit être conciliée avec un autre principe constitutionnel : celui de la liberté du travail[1008]. Cette dernière est, en effet, « le droit pour chacun, s'il existe des besoins qu'il pourrait satisfaire, de ne pas voir son accès à l'emploi entravé par des considérations autres que celles tirées de ses aptitudes au regard des caractéristiques spécifiques du poste de travail à pourvoir » [1009].

655. La liberté du travail est garantie par le principe de non discrimination qui interdit, en application de l'article L.122-45 du Code du travail, d'écarter une personne d'une procédure de recrutement, de sanctionner ou de licencier un salarié en se fondant sur son état de santé. L'état de santé, élément de la vie privée ne saurait être un critère de sélection du personnel, sauf s'il implique une « inaptitude médicalement constatée ». La notion d'inaptitude n'est pas définie par le législateur. Selon l'administration, elle consiste en une inadéquation entre la santé et l'emploi[1010].

[1006] Conseil constitutionnel, 88-244 DC 20 juillet 1988, *Dr. soc.* 1988.762, obs. X. Prétot ; *D.* 1989.269, note F. Luchaire.
[1007] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi. Rapport au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle,* Doc. Française, 1992, n°67, p.57.
[1008] Cass. soc. 19 novembre 1996, *Dr. soc.* 1997.95, obs. G. Couturier.
[1009] G. LYON-CAEN, *Génétique et droit du travail, RIDE* 1993-1.61, spéc. 2.2.1, p. 68 ; également, *Droit social, science, fausse-science*, dans*, Le génome et son double,* dir. G. Huber, Hermès, 1996, p. 163, spéc.p.169.
[1010] Circulaire DRT 94/13 du 21 novembre 1994 relative à l'application de l'article L.122-24-4 du Code du travail. Salariés classés en invalidité par la sécurité sociale, 2.2, *BOMT* n°95/2, p.35, spéc. n°2.2 ; J.-L. FILLETTE, *L'inaptitude physique du salarié. Contribution à une conception personnalisée du contrat de travail,* thèse Montpellier, 1996, n°2, p. 16.

Pour être justifiée par la notion d'inaptitude, la sélection des personnes par leur prédisposition génétique exige que la prédisposition constitue une telle inadéquation (section I). Si elle devait être admise, une telle sélection sera, néanmoins, limitée par le régime de l'inaptitude (section II), qui tend à privilégier le reclassement de la personne dans l'entreprise plutôt que son exclusion de la relation de travail.

SECTION I - LA JUSTIFICATION DE LA SELECTION PAR LA NOTION D'INAPTITUDE

656. La notion d'aptitude apparaît dans la loi n°46-2195 du 11 octobre 1946, complétée par le décret n°46-2959 du 31 décembre 1946, qui organise une visite d'embauchage aux fins de déterminer si le candidat à l'embauche est médicalement apte au travail (article R.241-48 du Code du travail). La vérification de l'aptitude ne se fait pas qu'au moment de l'embauche, il doit y être également procédé tout au long de la relation de travail. Depuis le décret n°79-231 du 20 mars 1979, des visites périodiques (article R.241-48 du Code du travail) sont ainsi organisées, visant à s'assurer du maintien de l'aptitude du salarié à son poste. De même, après une suspension du contrat de travail à la suite d'une absence pour raison de santé, l'article R. 241-51 du Code du travail soumet le salarié à une visite de reprise dont l'objet est notamment d'apprécier l'aptitude de l'intéressé à reprendre son ancien emploi.

657. L'immixtion dans la santé de la personne doit être strictement limitée à la recherche de l'adéquation de la santé au poste du travail : une telle adéquation doit reposer sur un lien direct et nécessaire avec l'emploi. De création prétorienne[1011], l'interdiction de rechercher des informations, autres que celles qui présentent un tel lien, a été consacrée par la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992[1012].

[1011] Cass. soc., 17 octobre 1973, *JCP* 1974.II.17698, note Y. Saint Jours, *Dr. soc.* 1974.290, note J. Savatier.

[1012] Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, *JO* 1er janvier 1993.

658. Cette loi insère dans le Code du travail l'article L.121-6, qui dispose que « les informations demandées sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou à un salarié, ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat est tenu d'y répondre de bonne foi ». Cet article constitue une application concrète du principe énoncé à l'article L.120-2 du Code du travail[1013], selon lequel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Pour éviter tout débordement par lequel l'employeur exercerait des pressions sur la personne afin de connaître des informations relatives à la santé de cette dernière, l'article L.122-45 du Code du travail[1014] réserve au médecin du travail le monopole de recueillir les informations médicales ayant un lien direct et nécessaire avec l'emploi, en exigeant que l'inaptitude soit *médicalement* constatée.

659. La vérification de l'aptitude de la personne à occuper un emploi peut recevoir deux justifications : l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise ou l'intérêt de la personne. En effet, d'une part, l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise impose de vérifier que la santé de la personne ne l'empêche pas d'exécuter sa prestation de travail ; d'autre part, l'intérêt de la personne exige de s'assurer que le travail n'est pas susceptible d'affecter sa santé[1015]. Comme nous allons tenter de le démontrer, si, en principe, la sélection fondée sur la prédisposition génétique ne peut pas se justifier dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise (§1), en revanche, elle devrait être admise dans l'intérêt sanitaire des personnes (§2).

[1013] J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles », Dr. soc.* 1993.103, spéc. p.111. L'article L.120-2 (Loi du 31 décembre 1992) s'inspire de l'article L.122-35 du Code du travail fixant le contenu du règlement intérieur (Loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés du travailleur dans l'entreprise), lui-même inspiré de l'arrêt Corona (C.E. 1er février 1980, *Dr. soc.* 1980.310, concl. A. Bacquet).

[1014] La loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 a élargi le champ d'application de cet article aux personnes écartées d'une procédure de recrutement.

[1015] I. VACARIE, *Travail et santé : un tournant,* dans, *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à G. Lyon-Caen,* Dalloz 1989, p. 331.

§ 1 - La justification, en principe exclue, de la sélection fondée sur les prédispositions génétiques : l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise

660. Le bon fonctionnement de l'entreprise supposant une collaboration régulière des salariés implique que la personne, qui n'a pas la capacité d'effectuer son travail en raison de son état de santé, soit écartée du poste pour lequel elle postule ou qu'elle occupait[1016]. Pour refuser d'embaucher ou pour licencier une personne dont l'état de santé compromet sa capacité de travail, deux voies s'offrent à l'employeur : il peut invoquer directement soit la perturbation apportée au bon fonctionnement de son entreprise, soit l'état de santé lui-même de la personne.

661. Lorsque l'employeur se fonde directement sur la perturbation apportée au bon fonctionnement de l'entreprise, l'exclusion de la personne de son poste de travail, parce qu'elle ne sera liée qu'indirectement à sa maladie, ne supposera pas que l'inaptitude soit constatée par le médecin du travail, ainsi que l'a décidé la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 juillet 1998[1017]. En effet, selon la Cour de cassation, l'article L.122-45 du Code du travail « ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement ». En l'espèce, l'absence du salarié était due à sa maladie et son inaptitude n'avait pas été médicalement constatée par le médecin du travail. La Cour a néanmoins exclu la qualification de licenciement discriminatoire, fondé sur l'état de santé (L.122-45 du Code du travail) au motif qu'un tel licenciement reposait, non pas sur l'état de santé du salarié, mais sur la perturbation que les absences du salarié consécutives à cet état provoquaient sur le bon fonctionnement de l'entreprise.

[1016] J.-P. LABORDE, *Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, Dr. soc.* 1991.615, spéc.p.617.

[1017] Cass. soc., 16 juillet 1998, *SA La Parisienne assurances c/ Darcy et ASSEDIC de Paris, RJS* 1998.728, n°1200 ; *Dr. soc.* 1998.950, obs. A. Mazeaud ; *D.* 1998.IR.200 ; *JCP* 1998.IV.3092 ; *JCP* 1999.I.183, obs. F. Bousez ; J. Savatier, *Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé, RJS*.1998.707 ; Cass. soc., 10 novembre 1998, *Mme de L'Hamaide c/ Sté Radiospares* : *RJS* 1998.894 , n°1468 ; *JCP* 1998.IV.3507 ; *D.*1998.IR.261.

Une telle motivation n'en est pas moins hypocrite dans la mesure où la perturbation au bon fonctionnement de l'entreprise trouve son origine dans l'état de santé[1018].

662. Néanmoins, cette cause de licenciement, subordonnée à ce que les absences prolongées ou les absences répétées du salarié génèrent de graves perturbations dans l'entreprise, imposant le remplacement définitif du salarié, ne saurait être invoquée dans le cas de la prédisposition génétique. En effet, à la différence de la maladie, la prédisposition génétique à la maladie, parce qu'elle n'est que l'indicateur du risque de maladie d'une personne saine, n'est pas, en elle-même, susceptible d'entraîner l'absence de la personne prédisposée de son poste de travail : elle ne saurait donc provoquer une perturbation grave au fonctionnement de l'entreprise.

663. Aussi la seule voie offerte à l'employeur serait-elle de fonder le refus d'embauche ou le licenciement directement sur l'état de santé de la personne prédisposée en faisant constater médicalement par le médecin du travail son inaptitude à exercer un emploi, qui perturbe indirectement le fonctionnement de l'entreprise.

664. En principe, le défaut de capacité actuelle de la personne à effectuer son travail, en raison de son état de santé, permet au médecin du travail d'émettre un avis d'inaptitude. Par exemple, si la connaissance de la prédisposition par la personne lui causait des troubles psychologiques l'empêchant d'exécuter sa prestation de travail dans des conditions compatibles avec le bon fonctionnement de l'entreprise, elle pourrait être licenciée, en raison de tels troubles psychologiques actuels, après que l'employeur a fait constater l'inaptitude par le médecin du travail[1019].

665. Cette hypothèse se distingue de celle dans laquelle l'employeur invoquerait, non pas l'existence de troubles actuels provoqués par la connaissance de la prédisposition, mais l'existence de la prédisposition elle-même, dans la mesure où cette dernière n'affecte pas en soi la capacité actuelle de travail du candidat à l'embauche ou du salarié. Afin de connaître si l'existence d'une prédisposition peut, à elle seule, impliquer une déclaration d'inaptitude de la personne, il faut s'interroger sur le point de savoir si les troubles de santé futurs

---

[1018] J. SAVATIER, *note préc.,* p. 709 ; S. BOURGEOT, *Etat de santé du salarié et licenciement*, *RJS* 1998.869.
[1019] Cass. soc., 28 janvier 1998, *Tassart c/ S.A. Riche et Sébastien* : *Dr. soc.* 1998.406, obs. A. Mazeaud ; *CSB* 1998.80, A.19 ; *JCP* 1998.IV.1585.

d'une personne sont susceptibles de porter atteintes au bon fonctionnement de l'entreprise.

666. Faut-il s'inspirer de la jurisprudence de la CJCE qui, dans les litiges opposant la communauté à ses agents, a admis que le médecin pouvait fonder un avis d'inaptitude « non seulement sur l'existence de troubles actuels, mais encore sur un pronostic, médicalement fondé, de *troubles futurs,* susceptibles de mettre en cause, dans *un avenir prévisible*, l'accomplissement normal des fonctions envisagées »[1020] ?

667. L'impossibilité d'exécuter la prestation de travail dans un avenir prévisible est une notion imprécise et suscite des difficultés d'interprétation.

Ainsi la Commission des communautés européennes a-t-elle déclaré inapte un individu porteur d'antigène de l'hépatite C car ce dernier avait un risque de développer une cirrhose du foie pouvant le mettre dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions, alors même que ce risque était de 20 à 25% sur une évolution de 15 à 20 ans. Le tribunal de première instance annula cette décision au motif que, dès lors que la personne avait 75% de chances de ne pas développer de cirrhose du foie dans les 20 années à venir, un tel pronostic quant à l'évolution possible d'une maladie dont souffrait la personne « sans lui causer de troubles de nature à mettre en cause l'accomplissement de ses fonctions » ne pouvait pas « justifier une décision d'inaptitude »[1021].

En revanche, dans une affaire où une personne avait dépassé le stade de la séropositivité asymptomatique, le tribunal a décidé qu'une « déficience immunitaire importante (du requérant), est susceptible, en principe, de justifier un avis d'inaptitude physique pour l'exercice des fonctions d'agent temporaire, au regard du risque potentiel des sensibilités accrues aux affections »[1022].

668. Il résulte de ces décisions que le trouble pouvant affecter dans un avenir prévisible le fonctionnement des institutions communautaires s'entend de celui dont la réalisation est non seulement certaine, mais aussi proche. Si le fait d'être porteur asymptomatique du V.I.H n'est pas une cause d'inaptitude, il en est donc différemment « lorsque l'apparition de certains symptômes cliniques permet d'établir médicalement qu'à coup sûr une personne séropositive

---

[1020] CJCE, 10 juin 1980, aff. 155/78, *M. c/ Commission des Communautés européennes, Rec. CJCE,* p. 1797, point 11.
[1021] T.P.I., 9 juin 1994, aff. T-94/92, *X. c/ Commission des Communautés européennes, Rec. CJCE fonction publique,* p. I-A-149, point 47.
[1022] T.P.I., 14 avril 1994, aff. T-10/93, *A. c/ Commission des Communautés européennes, Rec. CJCE,* p. II-179, point 54.

est atteinte de la maladie et de prévoir des troubles dans un avenir relativement proche » [1023].

669. Une telle conception de l'inaptitude ne semble pas être admise en droit français[1024]. Même si elle l'était, la prédisposition génétique, parce qu'elle n'indique qu'un risque, par hypothèse, incertain de maladie qui rend impossible « de préjuger de l'évolution de l'état individuel »[1025], ne saurait justifier un avis d'inaptitude. Il ne pourrait en être autrement que lorsque la maladie de la personne prédisposée se serait déclenchée, sans que les symptômes de la maladie, rendant impossible l'exécution du travail, se fussent déclarés. Dans ce cas, en effet, « l'absence future pourrait être tenue pour certaine »[1026]. L'absence certaine n'en resterait pas moins future. Or le laps de temps qui sépare le déclenchement du processus pathogène de l'apparition de la maladie, dès lors qu'il doit être « relativement » court, ne peut être fixé avec rigueur. L'imprécision inhérente à une telle fixation révèle le caractère inadapté de la distinction entre la maladie incertaine et future, distinction qui ne devrait pas être retenue en droit français.

670. Aussi, que le processus pathogène de la maladie génétique soit ou non déclenché, la prédisposition ne devrait-elle pas, en principe, relever des critères de l'inaptitude à un travail. En effet, dans ce cas, la conciliation entre l'intérêt de l'entreprise et la liberté du travail « ne passe-t-elle pas par la seule appréciation de l'aptitude actuelle à l'emploi, le droit du travail déterminant par ailleurs l'incidence de l'évolution de cette aptitude sur les obligations contractuelles ? »[1027].

671. Le principe de la seule vérification actuelle de l'aptitude de la personne pourrait néanmoins connaître une exception limitée : celle de la vérification de la capacité de travail à venir à certains emplois faisant courir des risques particuliers aux tiers. Si les troubles neurologiques susceptibles de se révéler au cours de l'infection par le VIH peuvent justifier que l'accès ou le maintien au poste de

---

[1023] CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-404-92 P, *X. c/ Commission des Communautés européennes, Rec. CJCE,* p.I-4724, point 14 et 15, *D.* 1995.421, note J.-L. Clergerie, *Rev. trim. dr. h.*1995.97, note O. de Schutter, arrêt qui annule la décision de la Commission ayant refusé d'embaucher une personne en raison de son inaptitude liée à la maladie du Sida, au motif, non pas que cette maladie ne pouvait pas légitimer un avis d'inaptitude, mais que la personne avait été soumise au dépistage contre sa volonté.

[1024] CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française 1999, p.125.

[1025] I. VACARIE, *Travail et santé : un tournant,* dans, *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à G. Lyon-Caen,* Dalloz 1989, p. 331, spéc. 347.

[1026] I. VACARIE, *préc.*

[1027] I. VACARIE, *préc.*

pilote d'avion soit exclu[1028], il devrait en être de même des risques génétiques dont le déclenchement inopiné, pendant le travail, pourrait mettre en danger la vie d'autrui[1029].

672. Alors que l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise ne saurait, en principe, justifier directement la sélection des personnes en raison de la seule existence d'une prédisposition, l'intérêt des candidats à l'embauche ou des salariés, parce qu'il postule de préserver leur santé contre les dangers du milieu du travail, pourrait légitimer une telle sélection.

§ 2 - La justification, en principe admise, de la sélection fondée sur les prédispositions génétiques : l'intérêt sanitaire de la personne

673. L'article L.241-2 du Code du travail assigne un rôle exclusivement préventif au médecin du travail consistant, notamment, « à éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail, notamment en surveillant les conditions d'hygiène du travail, les risques de contagion et l'état de santé des travailleurs ».

Ainsi, le médecin du travail est chargé « non pas de soigner l'homme malade, mais d'agir sur son environnement pour lui conserver la santé, de lutter contre ses prédispositions en lui ménageant une activité compatible avec ses aptitudes physiques »[1030]. L'objectif de prévention doit donc s'inscrire dans l'appréciation de l'aptitude de la personne au poste. Il justifie la prescription, par le médecin du travail, d'examens complémentaires nécessaires à « la détermination de l'aptitude médicale au poste de travail notamment au dépistage des affections comportant une contre-indication à ce poste de travail » (article R.241-52 du Code du travail).

La sélection fondée sur les prédispositions génétiques, si elle participe à la prévention des maladies professionnelles qui se déclenchent au contact de l'environnement du travail, répond à une démarche ayant une finalité médicale[1031]. En conséquence, ne constituant pas « un détournement de la finalité médicale » de l'étude génétique de prédisposition, prohibé par l'article 226-26 du Code pénal,

---

[1028] C.E., 27 juin 1997, n°152280 , concl. F. Lamy ; Ph. AUVERGNON, *Le droit des relations de travail interrogé par le SIDA,* dans, *Le droit social à l'épreuve du Sida,* sous la direction de Ph. Auvergnon, éd. de la maison des sciences de l'homme d'aquitaine, 1992, p. 51, spéc. p. 54.
[1029] CONSEIL D'ETAT, *Rapport préc,* p.126.
[1030] J. SAVATIER, *Le médecin du travail et le sort du salarié, Dr. soc.* 1987.604.

elle sera licite pour apprécier l'aptitude au poste[1032] (A). Cette sélection pourra même être imposée à la personne (B).

A) La liceité de la sélection aux fins de prévention des maladies génétiques professionnelles

674. Le principe selon lequel la prévention à des maladies professionnelles justifie la sélection des personnes par leur prédisposition génétique (1) doit être appliqué avec circonspection afin d'éviter « un glissement de la prévention vers la recherche d'un profil génétique par profession, entraînant l'apparition de pratiques d'exclusion »[1033](2).

(1) La licéité affirmée dans son principe

675. La prévention du risque professionnel implique de ne pas exposer une personne à un environnement de travail qui pourrait être nuisible à sa santé. Anticipation de risques[1034], la prévention impose au médecin du travail de dénoncer les « maux avant qu'ils ne soient directement perceptibles par ceux qui en sont affectés » et d'éliminer les « situations de nature à les engendrer »[1035].

676. Afin d'éviter que le travail n'abîme l'homme, le législateur a prévu, à l'article R.241-50 du Code du travail, que les « salariés affectés à certains travaux comportant des exigences ou des risques spéciaux déterminés par arrêtés du ministre chargé du travail » sont soumis à une surveillance médicale spéciale.

677. Enonçant la liste des travaux comportant de tels risques, notamment la préparation, l'emploi, la manipulation ou l'exposition au fluor, au plomb, au benzène, aux rayons X (...), l'arrêté du 11 juillet 1977 rend obligatoire la surveillance médicale renforcée lorsque le personnel effectue ces travaux de façon

---

[1031] A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit. A la redécouverte de l'homme,* thèse Poitiers, 1993, p.179 ; D.P.B.B, *Tests génétiques,* n°21.
[1032] OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, *Rapport sur Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique,* F. Sérusclat, Assemblée Nationale, n°1871 et Sénat n°20, octobre 1999, p.154-155 ; CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 126.
[1033] A. GIUDICELLI, *préc.*, p. 169.
[1034] B. DESJARDINS, *La prévention des handicaps, Dr. soc.* 1991.588.
[1035] B. TEYSSIE, *Prolégomènes sur la médecine du travail, Dr. soc.* 1987. 561, spéc., p.563.

habituelle[1036]. Le salarié soumis à cette surveillance bénéficie de l'examen médical d'embauchage avant son embauchage, alors qu'en principe, il peut avoir lieu jusqu'à l'expiration de la période d'essai (article R.241-48 du Code du travail). Le médecin du travail, qui juge de la nature et de la fréquence des examens que comporte la surveillance médicale particulière (article R.241-50 du Code du travail), doit déceler toute contre-indication médicale à l'affectation ou au maintien à un poste exposé en recherchant notamment « la susceptibilité particulière vis-à-vis du risque »[1037] de maladie lié à l'utilisation de telles substances. Il doit, ainsi, interroger la personne sur ses antécédents familiaux et réaliser des examens médicaux spécialisés[1038]. En conséquence, la surveillance médicale pourrait justifier que le médecin du travail interroge une personne sur sa prédisposition ou réalise une étude génétique visant à connaître une telle prédisposition pour apprécier son aptitude à un poste de travail qui pourrait être nocif à la personne prédisposée.

678. Fixée par l'arrêté de 1977, la liste des agents pathogènes est limitative et pourrait priver d'une surveillance médicale particulière le personnel exposé à un facteur ambiant néfaste mais non répertorié dans la liste. Néanmoins, des règlements d'administration publique, pris en application de l'article L.231-2 du Code du travail, peuvent, « au fur et à mesure des nécessités constatées », déterminer des « prescriptions particulières relatives soit à certaines professions, soit à certains modes de travail » et ainsi prévoir une surveillance médicale. En outre, sous l'impulsion de la Communauté Européenne, la volonté de prévenir tous les risques professionnels s'est affirmée. La directive-cadre du 12 juin 1989[1039] concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, outre qu'elle pose des principes

---

[1036] Arrêté du 11 juillet 1977 fixant la liste des travaux nécessitant une surveillance médicale spéciale, *JO* 24 juillet.

[1037] Arrêté du 5 avril 1985 fixant les instructions techniques que doivent respecter les médecins du travail assurant la surveillance médicale des salariés exposés aux substances susceptibles de provoquer une lésion maligne de la vessie, *JO* 11 mai ; Arrêté du 6 juin 1987 portant application de l'article 19 du décret n°86-269 du 13 février 1986 relatif à la protection des salariés exposés au benzène, déterminant les recommandations et fixant les instructions techniques que doivent respecter les médecins du travail assurant la surveillance médicale des salariés exposés au benzène, *JO* 19 juillet : l'objet des examens est notamment de mettre en évidence « des facteurs de plus grande sensibilité aux effets du benzène » .

[1038] Arrêté du 28 août 1991 approuvant les termes des recommandations faites aux médecins du travail assurant la surveillance médicale des travailleurs exposés aux rayonnements ionisants, *JO* 2 octobre.

[1039] Directive n°89/391/CEE, *JOCE* n° L.183, 29 juin, transposée en droit français par la loi n°91-1414 du 31 décembre 1991 relative à la prévention des risques professionnels et à la transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail, *JO* 7 janvier, (articles L.231-1 et suivants du Code du travail). P. CHAUMETTE,

généraux de prévention, doit servir de base à des « directives spécifiques couvrant tous les risques ayant trait au domaine de la sécurité et de la santé sur le lieu de travail ». Ainsi, le foisonnement des directives spécifiques tend à protéger les travailleurs contre les risques les plus divers liés à l'exposition à un agent néfaste en imposant notamment une surveillance médicale de ces derniers[1040].

679. Parce qu'il peut, aux termes de l'article R.241-52, prescrire des examens complémentaires nécessaires « à la détermination de l'aptitude médicale au poste de travail et notamment au dépistage des affections comportant une contre-indication à ce poste de travail », le médecin du travail a le pouvoir d'ordonner, même en dehors des cas où une surveillance médicale spéciale est organisée, la réalisation d'une étude génétique lorsque les conditions de travail sont susceptibles d'entraîner des conséquences préjudiciables pour la santé du salarié en raison de sa prédisposition[1041].

680. Quand bien même la sélection fondée sur la prédisposition génétique doit être admise, lorsqu'elle répond à des fins de prévention des maladies professionnelles, elle doit être strictement limitée car son application risque de créer un profil génétique d'aptitude à l'emploi, susceptible de décourager toute tentative d'adaptation du travail aux prédispositions de l'homme[1042].

Commentaire de la loi du 31 décembre 1991 relative aux obligations de l'employeur et du salarié en matière de sécurité au travail, Dr. soc. 1992.337.

[1040] Directive n°90/934/CEE du 28 juin 1990 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail (*JOCE* n°L.196, 26 juillet) introduit une surveillance biologique des travailleurs, transposée par le décret n°92-1261 du 3 décembre 1992 relatif à la prévention du risque chimique (article R.231-46 à R.231-65 du Code du travail) ; Directive n°90/679/CEE du 26 novembre 1990 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail (*JOCE* n° L 374, 31 décembre, mod. par dir. 93/88/CEE, 12 oct. 1993, *JOCE* n°L. 268, 29 oct.), transposée par le décret n°94-352 du 4 mai 1994 relatif à la protection des travailleurs contre les risques résultant de leur exposition à des agents biologiques, (article R.231-60 à R.231-65-3).

[1041] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif à la Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine,* Oviedo, 4 avril 1997, article 12, §85 ; *Recommandation n°R (92)3 sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales,* 10 février 1992, Exposé des motifs du principe 6 ; J. ROBERT, *La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit,* dans, *Actes du colloque Génétique, procréation et droit,* Actes Sud, 1985, p.363, spéc. p. 399.

[1042] J. ROBERT, *préc.* p.398.

(2) L'application restrictive du principe

681. Si elle devait être faite sans nuance, l'application du principe, selon lequel la prévention d'une maladie professionnelle justifie que l'aptitude puisse être appréciée en considération de prédisposition génétique, entraînerait des exclusions injustifiées en raison de l'incertitude entourant la prédisposition : incertitude du test qui la diagnostique, incertitude du déclenchement et de l'expressivité de la maladie chez les personnes prédisposées, incertitude d'absence de maladie chez les non prédisposés.

682. Un exemple concret, emprunté à M. K. van Damme et à Mme L. Casteleyn[1043], permet d'illustrer que la sélection des travailleurs en fonction de leur prédisposition à une maladie professionnelle peut être injustifiée, lorsqu'elle se fonde sur une illusion de prédiction certaine de la maladie.

Certaines personnes sont prédisposées à développer un asthme allergique au contact d'animaux. Leur exclusion à certains postes, tels ceux de techniciens dans un laboratoire d'animaux, permettrait de diminuer le nombre d'asthme.

Si la fréquence de cette prédisposition était de 5%, il en résulterait que, sur une population de 1000 personnes, 50 personnes prédisposées présenteraient un risque accru de développer des symptômes d'asthme si elles étaient en contact avec des animaux. Imaginons que l'identification des personnes prédisposées se fasse au moyen d'un test ayant une spécificité et une sensibilité[1044] de 90%. 90% des prédisposés (spécificité) et 90% des non-prédisposés (sensibilité) seront donc correctement identifiés. Sur 1000 personnes testées, 90% des 50 personnes réellement prédisposées, soit 45 personnes, seraient correctement identifiées comme prédisposées et 90% des 950 personnes réellement non prédisposées, soit 855 personnes, seraient correctement identifiées comme non-prédisposées. A l'inverse, 5 personnes prédisposées seraient identifiées comme non-prédisposées et 95 personnes non prédisposées le seraient comme prédisposées. Sur 140 individus prédisposés (45+95), 32% des prédisposés seraient identifiés comme tels ((45/140) x 100) ; alors que 68% des non-prédisposés seraient incorrectement identifiés comme prédisposés [(95/140) x100].

[1043] *La susceptibilité individuelle et la prévention des maladies professionnelles, Méd. du travail et ergonomie,* 1997,Vol. 34, n°1, p.11, spéc. p.14.
[1044] Sur la définition de la spécificité et de la sensibilité d'un test, voir *supra* n°354.

Supposons que les prédisposés aient un risque trois fois supérieur par rapport aux non-prédisposés de développer un asthme allergique après exposition aux animaux et que 10% des non-prédisposés développent la maladie. 30% des personnes prédisposées seront alors atteintes d'allergie.

En l'absence de test de prédisposition, il y aura 110 cas d'asthme sur les 1000 personnes [(50 prédisposées x 30%)+(950 non prédisposées x 10%)], soit 11% de cas d'asthme. En revanche, si un test était effectué, il conduirait à l'exclusion des 140 personnes, identifiées comme prédisposées, dont 95 (68%) ne seraient pourtant pas porteuses d'une telle prédisposition. Il y aurait, parmi les 860 personnes restantes, 1,5 cas d'asthme atteignant les 5 personnes considérées à tort comme non-prédisposées (5x30%) et 85,5 cas d'asthme chez les 855 personnes correctement identifiées comme non-prédisposées (855x10%), soit, au total 87 cas d'asthme sur 860 personnes (10,1%). Pour embaucher 1000 personnes, il faudrait donc tester 1162 personnes [1000x(1000/860)] et exclure 162 individus. Sur ces 1000 personnes, 101 développeront un asthme (1000x10,1%).

En conclusion, si on veut éviter 9 des 110 cas d'asthme attendus dans une population de 1000 personnes, il aura fallu exclure 162 personnes dont 68% auront été à tort identifiées comme porteurs du gène incriminé.

683. Il résulte de cet exemple que l'application du principe de la licéité de la sélection des personnes par leurs prédispositions génétiques à des fins de prévention doit être strictement encadrée. En effet, dans le domaine de l'emploi, l'utilisation des prédispositions génétiques pouvant limiter la liberté du travail, il y a lieu d'appliquer strictement les conditions posées à l'article L.120-2 du Code du travail à l'admission exceptionnelle d'une telle restriction : elle doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

684. Afin d'être justifiée par la nature de la tâche à accomplir, la sélection fondée sur les informations génétiques doit avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi. (Article L.121-6 du Code du travail).

685. Le lien direct suppose qu'une telle sélection soit pertinente, c'est-à-dire adéquate au regard de l'objectif de prévention[1045]. L'appréciation de cette pertinence doit se faire en fonction de plusieurs critères dont certains relèvent de la sélection elle-même, alors que d'autres s'appliquent à ses moyens.

[1045]I. VACARIE, *Examens génétiques et médecine prédictive, RDSS* 1993.429, spéc.p.438 et s.

686. Pour être pertinente quant à ses moyens, la sélection doit être opérée grâce à une étude génétique suffisamment fiable dont la spécificité et la sensibilité sont élevées afin de limiter les faux positifs et les faux négatifs. Prescrite par le médecin du travail, l'étude génétique, parce qu'elle est un examen complémentaire nécessaire à la détermination de l'aptitude médicale, sera réalisée par « un organisme » choisi par le médecin de travail (article R.241-52 du Code du travail) et offrant les moyens scientifiques et techniques garantissant la fiabilité des résultats.

687. La pertinence de la sélection elle-même impose, d'une part, qu'un lien causal entre les risques professionnels et le développement de la maladie chez la personne prédisposée soit établi[1046]. L'établissement de ce lien pourra, notamment, résulter d'une intervention du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (C.H.S.C.T.). Chargé de procéder à l'analyse des risques professionnels, le C.H.S.C.T. peut, en effet, effectuer des enquêtes (L.236-2 alinéa 3 du Code de travail) et, si un risque grave est constaté dans l'établissement, faire appel à un expert agréé (article L.236-9 du Code du travail). Le médecin du travail pourra, en application de l'article R.241-58 du Code du travail, participer à « toutes recherches, études et enquêtes, en particulier à caractère épidémiologique ».

D'autre part, la sélection ne sera pertinente que si le risque de la personne prédisposée de développer la maladie au contact des facteurs extérieurs du travail est beaucoup plus élevé que celui des individus non prédisposés.

688. Pour être justifiée par la nature de la tâche à accomplir, la sélection doit être non seulement pertinente, mais aussi nécessaire : elle doit être le seul moyen de mettre en œuvre la prévention.

L'idée de subsidiarité est sous-jacente à celle de nécessité[1047]. En conséquence, dès lors que le risque de maladie professionnelle peut être évité par la suppression des facteurs extérieurs du travail nocifs, la sélection fondée sur la prédisposition sera illicite. En effet, en application de l'article L.230-2 du Code du travail, il pèse sur le chef d'établissement une obligation de mettre en œuvre des mesures préventives destinées à adapter le travail à l'homme et non l'inverse. Dans

---

[1046] En 1998, l'Institut national de la recherche et de la sécurité (INRS) a inscrit, dans son programme de recherche, un axe sur la « médecine de prévision appliquée au travail », C. ANDRE, *« Médecine de prévision appliquée au travail », prévention et plan de recherche à moyen terme de l'INRS, INRS, doc. pour le méd. du travail,* 1998, n°73, p. 3 ; A. THEBAUD-MONDY, *Vers la sélection génétique des travailleurs ?, Le Monde diplomatique,* avril 1999, p. 23 : l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM), dans le cadre d'un contrat passé avec l'INRS, « a engagé l'étape préliminaire d'une expertise collective sur « risque génétique et travail » ».

l'exercice de cette mission, il sera conseillé par le médecin du travail (R.241-41 du Code du travail) lequel doit non seulement surveiller l'état de santé des travailleurs, mais aussi les conditions d'hygiène du travail (article L.241-2 du Code du travail). Celui-ci peut ainsi effectuer ou faire effectuer par un organisme agréé des prélèvements et des mesures aux fins d'analyse (article R.241-44 du Code du travail). Etablissant chaque année « un plan d'activité en milieu de travail qui porte sur les risques, les postes et les conditions de travail » (article R.241-41-1 du Code du travail), et, dans les entreprises et établissements de plus de 10 salariés, une fiche d'entreprise « sur laquelle sont consignés les risques professionnels et les effectifs des salariés exposés à ces risques » (article R.241-41-3 du Code du travail), le médecin de travail participe à la prévention des risques professionnels mais ne jouit ni d'un pouvoir de décision, ni d'un pouvoir de proposition qui lui permettrait d'imposer au chef d'établissement les mesures qu'il préconise pour diminuer les risques[1048].

En revanche, le C.H.S.C.T. contribue à « la promotion de la prévention des risques professionnels » et peut proposer des actions de préventions à l'employeur qui, s'il les refuse, doit motiver sa décision. (Article L.236-2 alinéa 4).

689. Si la sélection fondée sur les prédispositions remplit ces différentes conditions qui permettent d'établir qu'elle est justifiée par la nature de la tâche, elle doit, en outre, pour être licite, être proportionnée au but recherché.

690. Le but recherché consiste à ne pas affecter une personne à un poste qui pourrait lui être contre-indiqué en raison de sa prédisposition. Parce que la réalisation de la maladie professionnelle pour laquelle la personne est prédisposée est incertaine, il y a lieu de limiter la sélection au seul cas où la prédisposition indique un risque sérieux de la personne à contracter une maladie grave[1049].

691. L'appréciation de la proportionnalité devrait également être effectuée par rapport aux moyens de parvenir à ce but : s'il peut être justifié de réaliser une étude génétique lorsque la personne, en raison de ses antécédents familiaux, a un risque important d'être prédisposée, en revanche, il serait excessif d'appliquer ce test à un ensemble de travailleurs si la maladie n'était pas fréquente[1050].

[1047] I. VACARIE, *préc.*
[1048] J. SAVATIER, *Le médecin du travail et le sort du salarié, Dr. soc.* 1987.604, spéc. p.606 ; *Médecine du travail,* Rép.trav. Dalloz, 1998, n°212.
[1049] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995*,* Rapport éthique, Doc. Française, 1997, p.62.
[1050] I. VACARIE , *Examens génétiques et médecine prédictive, RDSS* 1993, p.439.

Cette dernière exigence est, par ailleurs, susceptible de se confondre avec la condition de pertinence du test : en effet, l'épidémiologie révèle que plus la prévalence de la maladie est élevée, plus la valeur prédictive positive (la probabilité d'être malade lorsque le test indique que la personne est prédisposée) est grande. En revanche, elle chute très rapidement quand la prévalence diminue[1051].

692. Aussi, ce ne peut être qu'en limitant la sélection à des cas exceptionnels - dans lesquels la personne prédisposée présente un risque sérieux, établi par des tests fiables, de développer une maladie grave au contact de facteurs ambiants du travail qu'il n'est pas possible de supprimer-, que la génétique pourra être « au service de l'emploi »[1052]. Dès lors qu'elle répond à une telle démarche médicale, appréciée strictement, une telle sélection fondée sur les prédispositions devient obligatoire.

B) L'obligation de sélection aux fins de prévention des maladies génétiques professionnelles

693. En confiant au seul médecin du travail, la mission d'apprécier l'aptitude de la personne au poste, la loi pose un garde fou à ce que l'utilisation des informations génétiques soit détournée de sa finalité médicale. Dès lors que le médecin du travail estime que la sélection des personnes par leur prédisposition génétique répond à une nécessité médicale, il pourra non seulement interroger le candidat à l'emploi ou le salarié sur les résultats d'une étude génétique, ceux-ci étant tenus de répondre de bonne foi (article L.121-6 du Code du travail), mais aussi prescrire la réalisation d'un test génétique. Les examens médicaux, qui permettent d'apprécier l'aptitude, sont obligatoires tant pour l'employeur qui a l'obligation de les organiser[1053], que pour le candidat à l'emploi et le salarié qui sont tenus de s'y soumettre[1054].

Lorsqu'elles sont prescrites par le médecin du travail, à titre d'examens complémentaires (article R.241-52), les études génétiques n'en sont pas moins

---

[1051] M. GOLDBERG, *l'épidémiologie sans peine,* éd. Frison-Roche, 1995, p.178.

[1052] H. GUAY, B.-M. KNOPPERS, I. PANISSET, *La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi, Revue du Barreau* (Québec), tome 52, n°2, avril-juin 1992,p. 185, spéc p.319.

[1053] Cass. crim., 4 mai 1976, *Dr. soc.*1977.47, note J. Savatier ; Cass. crim., 4 janvier 1983, *D.*1983.256, note H.Seillan ; Cass. soc., 26 juin 1986, *Dr. soc.* 1986.787, note J. Savatier ; Cass. soc. 13 mai 1992, *Bull. civ.* V, n°301, p. 188.

obligatoires. En effet, il ne faut pas se méprendre sur le qualificatif « complémentaire », lequel indique seulement que ces examens sont, en principe, laissés à la discrétion du médecin du travail[1055].

Puisque l'étude génétique de prédisposition peut être rendue obligatoire, la liberté de la personne de refuser celle-ci sera limitée (1). En conséquence, un contrôle de la légitimité du caractère obligatoire d'une telle étude est nécessaire (2).

(1) La limitation de la liberté de la personne de refuser une étude génétique de prédisposition

694. Avant d'ordonner la réalisation d'une étude génétique de prédisposition, le médecin du travail doit informer la personne des conséquences que la découverte de sa prédisposition peut avoir sur son aptitude à obtenir ou à garder un poste[1056]. Eclairée par une telle information, la personne tire de son droit au respect de l'intégrité génétique la faculté de refuser l'étude[1057]. Un tel refus, qui doit être respecté[1058], oblige néanmoins le médecin du travail à considérer cette personne comme prédisposée. Il est donc à craindre que le consentement de la personne à l'étude génétique soit contraint par la menace que son refus fait peser sur son emploi. En faisant supporter à la personne les conséquences de son refus, le droit du travail sanctionne-t-il un abus de droit ? Si tel était le cas, le caractère discrétionnaire du droit au respect de l'intégrité génétique serait méconnu. Il ne semble pourtant pas qu'il en soit ainsi.

695. En effet, l'analyse de la structure du droit au respect de l'intégrité a permis de faire apparaître qu'il protége la liberté de la personne, laquelle peut néanmoins être limitée, par la loi, dans l'intérêt général[1059]. L'intérêt social reconnu

---

[1054] Cass. soc. 20 mai 1980, *Bull. civ.* V, n°435, p. 330 , *JCP* 1981.II.19538, note P.-J. Poupon ; Cass. soc. 29 mai 1986, *Dr. soc.*1986. 788, note J. Savatier ; Versailles, 4 mars 1996, *RJS* 1996.470, n°759.

[1055] A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit. A la redécouverte de l'homme,* thèse Poitiers, 1993, p.184 ; D.P.B.B, *Tests génétiques,* n°27 ; Cass. soc., 20 mai 1980, *préc.* : « Les examens complémentaires, comme les examens principaux, sont obligatoires pour les salariés ».

[1056] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995*,* Rapport éthique, Doc. Française, 1997, p.62.

[1057] *Supra* n°169 et s.

[1058] CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-404-92 P, *X. c/ Commission des Communautés européennes, Rec. CJCE,* p.I-4727, point 20, *D.* 1995.422, note J.-L. Clergerie, *Rev. trim. dr. h.*1995.97, note O. de Schutter.

[1059] *Supra* n°45 et 180.

à la préservation de la santé des travailleurs justifie que la loi limite la liberté des personnes de refuser des examens qui pourraient permettre de prévenir les altérations que peut produire le travail sur leur santé. Aussi, la sanction attachée au refus d'une personne de se soumettre à l'étude génétique de prédisposition génétique doit être traitée comme la conséquence, non pas d'un abus de droit, mais du non-respect de la loi. Si le consentement de la personne à une étude génétique n'est pas libre, c'est parce que la liberté de la personne sur son intégrité a été préalablement limitée par la loi.

696. En confiant au médecin du travail la mission d'apprécier les examens qui permettent d'éviter une altération de la santé des travailleurs, la loi le fait juge de la mise en œuvre l'intérêt social et de la limitation, qui en résulte, de la liberté des personnes sur leur intégrité génétique. Il est donc nécessaire que soit instauré un contrôle consistant à vérifier qu'une telle limitation s'inscrit dans le cadre strict de la mission du médecin du travail.

(2) Le contrôle de la légitimité du caractère obligatoire de l'étude génétique de prédisposition

697. Le contrôle de l'existence de l'intérêt sanitaire justifiant une limitation de la liberté de la personne sur son intégrité pourrait être exercé *a priori* ou *a posteriori*.

698. *A priori*, il serait exercé par l'Etat et conduirait à retirer au médecin du travail le pouvoir de rendre obligatoire les examens génétiques. Si, en principe, le médecin est juge de la nature des examens complémentaires, il est néanmoins des cas où ceux-ci sont déterminés par « arrêté du ministre chargé du travail après avis du ministre du travail chargé de la santé après avis du ministre chargé de la santé» (dernier alinéa de l'article R.241-52 du Code du travail). Appliquée aux études génétiques de prédisposition, cette solution éviterait les litiges susceptibles d'opposer le médecin du travail aux différents acteurs de l'entreprise quant à l'opportunité de soumettre les candidats à l'embauche et/ou les salariés à un test génétique.

699. A défaut, il devrait être organisé un contrôle *a posteriori* permettant à la personne de contester la décision du médecin du travail de la soumettre à une étude génétique. L'article R.241-52 du Code du travail dispose que le différend entre l'employeur et le médecin sur la nature et la fréquence des examens complémentaires est « soumis au médecin inspecteur régional du travail et de la main-d'œuvre qui décide », mais ne prévoit aucun recours de la part du candidat à l'emploi ou du salarié.

Le contrôle *a posteriori* pourrait résulter d'une intervention des délégués du personnel. En effet, cet examen, une fois prescrit par le médecin du travail, est obligatoire et constitue une limitation de la liberté de la personne de refuser une étude génétique de sa prédisposition. Or, l'article L.422-1-1 du Code du travail permet à un délégué du personnel, s'il constate, «notamment par l'intermédiaire du salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché », d'en saisir immédiatement l'employeur. « L'employeur ou son représentant est tenu de procéder sans délai à une enquête avec le délégué et de prendre les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié concerné averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon les formes applicables en référé. Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor ». Introduit par la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992, cet article instaure un droit d'alerte qui s'inspire de celui reconnu au représentant du personnel au C.H.S.C.T en cas de danger grave et imminent pour la sécurité des personnes (L.231-9 du Code du travail)[1060]. Préconisé par M. G. Lyon-Caen dans son rapport[1061], le droit d'alerte devrait permettre aux délégués du personnel de s'opposer à ce que le médecin du travail rende un test génétique obligatoire à l'embauche ou lors des examens périodiques, si celui-ci ne répond pas à un intérêt sanitaire. Outre qu'une action de leur part suppose qu'ils aient eu connaissance de

---

[1060] J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles », Dr. soc.* 1993.103, spéc. p.107.

la prescription du médecin du travail, les pouvoirs des délégués du personnel sont, de surcroît, limités : ils ont le pouvoir d'agir à l'effet de réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles , mais ne « peuvent agir en nullité des licenciements prononcés par l'employeur » à la suite d'une telle atteinte[1062]. Ainsi, si à la suite de l'intervention des délégués du personnel, un test génétique est déclaré illicite, une décision d'inaptitude ne pourra pas se fonder sur la prédisposition génétique de la personne, mais il appartiendra au candidat à l'embauche et au salarié, écartés du poste par l'employeur, d'agir personnellement en justice afin de faire déclarer comme discriminatoire le refus d'embauche ou le licenciement.

700. Sont ainsi distinguées la justification de la sélection, fondée sur les informations médicales, et les répercussions de ces informations sur l'emploi.

La notion d'inaptitude autorise la sélection des personnes dont la prédisposition génétique révèle une inadéquation avec le travail : en principe, seul l'intérêt de la personne prédisposée, strictement apprécié, justifie sa non-affectation à un poste nuisible à sa santé. En revanche, à moins que la personne n'occupe un poste dont la mauvaise exécution expose autrui à un danger de mort, le médecin du travail ne pourra pas, au seul motif de l'existence d'une prédisposition, déclarer une personne inapte, dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise.

Justifiée, la sélection des personnes par leur prédisposition génétique est néanmoins limitée par le régime de l'inaptitude.

[1061] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi. Rapport au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle,* Doc. Française, 1992, n°181 et s., p.166 et s.

[1062] Cass. soc. 10 décembre 1997, *Dr. soc.* 1998.130, note B. Bossu ; *CSB* 1998.41, A.9 : cassation de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du 6 décembre 1994 (*Dr. soc.*1995.983, note B. Bossu ; *RJS* 1995.269, n°396), en ce qu'il avait refusé aux délégués du personnel le droit d'agir à l'effet d'obtenir le retrait d'éléments de preuve obtenus frauduleusement par l'employeur.

SECTION II - LA SELECTION LIMITEE PAR LE REGIME DE L'INAPTITUDE

701. La sélection fondée sur les prédispositions génétiques, qui tend à protéger la santé de la personne contre les risques du travail, peut avoir des conséquences sur la relation de travail, puisqu'elle peut justifier l'exclusion de la personne prédisposée de l'entreprise. Le conflit entre la protection de la santé et la protection de l'emploi de la personne résulte de ce que, en appréciant l'aptitude génétique de la personne, le médecin du travail détermine son sort dans l'entreprise[1063]. Néanmoins, dès lors « que l'esprit général des textes est d'éviter que la protection de la santé des salariés, qui est la finalité de la médecine du travail, ne compromette leur emploi »[1064], l'intégration ou le maintien de la personne prédisposée dans l'entreprise (§1) est préférée à son exclusion (§2).

§ 1 - L'intégration ou le maintien dans l'entreprise de la personne prédisposée

702. L'intégration ou le maintien de la personne prédisposée à une maladie professionnelle résulte soit de la déclaration d'aptitude au poste par le médecin, malgré la prédisposition constatée (A), soit, en cas d'avis d'inaptitude, de l'adaptation du poste de travail à la personne prédisposée (B).

A) Aptitude de la personne prédisposée

703. L'existence d'une prédisposition génétique ne justifie pas toujours que le médecin du travail prononce un avis d'inaptitude.

Tel est le cas lorsque la prédisposition indique un risque sérieux de maladie grave pouvant être prévenue efficacement par une prévention secondaire. L'application de cette prévention implique que la personne prédisposée soit

---

[1063] J . SAVATIER, *Le médecin du travail et le sort du salarié, Dr. soc.* 1987.604.
[1064] J . SAVATIER, *Médecine du travail,* Rép.trav. Dalloz, 1998, n°280.

soumise à une surveillance médicale régulière visant à détecter le déclenchement du processus pathogène avant l'apparition des symptômes de la maladie.

Le médecin du travail pourra alors déclarer apte la personne prédisposée en la soumettant à une surveillance médicale renforcée, même lorsque cette dernière n'est pas expressément prévue par les textes[1065]. En effet, l'exercice de sa mission de surveillance de l'état de santé des travailleurs (article L.241-2 du Code du travail), autorise le médecin du travail à prendre l'initiative des examens de santé justifiés par l'état de santé individuel d'un salarié.

704. Cet avis d'aptitude empêche l'employeur d'exclure la personne prédisposée du travail. En revanche, l'intéressé, informé par le médecin du travail des risques que sa prédisposition lui fait courir, pourra décider de ne pas s'exposer à un environnement du travail qui pourrait lui être nocif. En effet, quand bien même le médecin du travail, à la différence du médecin traitant, n'a pas vocation à soigner les salariés, il est, dans l'exercice de son rôle exclusivement préventif, le conseiller des salariés (article R.241-41 du Code du travail). A ce titre, il devra informer le candidat à l'embauche ou le salarié de l'existence de leur prédisposition à une maladie professionnelle pour leur permettre de décider « en pleine connaissance de cause » de leur sort de travailleur[1066].

705. Dans le cas où la personne prédisposée déciderait de courir le risque de travailler au contact des facteurs dangereux pour sa santé, l'avis d'aptitude du médecin devra être maintenu tant que les diagnostics effectués sur la personne prédisposée n'auront pas révélé l'existence des signes réversibles de la maladie. Lorsque de tels signes seront avérés, le médecin ne pourra que constater l'inaptitude de la personne sans la soigner. Mais, il devra, à la demande de l'intéressé, communiquer au médecin choisi par ce dernier le dossier médical, constitué lors de la visite d'embauchage, complété après chaque examen médical ultérieur (article R.241-56 du Code du travail). Au vu de ce dossier, qui contient les résultats des examens et les constatations médicales du médecin du travail, le médecin traitant pourra appliquer un traitement approprié.

706. Si l'avis d'aptitude d'une personne prédisposée interdit à l'employeur de se fonder directement sur son état de santé pour refuser de l'embaucher ou pour la

---

[1065] J. SAVATIER, *Les effets d'un avis d'inaptitude temporaire émis par le médecin du travail, Dr. soc.*1997.243.

[1066] P. L'EPEE, H.-J LAZARNI, J. DOIGNON, *Le secret professionnel en médecine du travail,* Masson, 1981, p. 23.

licencier[1067], il n'interdit pas au médecin du travail de proposer à l'employeur des adaptations de poste, comme il peut le faire en cas d'inaptitude afin d'éviter l'exclusion de la personne inapte de l'entreprise.

B) Inaptitude de la personne prédisposée

707. L'inaptitude est appréciée *in concreto*[1068]. Connaissant le poste auquel sera ou est affectée la personne prédisposée, le médecin du travail doit s'assurer, avant d'émettre un avis d'inaptitude, que ce poste est incompatible avec l'état de santé de la personne. En l'absence de prévention secondaire efficace, l'existence d'une prédisposition sérieuse à une maladie grave justifie la déclaration de l'inaptitude et la non-affectation de la personne à un travail susceptible de provoquer la maladie. Néanmoins, « l'inaptitude à un poste ne signifie pas l'inaptitude à l'emploi »[1069]. En effet, depuis que la loi du 6 décembre 1976 relative à la prévention des accidents du travail a ajouté l'article L.241-10-1 au Code du travail, « le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé des travailleurs. Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite ».

708. La formulation de l'avis d'inaptitude doit se faire dans le respect du secret professionnel (1) ; elle doit, toutefois, être suffisamment détaillée pour permettre au chef d'entreprise d'adapter le poste ou d'affecter à d'autres postes le candidat à l'emploi (article R.241-48 du Code du travail) ou le salarié. Elle le doit d'autant plus que la faculté reconnue à l'employeur d'adaptation du poste de travail s'est muée, sous l'impulsion de la jurisprudence, en une véritable obligation de reclassement du salarié reconnu inapte en cours du contrat de travail (2).

[1067] Circulaire DRT n°93/11 du 17 mars 1993 relative au contrat de travail, à la maladie et l'inaptitude physique du salarié. Application de la loi n°90-602 du 12 juillet 1990 et de l'article 32 de la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992, *BOMT* n°93/10, texte n°414, p. 61, spéc. n°1-1.

[1068] Paris, 18 janvier 1990, *jurisdata* n°020867 ; A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit. A la redécouverte de l'homme,* thèse Poitiers, 1993, p.176 ; J.- L. FILLETTE, *L'inaptitude physique du salarié. Contribution à une conception personnalisée du contrat de travail,* thèse Montpellier 1996, n°28, p.33.

[1069] B. TEYSSIE, *Prolégomènes sur la médecine du travail, Dr. soc.* 1987.561, spéc.n°17, p.563.

(1) Inaptitude et secret professionnel

709. La fiche d'aptitude est établie à l'issue des examens médicaux en double exemplaire dont l'un est remis à l'intéressé et l'autre à l'employeur (article R.241-57 du Code du travail). Tenu au secret professionnel, le médecin du travail ne peut mentionner que l'inaptitude ou l'aptitude de la personne, et aucun autre renseignement confidentiel, « tel que la nature ou l'origine de l'inaptitude »[1070].

710. Néanmoins, « l'application aveugle et absolue du secret professionnel risque de se retourner contre le travailleur »[1071]. Ainsi, en déclarant apte une personne à un emploi, sans indiquer les travaux qui pourraient être incompatibles avec sa santé, un médecin du travail ne permet pas à l'employeur de prendre conscience de la dangerosité du poste pour la vie de son salarié[1072]. A l'inverse, si, pour éviter qu'une personne soit affectée à un poste qui pourrait être préjudiciable à sa santé, le médecin du travail la déclare inapte, sans expliquer que cette inaptitude se limite à certains travaux, l'employeur devra exclure la personne du travail, alors même qu'il existerait dans l'entreprise des postes compatibles avec sa santé[1073].

711. Le médecin du travail, conseiller tant du candidat et du salarié, que de l'employeur, doit concilier la vie professionnelle avec la santé de la personne en formulant son avis, non sous la forme d'un constat d'inaptitude, mais en mettant « en évidence les aptitudes du sujet, en précisant seulement les aspects de la charge de travail qui sont à exclure, par exemple (...) l'exposition à des irritants »[1074]. La détection d'une prédisposition à une maladie professionnelle, qui ne peut être l'objet de mesures de prévention secondaire, implique que le médecin du travail formule un avis d'aptitude avec réserve, même si, en pratique, en l'absence de

---

[1070] Circulaire DRT n°93/11 du 17 mars 1993 relative au contrat de travail, à la maladie et à l'inaptitude physique du salarié. Application de la loi n°90-602 du 12 juillet 1990 et de l'article 32 de la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992, *BOMT* n°93/10, texte n°414, p. 61, spéc. 1-2.

[1071] J. SAVATIER, *Médecine du travail,* Rép.trav. Dalloz, 1998, n°199

[1072] Paris, 6 juin 1959,*Gaz. Pal.* 1959.2.18 : en l'espèce, un médecin du travail avait demandé à ce que le salarié changeât d'emploi, sans indiquer les raisons de ce changement. L'employeur qui accueillit cette demande, autorisa, néanmoins, le salarié à accomplir épisodiquement certains actes de son ancienne fonction, au cours desquels il trouva la mort.

[1073] Cass. soc., 7 mars 1979, *D.*1979.413, note J. Pélissier ; Cass. soc., 17 octobre 1979, *Bull. civ. V.* n°740, p.544, ces arrêts ont néanmoins été rendus avant qu'une obligation de reclassement n'ait été imposée à l'employeur.

poste compatible avec les capacités de la personne prédisposée, cet avis aura les mêmes effets qu'un avis d'inaptitude.

712. La divulgation de ces informations ne constitue pas une violation du secret professionnel dans la mesure où, selon la Cour de cassation, la loi du 11 octobre 1946 et ses décrets d'application, « tout en obligeant le médecin du travail à garder le secret sur *ses constatations médicales*, lui imposent, dans le domaine qui lui est propre, de renseigner l'employeur et de le conseiller en lui fournissant *les éléments de fait* qui lui sont nécessaires, selon la nature des décisions à prendre »[1075] . Le rôle ambigu du médecin du travail, conseiller du chef d'entreprise dont il est le salarié (article R. 241-30 du Code du travail), a pu faire craindre que son autonomie à l'égard de l'employeur ne soit pas préservée[1076]. C'est oublier que « malgré le rapport de subordination qui le soumet à l'autorité de l'employeur dans l'organisation administrative de son service, le médecin doit rester indépendant pour l'exercice de son art »[1077] et respecter les règles du Code de déontologie, notamment celle relative au secret professionnel. La distinction, établie par la jurisprudence, entre les éléments de fait, communiqués à l'employeur pour lui permettre de prendre les mesures quant à l'exécution du travail, et les constatations médicales, émises au vu des résultats des examens, qui ne doivent pas être divulguées, permet alors de concilier le secret professionnel dont le médecin est tenu à l'égard du salarié[1078] avec son rôle de conseiller de l'employeur.

713. En conséquence, s'il est interdit au médecin du travail de révéler à l'employeur l'existence de la prédisposition génétique du candidat à l'embauche ou du salarié, il pourra néanmoins lui indiquer que, non exposée à certaines substances, la personne pourra être embauchée ou maintenue dans l'entreprise.

Cette solution est d'autant plus justifiée que le médecin du travail est habilité par l'article L.241-10-1 alinéa 1 à proposer des mutations ou des transformations de poste justifiées par des considérations relatives à l'état de santé des travailleurs. Se fondant sur l'alinéa 2 de l'article L.241-10-1 qui dispose que « le chef d'entreprise

---

[1074] DICTIONNAIRE PERMANENT SECURITE ET CONDITIONS DE TRAVAIL, *Service médical du travail,* n°86.
[1075] Cass. crim., 6 juin 1972, *Bull. crim.* n°190, p.481 ; *Gaz. Pal.* 1972.2.668 ; Concours médical 1973.1285, obs. J.-P. Alméras ; D. THOUVENIN, *Le secret médical en droit français,* thèse Lyon 1977, p. 586 et s.
[1076] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Rapport éthique, Doc. Française, 1997, p.63.
[1077] J. SAVATIER, *La médecine du travail,* Rép. Trav. Dalloz, n°190, 1998.
[1078] A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit. A la redécouverte de l'homme,* thèse Poitiers, 1993, p.185.

est tenu de prendre en considération ces propositions », la jurisprudence lui a, en outre, imposé une obligation de reclasser dans l'entreprise le salarié inapte.

(2) L'obligation de reclassement

714. Avant 1981, aucune obligation n'était imposée à l'employeur de modifier le poste de travail afin de l'adapter à l'inaptitude d'un salarié. La Cour de cassation avait ainsi considéré comme légitime le licenciement d'un pâtissier, déclaré inapte en raison de son incapacité à soulever des « charges de façon répétée », car dès lors que sa tâche « comportait, encore que ce ne fût pas l'essentiel, le déplacement de sacs de farine » peu importait qu'il eût pu accomplir tous les autres actes de son métier[1079].

715. L'article L.122-32-5 du Code du travail, issu de la loi n°81-3 du 7 janvier 1981, imposa à l'employeur de proposer à un salarié, déclaré inapte à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, un autre emploi approprié à ses capacités. Il fallut attendre la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 pour qu'une obligation similaire soit prévue à l'article L.122-24-4 du Code du travail lorsque l'inaptitude a une origine non professionnelle.

716. L'inaptitude de la personne prédisposée a, par hypothèse, une origine partiellement professionnelle : elle est constatée parce que les conditions de travail, créées par l'entreprise, risquent d'être nuisibles à sa santé. Elle ne saurait donc être régie par l'article L.122-24-4. Pourtant, l'article L.122-32-5 n'a pas non plus vocation à s'appliquer[1080]. En effet, d'une part, cet article vise l'hypothèse où le salarié est déclaré inapte « à l'issue des périodes de suspension » du contrat de travail consécutives à une maladie professionnelle ou à un accident du travail. Or, l'avis d'inaptitude de la personne prédisposée sera, en général, émis par le médecin du travail à l'occasion de la visite d'embauchage ou des examens périodiques réalisés « en vue de s'assurer du maintien de son aptitude au poste de travail occupé » (article R.241-49 du Code du travail), et non lors d'une visite de reprise effectuée après un arrêt de travail pour cause de maladie. D'autre part, cet article,

---

[1079] Cass. soc., 7 mars 1979, *D.*1979.413, note J. Pélissier.

[1080] A. MAZEAUD, *Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle,* Rép. Trav. Dalloz, 1997, n°132 ; J. SAVATIER, *La protection des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi, Dr. soc.* 1993.123, spéc. p. 125 ; *L'obligation de reclassement des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi,* dans, *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Economica, 1995, p. 387, spéc.p.397 ; S. BOURGEOT, *Médecine du travail, maladie et inaptitude, Dr. soc.* 1998.872, spéc. 876.

parce qu'il est inséré dans le livre 1er, titre II du Code du travail à sa section V-I relative aux règles particulières aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, ne saurait s'appliquer à l'inaptitude, fût-elle totale, de la personne prédisposée qui, par hypothèse, n'est pas encore atteinte de la maladie.

717. Si l'obligation de reclassement de la personne prédisposée, dont l'inaptitude est constatée avant que son contrat n'ait été suspendu, ne peut se fonder sur l'article L.122-32-5, pas plus que sur l'article L.122-24-4 qui s'en inspire, en revanche, elle résultera de l'article L.241-10-1 du Code du travail. En effet, avant même que la loi de 1992 ne consacrât une telle obligation en cas d'inaptitude non professionnelle, la jurisprudence avait fait œuvre prétorienne en prenant appui sur cet article pour instaurer, à la charge de l'employeur, une obligation de reclassement[1081]. N'ayant pas été modifié par les lois précitées de 1981 et de 1992, l'article L.241-10-1 du Code du travail conserve toute sa spécificité, et l'interprétation qui en a été faite par la jurisprudence pourra bénéficier au salarié prédisposé déclaré inapte à l'issue d'une visite périodique.

718. Cette interprétation conduit à la reconnaissance d'une obligation à double détente.

D'une part, la formule selon laquelle « le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération les propositions du médecin du travail », loin de laisser une totale liberté de décision à l'employeur, lui impose d'appliquer ces propositions en recherchant sérieusement et effectivement si elles pouvaient être mises en œuvre[1082]. En cas de refus, l'employeur a la charge de prouver qu'il lui était impossible de reclasser le salarié dans l'entreprise[1083]. Dans l'appréciation de cette impossibilité, qui échappe au contrôle de la Cour de cassation, les juges du fond se montrent rigoureux. Ainsi, les efforts de reclassement sont jugés insuffisants si l'employeur ne démontre pas en quoi les conditions de travail, desquelles résulte l'inaptitude du

---

[1081] Cass. soc. 7 avril 1987, *Bull. civ.* V, n°187, p.120 ; *Dr. soc.* 1987.432, concl. P. Franck ; *JCP* éd. E.1987. II.14981, note P. Chaumette ; Cass. soc., 29 novembre 1989, *Bull. civ.* V, n°687, p. 413 ; *Dr. Ouvrier.* 1990.391, note M. Bonnechère ; Cass. soc., 5 décembre 1995, *Dr. soc.* 1996.425, note A. Mazeaud ; *Cah. Prud'H.* 1998, n°1, p. 12 ; Cass. soc., 22 octobre 1996, *CSB* 1997.13, A.4 ; *Dr. soc.* 1997.8.

[1082] Cass. soc., 7 avril 1987, *préc.* ; Cass. soc., 21 mars 1990, *Bull. civ.* V, n°137, p.81 ; Cass. soc., 1er avril 1992, *CSB* 1992.151, S.93 ; Cass. soc., 8 juillet 1992, *RJS* 1992.545, n°973 ; Cass. soc., 3 décembre 1992, *CSB* 1993, A.6, p.19 ; Cass. soc., 11 janvier 1994, *Cah. Prud'H.,* 1998, n°1, p. 7 ; Cass. soc., 14 janvier 1997, *Dr. soc.* 1997. 313, note J. Savatier ; *Cah. Prud'H.,* 1998, n°1, p. 15 ; *D.* 1997.IR.36 ; *RJS* 1997.96, n°135. J. PELISSIER, *Inaptitude et modification d'emploi, Dr. soc.* 1991.608, spéc. p.610 et 611 ; B. LARDY-PELISSIER, *L'obligation de reclassement, D.* 1998.399, spéc. p. 404.

[1083] Cass. soc., 5 juillet 1995, *CSB* 1995.255, A.47 ; Cass. soc., 5 décembre 1995, *préc.*

salarié, ne peuvent pas être modifiées[1084]. En outre, même en présence d'un avis d'inaptitude définitive du salarié dans le secteur où il travaille, l'employeur n'est pas déchargé de son obligation de reclassement s'il peut affecter ce salarié dans les autres secteurs d'activité de son entreprise[1085]. Encore faut-il que la taille de cette dernière le lui permette[1086].

D'autre part, la Cour de cassation a interprété l'article L.241-10-1 du Code du travail comme imposant à l'employeur, non seulement d'appliquer les propositions du médecin du travail, mais aussi de les solliciter lorsque le médecin du travail s'était abstenu de les formuler[1087].

719. La protection de la personne contre les menaces que sa prédisposition pourrait faire peser sur son emploi est assurée efficacement pour les salariés dont la prédisposition est recherchée pendant la relation de travail. Elle l'est, dans une moindre mesure lorsque celle-ci est découverte à l'embauche. En effet, l'article R.241-48 alinéa 3, 3° en disposant que l'examen médical d'embauche a pour but « de proposer éventuellement les adaptations du poste ou l'affectation à d'autres postes », s'il s'inspire de la formulation de l'article L.241-10-1 du Code du travail, s'en distingue néanmoins par l'emploi de l'adverbe « éventuellement ». L'effort qu'il est légitime d'imposer à l'employeur dans l'adaptation des postes à la santé des personnes est moindre à l'embauche qu'en cours du contrat de travail. En effet, il ne saurait être créé une véritable obligation de « reclassement » à l'embauche,

---

[1084] Cass. soc., 19 juillet 1995, *Bull. civ.* V, n°254, p.183 ; *CSB* 1995.285, A.53 ; *RJS* 1995.652, n°1016 ; *Dr. soc.* 1995.931 ; *Cah. Prud'H.,* 1998, n°1, p. 11 : Ne satisfait pas à son obligation de reclassement le laboratoire, qui licencie une personne, allergique aux cobayes, sans établir qu'il lui était impossible d'aménager son poste en modifiant l'aération de locaux du laboratoire ; Cass. soc. 28 octobre 1998, *SA Le Bris Occasions PL c/ Richard* : *RJS* 1998.898, n°1473 ; J. Savatier, *Examen médical de reprise et obligation de reclassement de la victime d'un accident du travail, Dr.soc.* 1999.8 : L'employeur ne pouvait pas licencier pour inaptitude un « mécanicien poids-lourd » déclaré apte à reprendre son travail sous réserves d'éviter « les grosses manutentions et un travail de précision de la main droite », sans prendre en considération les propositions du médecin du travail « relatives à l'intérêt de faire procéder à une étude ergonomique pour étudier les possibilités d'adapter le poste du salarié » à ses capacités physiques diminuées.

[1085] Cass. soc., 27 octobre 1993, *Bull. civ.* V, n°250, p.170 ; *Dr. soc.* 1993.961 ; *D.* 1994.IR.29 ; Cass. soc., 29 novembre 1989, *préc. ;* Cass. soc., 19 mai 1998, *Richard c/ SA Turboméca , RJS* 1998.548, n°846 ; *D.* 1998.IR.155 ; *JCP* 1998.IV.2534. Pour une appréciation identique de l'obligation de reclassement en matière de licenciement économique, voir notamment : Cass. soc., 7 octobre 1997, *D.* 1999.somm.302, obs. B. Reynes ; *D.* 1999.310, note K. Adom ; Cass. soc., 5 octobre 1999, *D.*1999.IR.243.

[1086] Cass. soc., 19 juin 1996, *Cah. Prud'H.,* 1998, n°1, p. 14 : en l'espèce, le très faible effectif de l'entreprise ne permettait pas à l'employeur de proposer un reclassement du salarié inapte dans un poste compatible avec ses capacités physiques et professionnelles.

[1087] Cass. soc., 8 octobre 1987, *Bull. civ.* V, n°560, p. 356 ; *D.*1988.somm.322, 1re esp., obs. Ph. Langlois ; Cass. soc. 27 mars 1990, *RJS* 1990.335, n°469 ; *D.* 1991.somm.150, obs. J . Pélissier ; Cass. soc., 27 octobre 1993, *préc.* ; Cass. soc., 28 mars 1995, *Cah.*

sauf à entraver la liberté qu'a l'employeur de choisir ses collaborateurs selon des critères correspondant aux besoins de son entreprise. Une telle solution, dès lors qu'elle risque d'entraîner l'exclusion systématique du candidat prédisposé à une maladie professionnelle si aucun poste compatible à sa santé n'est disponible dans l'entreprise, justifie d'autant plus de limiter la formulation d'un avis d'inaptitude au seul cas où la prédisposition indique un risque sérieux et grave de la personne de contracter une maladie professionnelle.

En effet, à l'embauche ou au cours de la relation, l'exclusion de la personne prédisposée doit demeurer exceptionnelle.

§ 2 - L'exclusion exceptionnelle de la personne prédisposée de l'entreprise

720. Afin de la rendre exceptionnelle, l'exclusion de la personne prédisposée de l'entreprise doit être non seulement justifiée (A), mais aussi contrôlée (B).

A) Justification de l'exclusion

721. L'exclusion du travail peut résulter de l'initiative de l'employeur (1) ou d'une auto-exclusion de la personne prédisposée elle-même (2).

(1) Exclusion sur l'initiative de l'employeur

722. L'employeur, qui doit refuser d'embaucher une personne déclarée inapte en raison de sa prédisposition, supporte également l'obligation de suspendre le contrat de travail du salarié prédisposé, déclaré inapte, tant qu'un poste compatible avec son état de santé n'aura pas été trouvé (a). Si un tel poste n'existe pas, il pourra le licencier (b).

Prud'H., 1998, n°1, p.8 ; Cass. soc., 22 octobre 1996 , *CSB* 1997, A.4., p. 13 ; *Dr. soc.* 1997.8.

a - La suspension du contrat de travail du salarié prédisposé

723. Afin de garantir le travailleur contre toute exclusion hâtive de son poste de travail, l'article R.241-51-1 du Code du travail dispose que « sauf dans le cas où le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou celles des tiers, le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude du salarié à son poste de travail qu'après une étude de ce poste et des conditions de travail dans l'entreprise et *deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines »*, accompagnés, le cas échéant, d'examens complémentaires.

724. Si, en raison de la prédisposition du salarié, le médecin du travail le déclare inapte à l'issue du deuxième examen médical[1088], le contrat de travail du salarié sera suspendu[1089] jusqu'à son affectation à un autre poste. En effet, l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur interdit à ce dernier de maintenir un travailleur à un poste susceptible de nuire à sa santé. En raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, la suspension du travail entraîne, en principe, la suspension de la rémunération.

725. Or, la personne déclarée inapte en raison de sa prédisposition ne pourra pas bénéficier d'un revenu de remplacement, constitué par les prestations en espèces de l'assurance maladie, dès lors qu'elle n'est pas malade[1090]. En outre, l'inaptitude du salarié ne pouvant être assimilée à un handicap ou à une invalidité[1091], il est très incertain que le salarié, dont l'inaptitude résultera d'une

---

[1088] Cass. soc., 16 juillet 1998, *Desroches c/ Coopérative atlantique, RJS* 1998.732, n°1203 ; *Dr. soc.*1998. 877 ; *D.* 1998.IR.212 ; *JCP* 1998.IV.3094 ; *JCP* 1999.I.183, obs. F. Bousez ; J. Savatier, *Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé, RJS* 1998.707 ; S. Bourgeot, *Médecine du travail, maladie et inaptitude, Dr. soc.* 1998.872. Le salarié ne peut pas, sous réserve de l'existence d'un danger immédiat, être déclarée inapte tant que le second examen n'a pas eu lieu. Il appartient à l'employeur de faire subir au salarié, dans un délai de 15 jours, le second examen médical.

[1089] Circulaire DRT n°89-5 du 21 février 1989 relative à l'organisation et au fonctionnement des services médicaux, *BOMT* n°89/7, p.45, spéc. n° 1.2.1.

[1090] J. SAVATIER, *L'obligation de reclassement des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi, Mélanges en l'honneur de H. Blaise,* Economica, 1995, p.387, spéc.394.

[1091] Si le handicap et l'invalidité peuvent permettre au médecin de travail de prononcer une inaptitude au poste de travail, ils se distinguent néanmoins de l'inaptitude dans la mesure où ils n'empêchent pas nécessairement le travailleur d'effectuer la prestation particulière pour laquelle il est embauché. Ainsi, l'employeur ne pourra pas licencier la personne handicapée ou invalide sans avoir fait constater par le médecin du travail l'inaptitude de la personne à exercer son emploi : Cass. soc., 13 janvier 1998, *Schaming c/ Bartsch, Bull. civ.* V, n°9, p. 7 ; *Dr. soc.* 1998, p.281, obs. A. Mazeaud ; *RJS* 1998.106, n°163 ; *RJS* 1998.87, Rapport S. Bourgeot, *CSB* 1998.77, A.19 ; *JCP* 1998.I.161, note V. Duboeuf-Hild ; *JCP* 1998.IV.1450, *D.* 1998.IR.57; Cass. soc., 15 juillet 1998, *Chaptal c/ Dubedout, RJS* 1998.730, n°1201 ; *D.* 1998.IR.213 ; *JCP* 1998.IV.3093 ; J. Savatier, *Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé, RJS* 1998.707.

prédisposition, puisse se voir reconnaître la qualité de travailleur handicapé ou d'invalide.

En effet, le handicap est une « insuffisance ou une diminution » des « capacités physiques ou mentales » de la personne qui réduit effectivement ses « possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi » (article L.323-10 alinéa 1 du Code de travail). Les personnes reconnues comme travailleur handicapé par la Commission Technique d'Orientation et de Reclassement Professionnel (COTOREP) bénéficient d'une priorité d'emploi. De même, l'état d'invalidité est constaté par le médecin conseil de la Caisse Primaire d'Assurance Maladie (CPAM) lorsque la capacité de travail ou de gain de l'assuré est réduit des deux tiers ; il justifie l'allocation d'une pension (articles L.341-1 et R.341-2 du Code de la sécurité sociale)[1092].

N'entraînant aucune réduction effective de la capacité de travail, la prédisposition génétique, parce qu'elle « n'a pas d'effets pathologiques ou invalidants actuels »[1093], ne saurait justifier que la personne qui en est porteuse bénéficiât d'une protection en tant que handicapée ou invalide.

726. Non protégée, la personne déclarée inapte à son poste, en raison de sa prédisposition, ne sera pas rémunérée jusqu'à son affectation à un autre poste compatible à sa santé, laquelle peut prendre du temps[1094]. Les articles L. 122-24-4 (maladie d'origine non professionnelle) et L.122-32-5 du Code du travail (maladie d'origine professionnelle) prévoient, néanmoins, que le salarié non reclassé ou non licencié à l'expiration du délai d'un mois qui suit la visite de reprise du travail, organisée par l'article R.241-51 du Code du travail, obtient le versement du salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension de son contrat de travail. Il n'est pas inutile de rappeler que ces articles visent l'hypothèse où le contrat de travail a été suspendu à la suite d'un arrêt de travail prescrit par le médecin traitant pour cause de maladie. La visite qui, selon l'article R.241-51 alinéa 3 du Code du travail, doit avoir lieu lors de la reprise du travail ou au plus tard dans un délai de huit jours, met fin à la suspension du contrat. Si l'initiative de cette visite appartient normalement à l'employeur, elle peut aussi être sollicitée par

---

[1092] Le terme de discrimination positive, employé pour désigner les situations dans lesquelles les différences justifient l'attribution d'un avantage, est alors parfois appliqué à ces situations : A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit. A la redécouverte de l'homme,* thèse Poitiers, 1993, p.170 ; ce terme est néanmoins critiqué parce qu'il est source de confusion avec la discrimination prohibée : D. LOCHACK, *Réflexions sur la notion de discrimination, Dr. soc.* 1987.778, spéc., note 1.

[1093] A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit. A la redécouverte de l'homme,* thèse Poitiers, 1993, p.173.

[1094] Sous réserve de dispositions conventionnelles contraires au cas où un arrêt de travail serait prescrit par le médecin traitant.

le salarié, soit auprès de son employeur, soit auprès du médecin du travail qui avertit l'employeur de cette demande[1095]. Dans le cas où, à la suite de sa maladie, le salarié est déclaré inapte, la jurisprudence décide que le second examen prévu par l'article R.241-51-1 constitue le point de départ du délai d'un mois à l'issue duquel l'employeur est tenu de verser au salarié le salaire[1096].

727. Néanmoins, l'application de cette jurisprudence est difficile, voire impossible lorsque l'avis d'inaptitude est formulé en raison de la prédisposition du salarié à l'occasion d'un examen périodique. En effet, puisque que le contrat de travail ne peut être suspendu en raison de l'inaptitude du salarié qu'après le deuxième examen médical, prévu par R.241-51-1 du Code de travail, cet examen ne peut être assimilé à une visite de reprise mettant, en principe, fin à la suspension du contrat de travail !

728. Deux solutions sont alors envisageables : pour bénéficier des dispositions de l'article L.122-32-5, le salarié dont l'inaptitude aura été constatée à l'occasion de la visite périodique et dont le contrat, en conséquence, aura été suspendu à compter de cette constatation, devra solliciter un examen de reprise pour mettre fin à cette suspension. Cette solution a l'avantage de garantir au salarié le versement de son salaire un mois après la visite de reprise. En revanche, les moyens qui permettent de la mettre en œuvre sont absurdes : en effet, la visite de reprise impliquera que soient réalisés les examens prescrits par l'article R.241-51-1, alors même qu'ils ont déjà été effectués pour constater l'inaptitude du salarié à son poste à l'occasion de la visite périodique. Inappropriée, parce qu'elle implique la réalisation d'examens inutiles, cette solution doit être rejetée.

729. La deuxième solution consiste à écarter l'application des articles L.122-24-4 ou L.122-32-5 du Code du travail, lorsque l'avis d'inaptitude, formulé à l'issue des visites périodiques, vise à prévenir une maladie qui, par hypothèse, n'affecte pas encore, la capacité de travail de la personne.

[1095] Cass. Soc. 12 novembre 1997, (2 arrêts), *Dr. soc.* 1998.20, concl. Y.Chauvy ; *RJS* 1997.835, n°1359 ; *CSB* 1998.47, A.12 ; J. Savatier, *Le terme de la période de suspension du contrat de travail ouverte par des troubles de santé du travailleur, Dr. soc.*1998.113 ; S. Bourgeot et N. Trassoudaine Verger, *Quelques précisions jurisprudentielles sur l'issue de la suspension du contrat de travail, RJS* 1998.163.

[1096] Cass. soc., 28 janvier 1998, *Mme Amiot c/ Mme Melero, Bull. civ.* V, n°39, p.30 ; *RJS* 1998.190, n°307 ; *Dr. soc.* 1998.276, note J. Savatier ; *D.* 1998.IR.65 ; Cass. soc., 4 juin 1998, *Pereira de Almeida c/ Sarl SAMAP, RJS* 1998.624, n°977 ; *D.*1998.IR.161 ; *JCP* 1998.IV.2654 ; Cass. soc. 16 juin 1998, *SA Viennedis c/ Bain, RJS* 1998.626, n°977 ; *D.* 1998.IR.189 ; *JCP* 1998.IV.2775 ; Cass. soc., 10 novembre 1998, *Mme Rouich c/ SA Fiducial expertise, Dr. soc.* 1998.189, obs. J. Savatier ; *RJS* 1998.896, n°1470 ; *JCP* 1998.IV.3505 ; *JCP* 1999.I.181, obs. V. Duboeuf-Hild.

730. Une alternative est alors possible : dans sa première branche, elle consisterait à suspendre le travail du salarié et, corrélativement, sa rémunération. Même si cette solution est conforme au caractère synallagmatique du contrat de travail, elle n'en suscite pas moins des difficultés.

731. En effet, la personne prédisposée déclarée inapte se retrouve alors privée de salaire pour toute la durée, qui peut être longue, pendant laquelle son reclassement est recherché. Non reclassée, elle pourra néanmoins invoquer le défaut de diligence de l'employeur dans la mise en œuvre de son obligation de reclassement pour obtenir le versement de son salaire[1097].

732. Ces difficultés sont accrues lorsque le médecin du travail, sans relever l'existence d'un danger immédiat pour la santé du salarié prédisposé qui lui permette de constater l'inaptitude du salarié dès le premier examen médical périodique, émet néanmoins un avis d'inaptitude temporaire à la suite de ce premier examen. En effet, « les délais nécessaires au déroulement de la procédure prévue (par l'article R.241-51-1) sont évidemment inadaptés à l'hypothèse où l'inaptitude du salarié à son poste de travail tient à un état de santé à caractère évolutif qui peut disparaître au bout de quelques jours ou de quelques semaines »[1098]. Si, selon l'administration, le contrat ne devrait pas être suspendu dès lors que la procédure n'est pas achevée[1099], un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 1997, avait, néanmoins, jeté le trouble en décidant que le refus de l'employeur de laisser accéder à son poste de travail un salarié déclaré temporairement inapte par le médecin du travail ne constituait pas « un trouble manifestement illicite ou une voie de fait »[1100] permettant au juge des référés d'ordonner la reprise du travail et le paiement du salaire.

733. Néanmoins, la décision du 21 janvier 1997, statuant sur les pouvoirs du juge des référés, ne préjugeait pas de la solution au fond, laquelle a été donnée, par un arrêt du 15 juillet 1998. Dans un attendu de principe, la Cour de cassation

---

[1097] Cass. soc., 5 décembre 1995, *Dr. soc.* 1996.425, obs. A. Mazeaud ; *Cah. Prud'H.* 1998, n°1, p. 12 ; J. SAVATIER, *L'obligation de reclassement des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi, Mélanges en l'honneur de H. Blaise,* Economica, 1995, p.387, spéc.395.

[1098] J. SAVATIER, *Les effets d'un avis d'inaptitude temporaire émis par le médecin du travail, Dr. soc.* 1997.243, spéc. p.244.

[1099] Circulaire DRT n°89-5 du 21 février 1989 relative à l'organisation et au fonctionnement des services médicaux, *BOMT* n°89/7, p.45, spéc. n° 1.2.1 : « L'article R. 241-51-1 signifie que le salarié ne peut être déclaré inapte - que cette inaptitude soit totale ou partielle, définitive ou temporaire - tant que la procédure prévue n'est pas achevée. Il n'y a donc pas suspension du contrat de travail, même si l'employeur estime qu'il ne peut confier un poste au salarié ».

énonce que « l'employeur ne peut être dispensé de payer leur rémunération aux salariés qui se tiennent à sa disposition que s'il démontre qu'une situation contraignante l'empêche de fournir un travail »[1101]. Cette situation contraignante n'était pas démontrée dans cette espèce où le médecin du travail avait émis un avis d'aptitude avec réserves avant le deuxième examen médical prévu par l'article R. 241-51-1. Pourrait-elle être caractérisée dans le cas où la formulation d'un avis d'inaptitude partielle serait faite, à l'issue du deuxième examen, en raison de la prédisposition du salarié ? Si la suspension de la prestation de travail, sur l'initiative de l'employeur, peut être légitimée par son obligation de sécurité, en revanche, celle de la rémunération apparaît fort contestable. En effet, l'inaptitude de la personne prédisposée, parce qu'elle est partielle, n'empêche pas le salarié d'assurer, en partie, sa prestation de travail ou d'être affecté temporairement à un autre poste. En outre, dès lors que la cessation du travail est commandée par le risque que l'activité professionnelle peut faire courir à la personne prédisposée, ce risque d'exploitation devrait être supporté par l'entreprise qui le crée[1102].

734. Cette solution constitue la deuxième branche de l'alternative : quel que soit le moment où elle est constatée, l'inaptitude de la personne prédisposée, en attente de reclassement, ne devrait suspendre que son obligation d'effectuer le travail et non celle de l'employeur de lui verser son salaire.

Une telle solution est d'autant plus justifiée que la personne, tant qu'elle ne sera pas licenciée, reste à la disposition de son employeur et ne peut, dès lors, ni rechercher un autre travail qui lui offre une garantie de ressources, ni prétendre au bénéfice d'allocations de chômage.

[1100] Cass. soc., 21 janvier 1997, *Bull. civ.* V, n°27, p. 17 ; *Dr. soc.* 1997.245, note J. Savatier préc. ; *RJS* 1997.196, n°295, *Cah. Prud'H.* 1998, p.16.
[1101] Cass. soc., 15 juillet 1998, *SA Laboratoire Soludia c/ Mestdagh, RJS* 1998.731, n°1202 ; *JCP* 1998.IV.3118.
[1102] J. SAVATIER, *note préc.,*p.245.

b - Le licenciement du salarié prédisposé

735. La rupture du contrat d'un salarié prédisposé dont la santé est compromise par les travaux accomplis dans l'entreprise s'analyse en un licenciement entraînant le paiement des indemnités subséquentes[1103]. Traditionnellement, la rupture du contrat ouvre droit à des indemnités différentes selon que l'inaptitude a une origine professionnelle ou non. En principe, en cas d'inaptitude non professionnelle, la résiliation du contrat de travail, si elle donne lieu au versement de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, exclut le paiement d'une indemnité de préavis au profit du salarié dès lors qu'il est inapte à reprendre le travail précédemment occupé[1104].

736. En revanche, en application de l'article L.122-32-6 du Code du travail, le licenciement qui résulte d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail ouvre droit au salarié à une indemnité « spéciale de licenciement » égale au double de l'indemnité de licenciement de droit commun, et à une indemnité assimilée à une indemnité de préavis (alors même qu'étant malade, il ne peut, par hypothèse, exécuter celui-ci)[1105]. L'esprit des textes ayant été de faire supporter par l'employeur le risque d'exploitation, le salarié prédisposé à une maladie professionnelle devrait pouvoir bénéficier de ces dernières indemnités, même si celui-ci n'est pas atteint de cette maladie. Si les juges constatent que l'employeur n'a pas satisfait à son obligation de reclassement, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse s'ajoute aux précédentes, quelle que soit l'origine de l'inaptitude.

737. Dès lors, un risque n'est pas nul de voir se développer une attitude expectante de la part des employeurs tardant à prendre l'initiative de la rupture du contrat de travail, afin de ne pas avoir à payer les indemnités de licenciement.

Un tel comportement s'était, en effet, manifesté avant que la loi du 31 décembre 1992, en s'inspirant des dispositions de l'article L.122-32-5 du Code du travail relatives aux maladies professionnelles, n'ait prévu que l'employeur qui n'a ni reclassé ni licencié le salarié dans un délai d'un mois à compter de l'examen de reprise du travail, doit verser le salaire à l'intéressé (L.122-24-4). Certes, dans un

---

[1103] Cass. soc., 16 juin 1976, *Bull. civ.* V, n°377, p. 312 : en l'espèce, la rupture avait pour cause une maladie entraînée par des travaux accomplis par le salarié et non une prédisposition à une telle maladie ; J. SAVATIER, *Le droit aux indemnités de licenciement en cas de rupture du contrat provoquée par l'état de santé du travailleur, Dr. soc.* 1991.109.

[1104] Cass. soc., 22 octobre 1996, *CSB* 1997.13, A.4 ; *Dr. soc.* 1997.8

premier temps, la jurisprudence décidait qu'en présence « d'une prise d'acte de l'avis d'inaptitude » par l'employeur, la rupture, même si elle résultait de l'initiative de l'employeur, ne lui était pas imputable, ce qui faisait obstacle à ce que le salarié perçoive des indemnités de licenciement[1106].

Mais, par un revirement de jurisprudence, opéré le 29 novembre 1990, la Cour de cassation abandonna la distinction entre initiative et imputabilité en décidant que « la résiliation par l'employeur du contrat de travail du salarié atteint d'une invalidité le rendant inapte à exercer toute activité dans l'entreprise s'analyse en un licenciement qui ouvre droit à l'indemnité légale de licenciement ou, si elle est plus favorable au salarié et si les clauses de la convention ne l'excluent pas, à l'indemnité conventionnelle »[1107]. La qualification de licenciement incita, alors, les employeurs à ne pas prendre l'initiative de la rupture afin de ne pas avoir à payer les indemnités subséquentes[1108].

738. Les articles L.122-32-5 et L. 122-24-4 du Code du travail, s'ils ont mis un terme à de telles attitudes, ne consacrent pourtant pas une obligation de licencier le salarié inapte, « difficilement compatible avec l'idée que le licenciement correspond à une volonté de rupture de la part de l'employeur ». On peut, néanmoins, constater que « la charge résultant de l'obligation de payer un salaire sans contre-partie est telle que l'employeur, s'il ne peut reclasser le travailleur, est nécessairement conduit à le licencier »[1109].

739. Mais ces articles ne sont applicables que lorsque l'inaptitude de la personne est constatée, à l'issue d'une période de suspension du contrat de travail pour cause de maladie ou d'accident, lors d'une visite de reprise. Ils n'auront donc, le plus souvent, pas vocation à s'appliquer au cas où l'avis d'inaptitude est formulé, en raison de la prédisposition du salarié à une maladie professionnelle, à l'occasion d'une visite périodique. On peut néanmoins relever que si, comme nous

---

[1105] Cass. soc. 4 octobre 1990, *RJS* 1990.604, n°919.

[1106] Cass. soc., 21 mars 1979, *Bull. civ.* V, n°253, p.180 ; *D.* 1979.413, note J. Pelissier ; Cass. soc., 17 octobre 1979, *Bull. civ.* V, n°740, p.544 ; Cass. soc., 14 octobre 1982, *Bull. civ.* V, n°558, p.410 ; Cass. soc., 5 avril 1990, *RJS* 1990.274, n°362.

[1107] Cass. soc. 29 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n°600, p.364 ; *RJS* 1991.11, n°11 ; *Dr. soc.* 1991.115, note J. Savatier ; *D.* 1991.339, note N. Decoopman ; *JCP* éd. E. 1992.II.247, note D. Jourdan ; Cass. soc., 20 novembre 1991, *Bull. civ.* V, n°513, p.319 ; *D.* 1991.IR.282, ; *Dr. soc.* 1992.78 ; Cass. soc., 13 octobre 1992, *Bull. civ.* V, n°508, p.321 ; *Dr. soc.* 1992.1004 ; Cass. soc., 8 novembre 1994, *Dr. soc.* 1995.66 ; Cass. soc., 15 février 1995, *Cah. Prud'H.* 1998, n°1, p.10.

[1108] A . MAZEAUD, *Le licenciement en cas de maladie prolongée ou d'inaptitude d'origine non professionnelle : la loi, le juge et les partenaires sociaux, Dr. soc.* 1992.234, spéc. p.236 ; également, *Droit du travail,* Domat Montchrestien, 1998, n°585, p. 357.

[1109] J. SAVATIER, *La protection des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi, Dr. soc.* 1993.123, spéc.p.126 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail, préc.*, n°586, p. 358.

le souhaitons, l'employeur devait être tenu de verser le salaire à la personne dont l'inaptitude résulterait de sa prédisposition génétique à une maladie professionnelle, le risque de voir se développer une attitude expectante de la part des employeurs serait limité. En toute occurrence, un tel comportement pourrait être freiné par la jurisprudence. En effet, lorsqu'elle s'est prononcée sous l'empire du régime antérieur à la loi du 31 décembre 1992, la jurisprudence, tout en refusant de faire peser une obligation de licencier le salarié inapte[1110] sur l'employeur, avait néanmoins décidé que ce dernier pouvait commettre un abus de droit de ne pas licencier[1111]. Il en sera ainsi lorsque l'employeur crée « un obstacle délibéré à la rupture du contrat de travail», en prenant « acte de l'inaptitude du salarié à son précédent emploi sans lui faire aucune offre de reclassement, ni lui verser son salaire, ni mettre en œuvre une procédure régulière de licenciement »[1112]. Une telle solution, qui a été confirmée par la loi du 31 décembre 1992, semble devoir continuer à s'appliquer dans le cas qui nous intéresse.

740. L'exclusion d'une personne prédisposée à une maladie professionnelle résultera, le plus souvent, d'une initiative de l'employeur. Elle pourra, toutefois, également, être le fait de la personne elle-même.

(2) Auto-exclusion de la personne prédisposée

741. A l'embauche, la personne qui apprend sa prédisposition à une maladie professionnelle peut décider de ne pas s'exposer aux facteurs déclenchants qui se situent dans l'environnement professionnel. Cette faculté n'existera, néanmoins, que si le médecin du travail n'a pas formulé un avis d'inaptitude.

742. Pendant la relation de travail, en application de l'article L.231-8-1 du Code du travail, le salarié peut se retirer d'une situation de travail dont il a « un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent » pour sa santé. Le salarié qui exerce son droit de retrait ne peut ni être sanctionné, ni voir son salaire retenu. En outre, tant que persiste le danger, l'employeur ne peut pas lui demander de reprendre son activité (article L.231-8 du Code du travail).

[1110] Cass. soc. 7 avril 1994, *RJS* 1994.422, n°686 ; *CSB* 1994.133, A.26.

[1111] Douai, 28 octobre 1992, *RJS* 1992.748, n°1376 ; Versailles, 9 janvier 1995, *RJS* 1995.581, n°878 ; A.MAZEAUD, *Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle,* Rép. Trav. Dalloz, 1997, n°130 ; également, *Droit du travail, préc.* n°585, p. 357.

[1112] Cass. soc., 5 décembre 1995, *Dr. soc.*1996.425, note A. Mazeaud, *Cah. Prud'H.,* 1998, n°1, p. 12 ; Cass. soc. 15 juillet 1998, *Aldhuy c/ Léocadio, RJS* 1998.734, n°1205 ; *JCP* 1998.IV.3095.

743. Pour être grave et imminent, le danger doit être susceptible de provoquer une atteinte sérieuse à l'intégrité physique dans un délai proche[1113]. L'imminence et la gravité du danger sont, néanmoins, appréciées subjectivement par le salarié. Aussi, alors même qu'un tel danger n'existe pas, le salarié, qui « a un motif raisonnable » de croire à son existence, pourra légitiment se retirer de la situation de travail. Appréciée souverainement par les juges du fond, l'existence du danger est fonction de la sensibilité du travailleur aux conditions de travail[1114]. En effet, même si le danger grave et imminent doit provenir d'une situation de travail, « la condition d'extériorité du danger n'est pas exigée d'une manière exclusive » par les articles L.231-8 et L.231-8-1 du Code[1115]. Il a ainsi été jugé qu'un agent de surveillance qui souffrait de graves problèmes d'allergie respiratoire pouvait, après avoir été muté à un poste le mettant en contact avec des animaux et des produits chimiques, valablement exercer son droit de retrait[1116].

Un salarié pourrait donc se retirer de son poste, s'il pense que sa situation de travail peut déclencher la maladie grave pour laquelle il est prédisposé.

744. Néanmoins, le risque de la situation de travail ne doit pas avoir été initialement accepté en connaissance de cause par le salarié[1117]. Ainsi, la personne qui apprend, lors de l'examen d'embauche, sa prédisposition à une maladie professionnelle pour laquelle existe une prévention secondaire efficace, et qui accepte de courir le risque de s'exposer à des agents nocifs, ne pourra pas se retirer de la situation de travail en invoquant sa seule prédisposition. Dans ce dernier cas, le retrait, pour être justifié, impliquera que le salarié ait des motifs de penser que la maladie pour laquelle il est prédisposé est en phase présymptomatique.

En revanche, si cette prédisposition est révélée au salarié au cours d'une visite périodique, il pourra légitimement se retirer de la situation de travail.

En outre, en cas d'inaptitude partielle prononcée pour une raison extérieure à sa prédisposition, le salarié pourra refuser la proposition de reclassement qui lui est faite en invoquant sa prédisposition, alors même qu'il la connaissait avant de travailler dans l'entreprise, si son ancien poste ne l'exposait pas à des agents

---

[1113] P. VINCENT, *Hygiène et sécurité du travail. Principes généraux, Juris-cl. Travail,* fasc. 33-10, n°70 et s., 1998.
[1114] Cass. soc., 11 décembre 1986, *Bull. civ.* V, n°597, p. 452 ; *D.*1987.IR.4 ; *JCP* 1987.II.20807, note O. Godard ; Cass. soc., 20 mars 1996, *Bull . civ.* V, n°107, p. 73 ; *JCP* éd. E. 1996.II.850, note G. Lachaise ; *Dr. soc.* 1996.684, obs. J. Savatier ; *RJS* 1996.350, n°554 ; *RJS* 1996. 319, concl. Y. Chauvy ; *CSB* 1996.169, A.37.
[1115] Cass. soc., 20 mars 1996, *préc.*
[1116] Cass. soc., 20 mars 1996, *préc.*
[1117] Aix-en-Provence, 8 novembre 1995, *JCP* éd.E. 1996.II.859, note V. Cohen-Donsimoni.

nocifs[1118]. En effet, dans ce dernier cas, la personne avait initialement accepté de travailler à un poste ne faisant pas courir de risque à sa santé.

Afin de s'assurer que l'exclusion, qu'elle provienne de la personne ou de l'employeur, est justifiée, un contrôle est organisé.

B) Contrôle de l'exclusion

745. Le contrôle visera essentiellement à vérifier la justification invoquée par l'employeur pour exclure une personne de son entreprise, et, dans une moindre mesure, celle donnée par la personne qui, en raison de sa prédisposition, décide de ne pas s'exposer aux agents nocifs du travail.

Ce contrôle est double : au contrôle administratif de l'avis d'inaptitude (1), s'ajoute un contrôle judiciaire de la légitimité de l'exclusion (2).

(1) Le contrôle administratif de l'avis d'inaptitude

746. La possibilité de contester l'avis du médecin du travail résulte des dispositions de l'article L.241-10-1 du Code du travail. Après avoir énoncé que l'employeur est tenu de prendre en considération les propositions de mutation ou de transformation de poste formulées par le médecin du travail, ce texte dispose qu'en « cas de difficulté ou de désaccord, la décision est prise par l'inspecteur du travail après avis du médecin-inspecteur du travail » (alinéa 3).

747. Le recours administratif devant l'inspecteur du travail est ouvert tant à l'employeur, qu'à la personne déclarée inapte à l'embauche ou au cours de la relation de travail[1119]. En effet, contrairement à l'article R.241-52 relatif à un désaccord sur la nature et la fréquence des examens, l'article L.241-10-1 ne limite pas la compétence de l'autorité de contrôle à un différend entre « l'employeur et le médecin du travail ».

[1118] Cass. soc. 11 décembre 1986, *préc.*

[1119] Solution implicite pour le candidat à l'embauche : C.E., 6 juillet 1984, *Ministère du travail c/ M. Chauvet, Dr. soc.* 1985.57, concl. M. Boyon . Solution explicite pour le salarié : ; Cass. soc., 12 mars 1987 , *Dr. soc.* 1987.612, note J. Savatier ; C.E., 4 octobre 1991, *RJS,* 1991.712, n°1326 ; Cass. soc., 2 février 1994, *Bull. civ.* V, n°43, p. 32 ; *CSB* 1994.153, S.79, *RJS* 1994.181, n°245 ; *Dr. soc.* 1994.379 ; Cass. soc., 14 janvier 1997, *Dr. soc.* 1997.313, note J. Savatier ; *RJS* 1997.96, n°135 ; *D.* 1997.IR.36 ; *Cah. Prud'H.,* 1998, n°1, p. 15.

748. L'intervention de l'inspecteur du travail a pour objet de contrôler l'appréciation émise par le médecin du travail sur l'état de santé du travailleur, sur la nature des postes que cet état de santé lui permet d'occuper[1120] et sur les adaptations de poste nécessaires. En revanche, il ne lui appartient pas d'apprécier l'incidence de l'état de santé du salarié ni « sur le contrat de travail lui-même », ni sur « les conditions dans lesquelles l'exécution de celui-ci devrait théoriquement se poursuivre »[1121] .

749. La décision de l'inspecteur du travail peut donc impliquer qu'il se prononce sur le diagnostic médical, alors même que, n'étant pas médecin, il n'en a pas nécessairement les compétences[1122]. En effet, pour déterminer si la prédisposition indique un risque de maladie professionnelle justifiant un avis d'inaptitude, il est nécessaire soit de maîtriser des connaissances en génétique, soit de recourir à des tierces personnes compétentes. Or, même si la décision de l'inspecteur est prise après un avis du médecin-inspecteur, il ne serait pas superflu de conditionner la décision d'inaptitude, formulée par l'inspecteur du travail en raison d'une prédisposition génétique, à une expertise préalable. La jurisprudence, en décidant que l'avis d'inaptitude du médecin du travail ne peut faire l'objet que d'un recours administratif devant l'inspecteur du travail, refuse, néanmoins, de reconnaître aux juges de l'ordre judiciaire le pouvoir d'ordonner une expertise[1123]. Justifiée par l'interdiction qui est faite aux « juges du fond de substituer leur appréciation à celle du médecin du travail sur l'inaptitude d'un salarié à occuper un poste de travail »[1124], cette solution oblige la personne qui entend contester l'avis d'inaptitude à former un recours contentieux devant la juridiction administrative[1125]. Cette dernière, à la différence de la juridiction judiciaire, pourra, en référé, ordonner une mesure d'expertise médicale[1126].

[1120] C.E., 6 juillet 1984, *Ministère du travail c/ Société Anonyme Creusot-Loire, Dr. soc.* 1985.57, concl. M. Boyon ; Cass. soc., 24 avril 1980, *Bull. civ.* V, n°350, p. 266 ; Cass. crim. 5 mai 1981, *Bull. crim.,* n°144, p.412 ; Cass. crim., 15 mars 1983, *Bull. crim.,* n°84, p.191 ; Cass. soc., 11 juin 1987, *Bull. civ.* V, n°391, p. 248.
[1121] CAA Paris, 20 novembre 1997, *RJS* 1998.743, n°1231.
[1122] I. VACARIE, *Travail et santé : un tournant,* dans*, Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à G. Lyon-Caen,* Dalloz, 1989, p. 331, spéc. p.343.
[1123] Cass. soc., 3 juin 1983, *Bull. civ.* V, n°314, p. 222 ; Cass. soc. 12 mars 1987, *Dr. soc.* 1987.612, note J. Savatier ; Cass. soc. 11 juin 1987, *Bull. civ.* V, n°391, p. 248 ; Cass. soc., 2 février 1994, *Bull. civ.* V, n°43, p. 32 ; *CSB* 1994.153, S.79, *RJS* 1994.181, n°245 ; *Dr. soc.* 1994.379.
[1124] Cass. soc., 14 janvier 1997, *Dr. soc.* 1997.313, note J. Savatier ; *RJS* 1997. 96, n°135 ; *D.* 1997.IR.36 ; *Cah. Prud'H.,* 1998, n°1, p. 15.
[1125] Cass. soc., 8 novembre 1994, *Dr. soc.* 1995.66.
[1126] C.E., 6 juillet 1984, *Ministère du travail c/ M. Chauvet, préc.*

750. En indiquant que l'inspecteur du travail prend la « décision », l'article L.241-10-1 alinéa 3 a-t-il entendu priver l'employeur de sa liberté de choix des collaborateurs en lui imposant de solliciter une autorisation administrative avant de refuser d'embaucher ou de licencier une personne inapte ?

La jurisprudence s'est opposée à une telle interprétation du terme « décision » en énonçant que « l'article L.241-10-1 du Code du travail ne subordonne pas le licenciement du salarié à une autorisation de l'inspecteur du travail »[1127], ce dernier n'étant pas « juge de la validité de la rupture du contrat de travail »[1128]. Aussi, l'employeur n'aura pas à saisir l'inspecteur du travail avant de procéder à un licenciement si aucune contestation n'est élevée sur l'avis du médecin du travail auquel il se conforme[1129]. En revanche, dans le cas où l'inspecteur du travail aura été saisi par le salarié avant que ne soit prononcé son licenciement, l'employeur est tenu d'attendre le résultat de cette intervention car à défaut, les juges du fond ne pourront pas, sans encourir la censure de la cour de cassation, énoncer que le licenciement a une cause réelle et sérieuse[1130].

751. Si les magistrats de l'ordre judiciaire ne sont pas compétents pour apprécier le bien fondé de l'avis du médecin du travail, en revanche, ils contrôlent la légitimité de l'exclusion.

[1127] Cass. soc., 19 février 1992, *Bull. civ.* V, n°99, p.61 ; *CSB* 1992.133, A. 24, *RJS* 1992.244, n°415.
[1128] Cass. crim., 5 mai 1981, *Bull. crim.* n°144, p.412.
[1129] Cass. crim., 5 mai 1981, *préc.* ; Cass. crim. 15 mars 1983, *préc.* ; Cass. soc., 11 juin 1987, *Bull. civ.* V, n°391, p.248.
[1130] Cass. soc., 6 décembre 1995, *Cah. Prud'H.,* 1998, n°1, p. 13. En revanche, la saisine de l'inspecteur du travail par le salarié ne peut pas produire d'effet utile si elle intervient postérieurement à son licenciement : Cass. soc., 19 février 1992, *préc.*

(2) Le contrôle judiciaire de la légitimité de l'exclusion

752. Le contrôle judiciaire de la légitimité de l'exclusion impose au juge de vérifier son caractère non discriminatoire (a) et l'existence d'un motif réel et sérieux (b).

a - Le contrôle du caractère non discriminatoire de l'exclusion

753. Il résulte de l'article L.122-45 du Code du travail que le refus d'embauche et le licenciement, en raison de l'état de santé, auront une cause illicite s'ils ne peuvent pas être justifiés par une inaptitude médicalement constatée. Lorsqu'elle est établie (i), la discrimination est sanctionnée (ii).

i - La preuve de la discrimination

754. La charge de la preuve de la discrimination incombe au candidat à l'emploi et au salarié qui l'invoquent[1131]. Cette preuve sera apportée dès lors que le refus d'embauche ou le licenciement ont été décidés en raison de leur prédisposition génétique malgré la déclaration d'aptitude par le médecin du travail. Ainsi la Cour de cassation se fonde-t-elle sur une violation de l'article L.122-45 du Code du travail pour juger que le licenciement d'un salarié pour raison de santé est discriminatoire en l'absence d'avis d'inaptitude[1132] ou, si l'inaptitude n'a pas été constatée dans les conditions prévues à l'article R.241-51-1 du Code du travail, c'est-à-dire lorsque le licenciement est intervenu avant la réalisation du second examen médical[1133].

[1131] Circulaire DRT n°93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles (titre V de la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage), *BOMT* n°93/10, texte n°412, p.31.

[1132] Cass. soc, 13 janvier 1998, *Schaming c/ Bartsch, Bull. civ.* V, n°9, p. 7 ; *Dr. soc.* 1998, p.281, obs. A. Mazeaud ; *RJS* 1998.106, n°163 ; *RJS* 1998.87, Rapport S. Bourgeot ; *CSB* 1998.77, A.19 ; *JCP* 1998.I.161, note V. Duboeuf-Hild ; *JCP* 1998.IV.1450 ; *D.* 1998.IR.57; Cass. soc., 28 janvier 1998, *Tassart c/ S.A. Riche et Sébastien, Dr. soc.* 1998.406, obs. A. Mazeaud ; *CSB* 1998.80, A.19 ; *JCP* 1998.IV.1585 ; Cass. soc, 15 juillet 1998, *Chaptal c/Dubedout, RJS* 1998. 730, n°1201; *D.* 1998.IR.213 ; *JCP* 1998.IV.3093 ; J. Savatier, *Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé, RJS* 1998.707.

[1133] Cass. soc., 16 juillet 1998, *Desroches c/ Coopérative atlantique, RJS* 1998.732, n°1203 ; *Dr. soc.*1998. 877 ; *D.* 1998.IR.212 ; *JCP* 1998.IV.3094 ; *JCP* 1999.I.183, obs. F.

755. Il est, néanmoins, plus difficile au candidat à l'embauche qu'au salarié d'établir que son refus d'embauche est fondé sur des raisons de santé lorsque le médecin du travail a formulé un avis d'aptitude, dans la mesure où les traces écrites du comportement discriminatoire sont exceptionnelles[1134]. Pourtant, dès lors que la prédisposition, à la différence de la maladie, ne se manifeste pas par des signes extérieurs, on voit mal comment l'employeur pourrait refuser d'embaucher une personne au motif d'une prédisposition (n'entraînant pas une déclaration d'inaptitude) dont il ne peut connaître l'existence, sauf par une indiscrétion punissable du médecin du travail.

Si la personne prouve que la décision prise à son encontre est discriminatoire, l'employeur sera sanctionné.

ii - Les sanctions de la discrimination

756. Outre les sanctions pénales prévues par l'article 225-2 du Code pénal, (200 000 francs d'amende et deux ans d'emprisonnement), l'employeur qui opère une discrimination en raison de la prédisposition s'expose à des sanctions civiles en nature ou en argent.

757. La sanction en nature consistera à annuler l'acte discriminatoire. L'article L.122-45 du Code du travail en énonçant que « toute disposition ou tout acte » discriminatoire « à l'égard d'un salarié est nul de plein droit », vise le salarié et non le candidat à l'embauche. La nullité du refus d'embauche discriminatoire ne peut donc être prononcée, à la différence de ce que prévoyait l'avant-projet initial. S'il en avait été autrement, il aurait été difficile de tirer les conséquences de cette nullité en imposant à l'employeur une embauche « six mois après que le candidat ait été écarté et qu'un autre ait été retenu »[1135].

758. En effet, la nullité entraîne l'obligation pour l'employer de réintégrer le salarié, victime d'une discrimination, dans l'entreprise.

Bousez ; J. Savatier, *Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé, RJS* 1998.707 ; S. Bourgeot, *Médecine du travail, maladie et inaptitude, Dr. soc.* 1998.872 ; Cass. soc., 16 février 1999, *SA Thivat c/ Tèche, D.* 1999.IR.75 ; *JCP* 1999.IV.1655. (A moins que le médecin du travail, en relevant l'existence d'un danger immédiat pour la santé du salarié ne constate son inaptitude dès le premier examen).

[1134] J-E RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles », Dr. soc.* 1993.103, spéc. p.106.

[1135] J-E RAY, *préc.*

Pourtant, pendant longtemps, la Cour de cassation, alors même que le licenciement non autorisé d'un représentant du personnel était nul, avait refusé d'ordonner sa réintégration dans l'entreprise[1136]. Ainsi, le 27 novembre 1952, elle avait jugé que « l'obligation de réintégrer constitue une obligation de faire dont l'inexécution ne peut donner lieu qu'à l'allocation de dommages-intérêts aux termes de l'article 1142 du Code civil »[1137] . Justifiée par l'impossibilité d'imposer à l'employeur un salarié dont elle ne voulait plus, cette solution n'a pas perduré. En effet, la Cour de cassation est revenue sur sa position, de façon décisive, en 1972[1138], en jugeant que la nullité du licenciement ouvrait un droit à la réintégration du salarié dans l'entreprise.

Le licenciement nul qui entraîne la réintégration obligatoire du salarié qui en fait la demande[1139] se distingue, ainsi, du licenciement sans cause réelle et sérieuse, lequel en application de l'article L.122-14-4, permet, seulement, au tribunal de proposer la réintégration du salarié[1140].

759. Si le salarié, victime d'une discrimination fondée sur sa prédisposition génétique, ne demande pas à être réintégré dans l'entreprise, l'employeur sera passible de sanctions pécuniaires. Elles consistent en le versement de dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé « nécessairement » par l'exclusion discriminatoire de la personne prédisposée[1141].

760. Les juges du fond compétents pour connaître de la demande seront soit le Tribunal d'instance ou le Tribunal de grande instance si la discrimination a eu lieu à l'embauche, dans la mesure où le contrat de travail n'a pas été conclu[1142], soit le

---

[1136]G. COUTURIER, *Droit du travail. 1/ Les relations individuelles de travail,* PUF, 3e éd. 1996, n°137, p. 249.

[1137] Cass. civ, 27 novembre 1952, *D.*1953.239 ; *JCP* 1954.II.7903 ; *Dr. soc.* 1955.101.

[1138] Cass. soc. 14 juin 1972, *Bull. civ.* V, n°425, p. 388 ; *D.*1973.114, note N.Catala ; *Dr. soc.* 1972.465, note J. Savatier ; *JCP* 1972.II.17275, note G. Lyon-Caen.

[1139] Cass. soc., 25 février 1998, *RJS* 1998.282, n°451 ; *CSB* 1998.105, A.25 ; *JCP* 1998.IV.1838 ; *JCP* 1999.I.107, obs. V. Duboeuf-Hild (A propos d'un licenciement prononcé pendant la période de suspension du contrat de travail à la suite d'un accident du travail) ; G. COUTURIER, *Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire, Dr. ouvrier.* 1988.133.

[1140] Cass. soc. 29 janvier 1981, *Bull. civ.* V, n°80, p.58 ; *JCP* 1981.IV.123 ; Cass. soc. 1er juin 1983, *JCP* éd. E. 1984.I.13063, n°6, obs. B. Teyssié.

[1141] Cass. soc., 13 janvier 1998, *Schaming c/ Bartsch*, *Bull. civ.* V, n°9, p. 7 ; *Dr. soc.* 1998, p.281, obs. A. Mazeaud ; *RJS* 1998.106, n°163 ; *RJS* 1998.87, Rapport S. Bourgeot ; *CSB* 1998.77, A.19 ; *JCP* 1998.I.161, note V. Duboeuf-Hild ; *JCP* 1998.IV.1450 ; *D.* 1998.IR.57 ; Cass. soc, 15 juillet 1998, *Chaptal c/ Dubedout, RJS* 1998.730, n°1201 ; *D.* 1998.IR.213 ; *JCP* 1998.IV.3093 ; J. Savatier, *Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé, RJS* 1998.707.

[1142] Circulaire DRT n°93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles (titre V de la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage), *BOMT* n°93/10, texte n°412, p.31.

Conseil des Prud'Hommes, si la discrimination est invoquée par le salarié exclu de l'entreprise dans laquelle il travaillait.

761. Outre le caractère discriminatoire, les juges contrôlent le caractère réel et sérieux de l'exclusion. En effet, si le licenciement discriminatoire est nécessairement sans cause réelle et sérieuse, l'inverse n'est pas vrai.

b - Le contrôle du caractère réel et sérieux de l'exclusion

762. Le contrôle du caractère réel et sérieux de l'exclusion décidée par l'employeur se distingue de celui qui porte sur son caractère discriminatoire. En effet, une décision de l'employeur sans cause réelle et sérieuse, fondée sur l'état de santé de la personne, ne sera pas nécessairement discriminatoire dès lors qu'aura été régulièrement constatée l'inaptitude de la personne. Un tel avis s'imposant à l'employeur[1143], ce dernier ne peut pas prendre une décision discriminatoire en le respectant. Si l'employeur, en cas d'avis d'inaptitude de la personne prédisposée, peut légitimement refuser de l'embaucher, en revanche, en raison de son obligation de reclassement du salarié inapte, il devra tenter de le reclasser avant de le licencier ; à défaut, le licenciement sera dépourvu d'une cause réelle et sérieuse.

763. Le juge contrôle également le caractère réel et sérieux de l'exclusion décidée par de la personne.

S'il est certain que, même en présence d'un avis d'aptitude formulé par le médecin du travail, la personne prédisposée n'a pas à justifier de son refus de travailler dans l'entreprise, en revanche en cours de la relation de travail, le salarié doit motiver son exclusion.

Ainsi, en l'absence d'un danger grave et imminent pour la santé du salarié, l'exercice de son droit de retrait (article L.231-8-1), s'il ne saurait caractériser l'existence d'une faute grave, constitue, néanmoins, une cause réelle et sérieuse de licenciement[1144]. Il en est de même si le salarié refuse une mutation ou une transformation de poste justifiée par son inaptitude.

764. Le droit de refuser le reclassement peut néanmoins apparaître abusif. Lorsque, sans motif légitime, le salarié, dont l'inaptitude a une origine professionnelle, refuse un poste approprié à ses capacités et comparable à l'emploi

---

[1143] Cass. soc., 22 octobre 1996, *CSB* 1997.14, A.4 ; *Dr. soc.* 1997.8.
[1144] Cass. soc. 6 décembre 1991, *CSB* 1991.47, S.25.

précédemment occupé[1145], un tel refus sera abusif si la proposition de reclassement n'entraîne pas une modification de son contrat de travail[1146]. Le salarié sera alors privé de l'indemnité spéciale de licenciement et de l'indemnité compensatrice de préavis mais conservera le bénéfice des indemnités de droit commun[1147].

* *

*

765. La sélection des candidats à l'embauche ou des salariés par leur prédisposition, si elle peut être justifiée par la notion d'inaptitude en droit du travail, crée un risque limité d'exclusion de la personne de la relation de travail. En effet, le régime de l'inaptitude tend à favoriser l'intégration dans l'entreprise de l'individu porteur d'une prédisposition sans manifestation pathologique.

Dans les rapports de travail une telle sélection est donc limitativement admise. Dans le domaine de l'assurance, l'interdiction de réaliser une étude des prédisposition dans une finalité autre que médicale ou scientifique et de détourner cette étude de sa finalité empêchent-t-elle l'assureur d'opérer une telle sélection ?

[1145] Cass. soc. 7 mai 1996, *Bull. civ.* V, n°178, 126 ; *JCP* 1996.II.22688, note D. Corrignan-Carsin ; *RJS* 1996.425, n°668.

[1146] Cass. soc., 15 juillet 1998, *Sauzet c/ Sté MPG, RJS* 1998.736, n°1208 ; *JCP* 1998.IV.3096 ; *JCP* 1999.I.181, obs. V. Duboeuf-Hild : en l'espèce, le refus du salarié fut reconnu légitime dans la mesure où le nouveau poste entraînait une modification du contrat consistant en une réduction de la rémunération.

[1147] Cass. soc. 19 juillet 1994, *Bull. civ.* V, n°242, p.165 ; *Dr. soc.* 1994.89 ; *RJS* 1994.579, n°975 ; *CSB* 1994.277, A.55 ; Cass. soc. 26 mars 1996, *RJS* 1996.426, n°669. Cette solution ne s'applique pas lorsque le changement de poste n'est pas motivé par l'inaptitude du salarié. Dans ce cas, le refus d'accepter un poste qui n'entraîne pas une modification du contrat de travail semble constituer une faute grave, privative de toute indemnité dans la mesure où la rupture lui serait alors imputable : Cass. soc. 10 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996.976, obs. H. Blaise ; *Dr. ouvrier* 1996.457, P. Moussy ; *RJS* 1996.580, n°900 ; *CSB* 1996.317, A. 62, obs. A. Philbert .

CHAPITRE II - LA SELECTION DES PERSONNES PAR LEUR PREDISPOSITION GENETIQUE EN DROIT DES ASSURANCES

766. Les articles 16-10 du Code civil et L.145-15 du Code de la santé publique, parce qu'ils subordonnent la réalisation d'une étude génétique à la poursuite d'une finalité médicale ou de recherche, interdisent à l'assureur d'avoir recours à de telles études aux fins de différencier les tarifs des assurés en fonction de leur prédisposition génétique. Même si un test de prédisposition a été réalisé dans une finalité autorisée par la loi, l'assureur ne pourra utiliser ses résultats, sauf à s'exposer aux sanctions pénales prévues à l'article 226-26 du Code pénal en cas de détournement de la finalité médicale ou scientifique d'une étude génétique.

767. Pourtant, la sélection des risques est nécessaire à l'assureur car, même si le contrat d'assurance garantit la personne contre la réalisation d'un événement incertain, l'assureur ne saurait s'engager à couvrir ce risque dont il ne peut pas connaître, même de façon approximative, la nature et la gravité. Si l'interdiction faite à l'assureur de connaître les prédispositions génétiques des assurés heurte les objectifs précis auxquels répond la sélection des risques, l'assureur cherchera à utiliser des méthodes de sélection non interdites par la loi.

Puisque, en droit des assurances, la sélection des personnes est, avant tout, envisagée comme une sélection de risques encourus par les individus, il convient de s'interroger tant sur la légitimité de l'interdiction faite à l'assureur de sélectionner les risques liés aux prédispositions génétiques (section I), que sur son efficacité (section II).

SECTION I - L'INTERDICTION DE SELECTIONNER LES RISQUES LIES AUX PREDISPOSITIONS GENETIQUES EST-ELLE LEGITIME EN DROIT DES ASSURANCES ?

768. La sélection des informations médicales d'une personne vise à permettre à l'assureur d'évaluer le risque (décès, maladie, accident) pour lequel sa garantie est sollicitée. Cette évaluation répond à un double objectif : l'assureur, dans le contrat individuel d'assurance qui le lie à l'assuré, peut ainsi déterminer si le risque qu'il prend en charge est ou non aléatoire, dans la mesure où l'aléa, selon la formule de la Cour de cassation[1148], constitue l'essence du contrat d'assurance. Elle a également pour finalité de permettre à l'assureur d'organiser une gestion collective des risques en regroupant un ensemble de contrats d'un même type, de manière telle que l'équilibre de cette opération d'assurance ne soit pas aléatoire.

En conséquence, pour déterminer si l'interdiction faite à l'assureur de sélectionner les assurés en fonction de leur prédisposition génétique est légitime, il conviendra d'examiner son incidence sur l'essence aléatoire du contrat individuel d'assurance (§1) et sur le but anti-aléatoire poursuivi par l'opération d'assurance dans la gestion collective des risques (§2).

§ 1 - L'incidence de l'interdiction sur l'essence aléatoire du contrat d'assurance

769. Le contrat d'assurance est celui par lequel un souscripteur se fait promettre, moyennant le paiement d'une prime, une prestation pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque[1149]. L'essence aléatoire du contrat d'assurance n'apparaît pas directement dans cette définition mais résulte de la notion de risque.

[1148] Cass. civ. 1re, 15 janvier 1985, *Bull. civ.* I, n°20, p. 20 ; Cass. civ. 1re, 11 octobre 1994, *Bull. civ.* I, n°277, p. 203.

[1149] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 7e éd. 1998; M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres,* tome I, *Le contrat d'assurance,* LGDJ, 5e éd. 1982, n°1, p. 1 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances,* Dalloz, 10e éd. 1998, n°306, p.221.

770. Le risque est un élément fondamental du contrat qui n'a pourtant pas été défini par le Code des assurances. Notion protéiforme[1150], le risque est tantôt désigné par son objet, à savoir la chose ou la personne auxquelles la garantie de l'assureur s'applique, tantôt par sa valeur, c'est-à-dire par le degré de probabilité de réalisation de l'événement qui déclenche la garantie. Mais c'est essentiellement par sa nature, telle qu'elle est révélée par l'article 1964 du Code civil, qu'il convient de le définir. En effet, aux termes du premier alinéa de l'article 1964 du Code civil, est aléatoire « la convention réciproque dont **les effets**, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, **dépendent d'un événement incertain** ». Il résulte de la définition générale du contrat d'assurance, selon laquelle la prestation de l'assureur est conditionnée à la réalisation d'un risque, que le risque est cet événement incertain auquel se réfère l'article 1964 du Code civil.

771. Aléa et risque sont donc juridiquement synonymes[1151] contrairement à l'opinion récemment émise par Mme V. Nicolas[1152]. Après avoir énoncé que « le risque consiste dans la possibilité que la réalisation de l'événement incertain envisagé par les parties au contrat, soit susceptible d'engendrer des effets néfastes pour le destinataire (...) de l'obligation principale de l'assureur »[1153], Mme V. Nicolas déduit de cette définition que le risque se distingue de l'aléa[1154]. Alors que, selon cet auteur, le risque n'est jamais un événement heureux, le terme d'aléa est neutre. Une première critique, opposée à l'encontre de cette affirmation, résulte de ce qu'un tel critère de distinction, emprunté au langage courant, est ignoré par le Code des assurances. Au contraire, en traitant des contrats d'assurance en cas de vie, dans lesquels le risque est la vie, le Code[1155] révèle que le risque, dans le langage juridique, n'est pas nécessairement un événement malheureux.

[1150] M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres,* tome I, LGDJ, 1938, n°18, p.43 ; A. MEEUS, *De la notion et des limites de l'aléa susceptible d'être garanti dans les assurances de choses, de personnes et de responsabilité professionnelle, RGAT* 1981.238, spéc. n°8, p. 245 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Op. cit.*, n°307, p.223.
[1151] M. GOBERT, *L'aléa thérapeutique en droit civil,* dans, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique,* dir. D. Truchet, Sirey, 1995, p. 9, spéc. p. 16.
[1152] *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, LGDJ, 1996.
[1153] *Op. cit.,* n°128, p. 62 ; V. NICOLAS, *Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance, RGDA* 1998.637, spéc. p.641 et 648 et s. .
[1154] *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance, préc.,* n°130 et s., p. 63 et s.
[1155] Article R. 132-3 du Code des assurances. La démonstration de l'auteur selon laquelle les assurances en cas de vie (sans contre-assurance) ne sont pas des contrats d'assurance, dès lors que l'assuré entend voir se réaliser l'événement heureux (vie), ne nous paraît pas dès lors convaincante (n°736 et s., p.316 et s.).

L'auteur expose, ensuite, qu'à la différence de l'aléa, qui peut ou non être extérieur aux parties, le risque leur est toujours extérieur. Ainsi, pour Mme V. Nicolas, l'aléa de l'acte médical est inhérent aux activités des médecins « en ce sens qu'il peut dépendre de leurs performances personnelles ». Le résultat de l'obligation du médecin « sera incertain sans qu'on puisse le lui reprocher »[1156]. C'est oublier que, selon la Cour de cassation, seul le « **risque** inhérent à l'acte médical »[1157], c'est-à-dire celui dont la réalisation est indépendante des capacités professionnelles du médecin, exclut sa responsabilité pour faute. En revanche, elle sanctionne « toute maladresse d'un praticien » commise dans la réalisation de l'acte. Inversement, le risque du contrat d'assurance, s'il ne doit pas dépendre de la volonté exclusive des parties, peut en partie être inhérent à l'activité de l'assuré, tel l'accident de la circulation.

En définitive, aucun des arguments avancés par Mme V. Nicolas n'apparaît déterminant pour établir une distinction entre aléa et risque, distinction que la Cour de cassation ne fait pas elle-même[1158].

772. Élément essentiel de l'assurance, le risque est un événement incertain, qui perdrait ce caractère incertain si sa réalisation dépendait de la volonté exclusive des parties[1159]. En conséquence, afin de déterminer si l'interdiction faite à l'assureur de sélectionner le risque lié à la prédisposition remet en cause l'essence aléatoire du contrat, il conviendra d'examiner si l'existence de la prédisposition supprime l'incertitude de l'événement (A) avant d'apprécier l'influence de la volonté de la personne prédisposée sur la réalisation de cet événement (B).

[1156] *Op. cit.,* n°131, p.64.
[1157] Cass. civ. 1re, 30 septembre 1997, *Bull. civ.* I, n°259, p. 175 ; *JCP* 1997.IV.2224 ; *JCP* 1998.I.144, n°21, obs. G. Viney.
[1158] Cass. civ. 1re, 8 juillet 1994, *RGAT* 1994.1089, note J. Kullmann, *D.* 1995.217, note S. Porchy ; Cass. civ. 1re, 30 janvier 1996, *RGDA* 1996.399, note J. Kullmann.
[1159] M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres,* tome I, *Le contrat d'assurance,* LGDJ, 5e éd. 1982, n°24, p.36 ; J. KULLMANN, *Le contrat d'assurance en droit français,* dans, *Encyclopédie de l'Assurance,* dir. F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Economica, 1997, p. 921, spéc. p. 928.

A) L'incidence de la prédisposition sur l'existence d'un événement incertain

773. L'aléa s'apprécie par rapport à l'événement qui déclenche la garantie de l'assureur et peut porter soit sur la réalisation même de cet événement, soit sur sa date de survenance (assurance en cas de décès). En conséquence, l'incidence d'une prédisposition sur le caractère aléatoire du contrat d'assurance varie en fonction de l'événement garanti par le contrat.

774. Ainsi, lorsque le contrat couvre la maladie pour laquelle la personne est prédisposée, la maladie qui déclenche la garantie reste incertaine. En effet, quand bien même indique-t-elle un risque élevé de contracter la maladie, la prédisposition ne permet de prévoir avec certitude ni la survenance de la maladie et du décès, ni, *a fortiori*, le moment de leur réalisation[1160].

Cette analyse est confortée par la jurisprudence rendue à propos des maladies évolutives. La Cour de cassation décide, en effet, que le contrat, qui couvre l'invalidité d'un assuré provenant d'une maladie survenue après l'entrée en vigueur du contrat, reste aléatoire, même si la maladie a une origine antérieure à la conclusion du contrat[1161]. En effet, l'événement garanti, c'est-à-dire la survenance de la maladie, n'est « ni certain dans sa réalisation, ni déterminable dans son étendue »[1162] au moment de la formation du contrat.

775. En revanche, la solution serait différente si la personne prédisposée entendait s'assurer contre le risque d'être porteur d'une prédisposition génétique et non pas seulement contre celui de la maladie liée à une prédisposition. Dans ce cas, le contrat d'assurance devrait être frappé de nullité pour défaut d'aléa, puisque le risque serait réalisé au moment de la formation du contrat[1163].

Néanmoins, le prononcé de la nullité resterait subordonné à la connaissance par la personne de sa prédisposition au moment de la conclusion du contrat. En effet, la jurisprudence semble avoir abandonné une conception objective de l'incertitude en

---

[1160] F. EWALD et J-P MOREAU, *Génétique médicale, confidentialité et assurance,* dans, *Ethique et génétique humaine,* Actes du 2e Symposium du Conseil de l'Europe sur la Bioéthique, Les éd. du Conseil de l'Europe, 1994, p.155, spéc. p. 159 ; également dans *Risques* 1994, n°18, p.111, spéc. p.115 ; H. GUAY, B.-M. KNOPPERS et I. PANISSET, *La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi, Revue du Barreau* (Québec), Tome 52, n°2, avril-juin 1992, p.185, spéc. 207.
[1161] Cass. civ. 1re, 15 novembre 1989, *RGAT* 1990.170, note L. Aynes.
[1162] Cass. civ. 1re, 8 juillet 1994, *RGAT* 1994.1089, note J. Kullmann, *D.* 1995.217, note S. Porchy ; Cass. civ. 1re, 30 janvier 1996, *RGDA* 1996.399, note J. Kullmann.
[1163] Cass. civ. 1re, 25 janvier 1989, *RGAT* 1989.312, note J. Bigot.

vertu de laquelle seul est assurable un risque qui n'est pas réalisé, peu importe que cette réalisation soit ignorée des parties. En énonçant « la règle selon laquelle on ne peut assurer un risque qu'on **sait** déjà réalisé »[1164], la jurisprudence adopte une conception subjective de l'incertitude, incertitude dont le critère consiste dans l'ignorance de la réalisation du risque par les parties. L'assurabilité du risque putatif, c'est-à-dire celui dont la réalisation, au moment de la formation du contrat, est ignorée par les parties, impliquera de valider le contrat ayant pour objet d'assurer la personne prédisposée contre le risque de prédisposition si cette dernière ne connaît pas sa prédisposition[1165].

776. En dehors de l'hypothèse marginale où la personne qui, connaissant sa prédisposition génétique, chercherait à s'assurer contre le risque d'être prédisposée, l'existence d'une prédisposition laisse subsister l'incertitude de la maladie ou du décès. En conséquence, l'interdiction faite à l'assureur de connaître la prédisposition de la personne est sans incidence sur l'aléa nécessaire à la formation du contrat d'assurance. Encore faut-il que la réalisation de l'événement ne soit pas soumise à la volonté exclusive de la personne prédisposée car, à défaut, l'aléa serait supprimé en cours de contrat.

B) L'incidence de la volonté exclusive de l'assuré dans la réalisation du risque de prédisposition

777. Un contrat ne peut être qualifié d'aléatoire que si l'aléa, en considération duquel il a été conclu, ne se trouve pas soumis exclusivement à la volonté arbitraire des parties[1166]. L'exigence de l'absence de suppression de l'aléa par la « potestativité exclusive »[1167] de l'assuré explique l'interdiction faite à l'assureur de répondre tant « des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré » (article L .113-1 alinéa 2 du Code des assurances)[1168], que du suicide conscient et volontaire de l'assuré dans l'assurance en cas de décès, à tout

---

[1164] Cass. civ. 1re, 18 janvier 1989, *RGAT* 1989.309, note J. Bigot ; Cass. civ. 1re, 12 février 1991, *RGAT* 1991.363.
[1165] P.-H. CHIAPPORI, *Risque et assurance,* Dominos Flammarion, 1996, p. 101 .
[1166] CA Paris, 15 février 1957, *JCP* 1958.II.10418, note D. B.
[1167] J. BIGOT, *Assurances de responsabilité : les limites du risque assurable, RGAT* 1978.169, spéc. p.170
[1168] Cass. civ. 1re 15 janvier 1985, *Bull. civ.* I, n°20, p. 20.

le moins, lorsque ce suicide intervient, selon l'article L.132-7 du Code des assurances, « aux cours de la première année du contrat »[1169].

778. S'il peut être craint qu'une personne prédisposée s'expose volontairement aux facteurs extérieurs provoquant la maladie ou le décès, la qualification d'un tel comportement en faute intentionnelle dépend de la conception retenue de cette dernière notion.

779. Dans une acception extensive, la faute intentionnelle serait celle par laquelle l'auteur a pris volontairement un risque et a accepté l'éventualité du préjudice[1170]. La personne prédisposée qui, connaissant sa prédisposition et les facteurs extérieurs déclenchants, déciderait consciemment de s'exposer à ces derniers, commettrait, alors, une faute intentionnelle. Néanmoins, une telle conception de la faute intentionnelle, parce qu'elle conduit à assimiler la faute intentionnelle à la faute lourde[1171] ou inexcusable, a été abandonnée par la jurisprudence en 1974[1172].

780. Depuis lors, la Cour de cassation s'en tient à une conception restrictive de la faute intentionnelle en exigeant que l'assuré ait voulu non seulement l'action ou l'omission génératrice du dommage, mais aussi le dommage lui-même[1173].

S'il ne suffit plus que l'assuré ait voulu créer le risque de maladie ou de décès, il est nécessaire que l'assureur, à qui incombe la charge de la preuve de la faute

---

[1169] Alors que le délai d'exclusion légale du suicide était, naguère, de deux ans, la loi n°98-546 du 2 juillet 1998 l'a réduit à un an. Pour une critique de cette loi : G. COURTIEU, *Chronique d'humeur. Un suicide raté ou lorsque le législateur se tire une balle dans le pied, Gaz. Pal* Vendredi 8, Samedi 9 janvier 1999, p.2.

[1170] Cass. civ. 1re, 10 février 1972, *D.* 1972.709, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1972.I.17201, note M. Dagot ; *RGAT* 1973.34 ; Cass. civ. 1re, 20 février 1973, *Bull. civ.* I, n°66, p.62 ; *RGAT* 1973.523, note A.B ; *RTDC* 1974.414, obs. G. Durry ; J. GHESTIN, *La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance de responsabilité, D.*1974.31.

[1171] G. BRIERE DE L'ISLE, *La faute professionnelle. (A propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle), D.* 1973.259 ; G. DURRY, *obs. préc* ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations. Le fait juridique,* Tome II, Armand Colin, 8e éd. 1999, n°106, p. 101-102 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations, théorie générale,* Montchrestien, 9e éd. par F. Chabas 1998, n°446, p. 453.

[1172] Cass. civ. 1re, 7 juin 1974, *Bull. civ.* I, n°168, p. 147 ; *RTDC* 1975.120, obs. G. Durry ; *RGAT.* 1975.213, note A.B. ; Cass. civ. 1re, 12 juin 1974, *Bull. civ.* I, n°181, p. 156 ; *D.* 1975. 173, J.-L. Aubert ; *RGAT* 1975.213, note A.B ; *RTDC, préc.*

[1173] Cass. civ. 1re, 25 mars et 7 mai 1980, *D.* 1981.21, note G. Brière de l'Isle ; Cass. civ. 1re, 17 décembre 1991, *RGAT* 1992. 364, note J. Kullmann ; G. BRIERE DE L'ISLE, « *La faute intentionnelle, ou cent fois sur le métier… » (Réflexions à propos d'un arrêt : Civ.1re, 17 déc. 1991, Winterthur c/ Tournaire et autres), D.*1993.75 ; Cass. civ. 1re, 28 avril 1993, *RGAT* 1994.235, note Ph. Rémy ; Cass. civ. 1re, 10 avril 1996, *RGDA* 1996.716, note J. Kullmann ; Cass. civ. 2e, 9 juillet 1997, *RCA* 1997.comm.353 ; CA Toulouse, 16 février 1998, *JCP* 1998.IV.3380.

intentionnelle[1174], établisse que l'exposition volontaire de l'assuré prédisposé aux facteurs déclenchant la maladie ou le décès ait été faite avec la certitude de provoquer le dommage. En effet, la faute intentionnelle implique la réunion de deux éléments : l'un, subjectif, consistant dans la recherche du dommage par son auteur, l'autre, objectif, impliquant que le dommage ait été rendu inéluctable par le comportement de l'assuré[1175].

781. Apparaît alors un problème de preuve de cette connaissance par l'assuré. En effet, pour établir que l'assuré prédisposé a voulu le dommage en s'exposant aux facteurs extérieurs, l'assureur devra nécessairement prouver, au préalable, que l'assuré avait connaissance de sa prédisposition génétique. Or, s'il lui est interdit de demander à l'assuré les résultats d'une étude génétique au moment de la formation du contrat, pourra-t-il, une fois que le risque s'est réalisé, obtenir du médecin de l'assuré un certificat relatant que l'assuré avait connaissance de sa prédisposition génétique, sans que cela constitue une violation du secret médical ?

782. La Cour de cassation a défini les contours du secret médical. Dans un arrêt du 9 juin 1993, elle a, ainsi, permis à l'assureur de produire un certificat médical, établi par le médecin traitant de l'assuré décédé qui faisait état d'un traitement médical, malgré l'opposition de la veuve de l'assuré. En effet, cette opposition visait non pas à faire « respecter un intérêt légitime », mais à éliminer « un élément de preuve contraire à ses prétentions »[1176].

En revanche, le 12 janvier 1999, la Cour de cassation jugeait que, violait le secret médical, le médecin-conseil qui, même autorisé par la veuve de l'assuré à demander des renseignements confidentiels au médecin traitant de l'assuré, remettait à l'assureur la lettre dans laquelle le médecin traitant relatait les antécédents pathologiques et traitements de l'assuré[1177].

Les espèces ayant donné lieu à ces deux arrêts intéressaient des hypothèses où l'assureur contestait la véracité des réponses de l'assuré au questionnaire de santé,

---

[1174] Cass. civ. 1re, 22 octobre 1996, *Bull. civ.* I, n°359, p. 252 ; *RGDA* 1997.224, J. Kullmann, *RCA* 1997.comm. 35.

[1175] J. BIGOT, note sous Cass. civ. 1re, 17 et 10 décembre 1991, *RGAT* 1992. 366, spéc. p.367.

[1176] Cass. civ. 1re, 9 juin 1993, *Bull. civ.* I, n°214, p. 149 ; *RGAT* 1993.856, note A. Favre-Rochex ; *RCA* 1993.comm.348 ; M.-A. PEANO, *Le secret médical et les exigences de la preuve en matière d'assurance, RCA.* 1993.chr.34 ; J.-P. MOREAU, *Secret médical et assurance : un malaise qu'il importe de dissiper, Risques* n°18, 1994.183.

[1177] Cass. civ. 1re, 12 janvier 1999, *JCP* 1999.II.10025, rapport P. Sargos ; *D.* 1999.676 ; *D.* 1999.somm. 381, obs. J. Penneau ; G. COURTIEU, *Secret médical : « secret-défense » ou « secret de polichinelle » ?, RCA* 1999.chr.13 ; G. DURRY, *Secret médical et preuve d'une fausse déclaration du risque, Risques* n°39, 1999.120 ; B. BEIGNIER, *Secret médical et assurances de personnes, D.* 1999.469.

rempli lors de la conclusion du contrat, et non, comme dans le cas qui nous intéresse, la preuve de la faute intentionnelle de l'assuré. Mais les solutions dégagées par les deux arrêts ont vocation à s'appliquer quelle que soit la nature du litige opposant l'assuré à son assureur.

783. Ces dernières solutions ont néanmoins pu apparaître, pour certains auteurs[1178], inconciliables car alors que l'arrêt du 9 juin 1993 autorisait l'assureur à produire un certificat obtenu auprès du médecin traitant de l'assuré, l'arrêt du 12 janvier 1999 le lui interdisait.

Or, sauf à paralyser la possibilité pour l'assureur de disposer de moyens de preuve lui permettant de faire valoir son droit[1179], l'arrêt du 12 janvier 1999 doit être concilié avec celui du 9 juin 1993. Le peut-il ? Une réponse affirmative peut être donnée en s'intéressant aux circonstances des espèces. Alors que dans le premier arrêt, le certificat médical se bornait à « des constatations banales (le suivi d'un traitement de l'assuré, sans indication de la nature de la maladie) »[1180], dans le second, la lettre du médecin faisait apparaître les antécédents pathologiques de l'assuré.

784. Ainsi, il ressort de l'analyse de ces arrêts, qui peuvent être conciliés, que sont posées deux conditions à la levée du secret médical.

D'une part, la lettre ou le certificat, remis à l'assureur par le médecin-conseil, ne doivent contenir que des indications banales sans révéler le genre ou les causes de la maladie dont peut être atteint l'assuré[1181]. Ainsi, le certificat, qui ferait état de la prédisposition génétique de l'assuré et donc des causes de l'affection, ne saurait être transmis par le médecin-conseil à son mandant, sauf à procéder d'une violation de secret médical[1182]. Il semble néanmoins que le médecin-conseil pourrait remettre

---

[1178] G. COURTIEU, *préc.* ; G. DURRY, *préc.* ;
contra, B. BEIGNIER, *préc.,* pour qui la violation du secret médical par le médecin-conseil procédait de ce qu'il « s'était abstenu d'analyser les informations transmises par le médecin traitant et les avait livrées purement et simplement à l'assureur », alors qu'il ne devait à l'assureur « qu'un avis et non une transmission de documents », spéc. p. 471.
[1179] Pour une telle interprétation, G. DURRY, *préc.*, spéc. p. 121. Cet auteur propose, afin de sortir de l'impasse à laquelle la solution du 12 janvier 1999 conduit, de réunir une commission où seraient représentés tous les intéressés, laquelle serait chargée « de préparer un texte qui, tout en prenant en compte le droit fondamental du respect du secret médical, chaque fois qu'est en question le respect de l'individu, saurait faire la part d'autres intérêts également légitimes».
[1180] *Rapport de la Cour de cassation, 1993,* Doc. Française 1994, p.331.
[1181] TGI Paris, 18 décembre 1989, *RGAT* 1991.140, note J. Bigot (communication par le médecin traitant à un expert judiciaire de telles informations médicales sur l'assuré).
[1182] Cass. civ. 1re, 6 janvier 1998, *Bull. civ.* I, n°3, p.2 ; *Dossier juridique et technique de l'Argus*, 27 février 1998, p. VII, note G. D.

à l'assureur un rapport[1183] qui, sans reproduire le contenu du certificat ou de la lettre du médecin traitant de l'assuré, indiquerait que l'assuré savait que l'exposition aux facteurs extérieurs pouvait provoquer le dommage.

D'autre part, la production d'un tel certificat doit tendre à faire échec à la fraude de l'assuré. En effet, « l'idée est que le respect du secret est destiné à protéger des intérêts légitimes (le droit de s'opposer à la divulgation de l'état de santé, le droit au respect de la vie privée) et c'est le détourner de sa finalité que de l'utiliser dans un but illégitime»[1184]. Ainsi, le rapport du médecin-conseil, établi après la remise du certificat du médecin traitant, s'il visait à établir la faute intentionnelle de l'assuré prédisposé, remplirait cette condition consistant à éviter la fraude de ce dernier.

785. Si l'assureur parvient à établir la faute intentionnelle, dans son élément subjectif, en prouvant que la personne prédisposée, consciente de sa prédisposition, a recherché la survenance du risque en s'exposant aux facteurs extérieurs, il devra, en outre, démontrer qu'un tel comportement de l'assuré devait provoquer objectivement des conséquences dommageables inéluctables.

786. Ne répond pas à cet élément objectif de la faute intentionnelle l'attitude de la personne qui, même si elle accroît la probabilité de réalisation du risque, n'entraîne pas une suppression radicale de l'aléa en laissant subsister une incertitude dans la survenance de l'événement[1185]. En conséquence, la faute intentionnelle ne pourrait être retenue que dans l'hypothèse où la conjonction entre la prédisposition et les facteurs extérieurs provoquerait avec certitude le sinistre. Cette certitude n'étant néanmoins pas confirmée en l'état actuel de la science[1186], il semble donc exclu de reconnaître que la personne prédisposée, qui s'exposerait consciemment aux facteurs extérieurs déclenchant la maladie, commettrait une faute intentionnelle destructrice de l'aléa du contrat d'assurance.

787. Ainsi, l'interdiction faite à l'assureur de sélectionner les risques liés à la prédisposition de l'assuré laisse subsister l'aléa du contrat d'assurance, puisque ce risque génétique est un événement dont la réalisation ne peut pas dépendre de la volonté exclusive de la personne prédisposée. Sa légitimité ne peut donc être contestée au regard du caractère aléatoire du contrat d'assurance. Pourrait-elle

---

[1183] P. SARGOS, rapport sur Cass. civ. 1re, 12 janvier 1999, *préc.*
[1184] *Rapport de la Cour de cassation, 1993, préc.* .
[1185] J. BIGOT, note sous Cass. civ. 1re, 17 et 10 décembre 1991, *RGAT* 1992.367.
[1186] Ainsi, dans le cas d'une prédisposition monogénique au cancer du sein et de l'ovaire, l'INSERM a souhaité que des études analysant les interactions entre les facteurs de risques génétiques et non génétiques soient entreprises : *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?* , Les éd. INSERM 1998, p.619.

l'être au regard de la technique de l'opération d'assurance qui tend, au contraire, par une gestion collective des risques, à être anti-aléatoire ?

§ 2 - L'incidence de l'interdiction sur le but anti-aléatoire de l'opération d'assurance

788. L'aléa, qui introduit une chance de gain ou de perte pour chacune des parties au contrat d'assurance, ne doit pas atteindre l'équilibre des comptes de la société d'assurance[1187]. En effet, en s'assurant, la personne recherche une sécurité qui, pour lui être garantie, oblige l'assureur à rendre son opération anti-aléatoire afin de pouvoir faire face à ses engagements lorsque le risque de l'assuré se réalise. Pour connaître l'incidence de l'interdiction, faite à l'assureur de sélectionner les risques liés aux prédispositions génétiques, sur le but anti-aléatoire de l'opération d'assurance, il convient donc, au préalable, d'étudier la technique d'assurance par laquelle s'opère une « compensation des effets du hasard par la mutualité organisée suivant les lois de la statistique »[1188].

789. Compensation des effets du hasard, l'assurance, même si elle ne fait pas disparaître le risque de chaque individu, permet à l'individu de ne pas en supporter seul les effets en répartissant la perte liée à la réalisation du risque sur l'ensemble des assurés. Cette compensation des effets du hasard est obtenue par la mutualisation de risques nombreux, dispersés et homogènes.

790. La mutualisation des risques consiste à mettre en commun une multitude de risques afin que l'ensemble des primes versées par chacun des assurés puisse régler l'intégralité des sinistres arrivés à certains d'entre eux. Plus la mutualité des assurés est nombreuse, moins la charge des sinistres est sensible pour cette mutualité[1189]. L'assurance est l'institution du contrat social[1190], une technique de la solidarité expliquant que le premier geste de l'assureur n'est pas d'exclure mais de rassembler les assurés[1191].

[1187] P. PETAUTON, *L'opération d'assurance : définitions et principes,* dans, *Encyclopédie de l'Assurance,* dir. F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Economica, 1997, p. 427, spéc., p.434 et s.
[1188] A.CHAUFTON, *Les assurances, leur passé, leur présent, leur avenir*, tome 1, Paris, 1884, p. 216.
[1189] M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres,* tome 1, *Le contrat d'assurance,* LGDJ, 5e éd. 1982, n°10, p.19 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances,* Dalloz, 10e éd. 1998, n°39-1, p.38.
[1190] F. EWALD, *L'Etat providence,* Grasset, 1986, p. 25 ; également, *La société assurancielle, Risques* n°1, 1990, p.5.
[1191] F. EWALD et J.-P. MOREAU, *Génétique médicale, confidentialité et assurance,* dans, *Ethique et génétique humaine, Actes du 2e Symposium du Conseil de l'Europe sur la*

791. Les risques regroupés dans la mutualité doivent, en outre, être dispersés pour que ne se réalise qu'une minorité des sinistres[1192]. En effet, si un sinistre frappe simultanément tous les assurés, l'assureur ne pourra pas faire face à ses engagements avec la totalité des primes perçues.

792. De plus, les risques doivent être homogènes et présenter une commune mesure dans leur fréquence et leur gravité car la compensation ne peut s'opérer qu'entre des risques similaires. Ce n'est pas dire qu'un risque aggravé, c'est-à-dire celui dont la gravité est supérieure aux risques des autres assurés, n'est pas assurable, mais plutôt que ce dernier sera mutualisé avec des risques d'une gravité similaire[1193].

793. Pour garantir la compensation entre un ensemble de risques nombreux, dispersés et homogènes, l'assureur doit donc évaluer ces risques et les tarifer.

Les statistiques garantissent une évaluation objective du risque de mortalité et de morbidité de l'ensemble de la population. En effet, les statistiques, en recensant des événements de même nature, issus d'expériences nombreuses, permettent à l'assureur de prévoir la fréquence et le coût moyen des sinistres qui seront à la charge de la mutualité. Ainsi, les tables de mortalité déterminent le risque de mortalité d'un individu en bonne santé en fonction de certains critères, tels son âge et son sexe. Elles peuvent être affinées par catégorie de maladie pour déterminer la chance de survie d'un ancien cancéreux ou d'un cardiaque[1194]. Les personnes, qui jusque-là étaient inassurables en raison de la crainte de ce que la gravité de leur risque pût déséquilibrer les comptes de la mutualité, ont ainsi obtenu une assurance après que les statistiques ont démontré que de tels risques aggravés pouvaient être quantifiés et tarifés en conséquence[1195]. En effet, « mieux le risque est cerné, plus il est assurable »[1196]. L'analyse de ces statistiques permet d'établir des taux de mortalité ou de morbidité en fonction des critères de variations des risques de morbidité ou de mortalité dans l'ensemble de la population.

Bioéthique, Strasbourg, 30 novembre-2 décembre 1993, éd. du Conseil de l'Europe, 1994, p.155, spéc. 156 ; également dans, *Risques* n°18 , 1994.111, spéc. p.113 ; F. EWALD, *Les valeurs de l'assurance,* dans*, Encyclopédie de l'Assurance,* dir. F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Economica 1997, p. 399, spéc. p.415 et s.

[1192] M. PICARD et A. BESSON, *préc.,* n°12, p.21 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *préc.,* n°40, p.38.

[1193] B. RAYMOND, *Risques aggravés : malades, mais assurables, L'Argus,* 25 novembre 1988, p.3050.

[1194] Y. LAMBERT-FAIVRE, *préc.,* n°38, p.37 ;

[1195] B. RAYMOND, *préc. ;* G. AUCLERC, M. AUFFERT, C. WAHL et M. DUFOUR, *Réassurer les anciens cancéreux, L'Argus,* 19 mai 1989, p. 1368 ; D. T., *Cancer et assurance vie, L'Argus,* 4 mai 1990, p. 1212.

[1196] F. EWALD, *Génétique et assurance, RGDA* 1999.539, spéc. p. 547.

794. Pour déterminer le taux de morbidité ou de mortalité applicable à chaque assuré, l'assureur doit disposer des informations personnelles sur l'assuré (telles l'âge, le sexe et les antécédents médicaux) qui ont servi de critères à l'établissement de ce taux. Grâce à cette connaissance, l'assureur calculera une prime proportionnelle au risque de l'assuré. En effet, même si l'assurance est une technique de la solidarité par la mutualisation des risques, la mutualité des assurés n'est pas animée par « des sentiments de compassion ou de bienfaisance à l'égard d'autrui et de son malheur »[1197]. Si la sur-tarification du risque crée un danger pour l'assureur de voir l'assuré le quitter, inversement, la sous-tarification expose l'assureur à l'impossibilité de régler les sinistres avec les primes qu'il a collectées. En conséquence, pour être équitable pour chacune des parties, la prime pure[1198] doit être actuariellement neutre. Cette neutralité actuarielle est obtenue lorsque « les primes versées correspondent au coût des sinistres potentiels pondérés par leur probabilité d'occurrence »[1199] .

795. La difficulté d'une telle tarification proportionnelle au risque résulte de ce que les caractéristiques de l'assuré, nécessaires à l'assureur pour évaluer le risque individuel, ne sont pas toujours observables par l'assureur. Si ces caractéristiques sont connues de l'assuré, sans qu'il les communique à l'assureur, une telle asymétrie de l'information est susceptible de générer un phénomène connu sous le nom d'antisélection ou de sélection adverse[1200]. En effet, les personnes, qui savent que leur risque est supérieur à la moyenne, paieront une prime calculée sur le risque moyen, inférieure à celle qui aurait dû leur être demandée si l'assureur avait été correctement informé de leur risque. Cette assurance aura tendance à attirer de telles personnes fortement exposées au risque. En conséquence, la sinistralité sera supérieure à la moyenne. Afin de compenser cette sinistralité, la société d'assurance devra augmenter le montant des primes. Cette hausse des tarifs découragera les personnes à risque moyen de s'assurer, ce qui obligera l'assureur à prévoir une nouvelle augmentation des primes, et ainsi de suite.

796. La sélection des risques, qui vise à éviter ce cercle vicieux préjudiciable à l'ensemble des assurés, ne tend donc pas à l'exclusion : elle permet à l'assureur d'accepter 97 % des risques à un tarif normal et 2% moyennant une surprime. Seuls

---

[1197] F. EWALD et J.-P. MOREAU, *préc.,* dans, *Ethique et génétique humaine,* p.156.
[1198] La prime pure est celle qui n'est pas augmentée des « chargements » commerciaux et fiscaux : Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances,* Dalloz, 10e éd., 1998, n°432 et s., p. 291 et s.
[1199] D. KESSLER, *Très petit dictionnaire d'économie de l'assurance, Risques* n°1, 1990, p. 29, spéc. p. 41.
[1200] D. KESSLER, *préc.,* p. 47.

1% des risques sont refusés[1201] lorsque leur probabilité d'occurrence est quasiment certaine[1202].

797. La différenciation des tarifs en fonction des classes de risques, c'est-à-dire la segmentation, n'est donc pas antinomique de la mutualisation[1203], dès lors qu'au sein de chacune de ces classes, les risques sont suffisamment nombreux pour pouvoir se compenser mutuellement.

798. Il résulte de cet exposé préalable que l'interdiction faite à l'assureur de sélectionner les risques liés aux prédispositions génétiques empêche celui-ci d'opérer une segmentation car elle lui impose de mutualiser les risques génétiques d'une manière arbitraire. Pour apprécier l'incidence de cette interdiction sur le but anti-aléatoire de l'opération d'assurance, il y a lieu de déterminer si, en théorie, la mutualisation des risques liés aux prédispositions génétiques peut être légitimement imposée à l'assureur sans que l'équilibre des comptes de la société d'assurance en soit affecté (A). A défaut, la mutualisation devrait être abandonnée au profit de la segmentation. Encore faudra-t-il s'interroger si, en pratique, les risques liés aux prédispositions réunissent les conditions qui rendent le recours à la segmentation nécessaire (B).

[1201] M. BERTRAND, *Assurance de personnes. Mieux comprendre la sélection médicale, L'Ass. Franç.* , n°715, novembre 1995, p.22 ; F. EWALD, *Assurances et emploi,* dans, CCNE, *« Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997, p.139, spéc.141 ; F. EWALD, *Les valeurs de l'assurance,* dans*, Encyclopédie de l'Assurance,* dir. F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Economica 1997, p. 399, spéc. p. 418 ; F. EWALD, *Génétique et assurance, RGDA* 1999. 539, spéc. 550.
[1202] J.-J. BARAT, *Médecine d'assurance,* Masson, 1990, p. 31.
[1203] P.-H. CHIAPPORI, *Risque et assurance,* Dominos Flammarion, 1996, p. 66.

A) La mutualisation, imposée à l'assureur, des risques liés aux prédispositions génétiques est-elle, en théorie, légitime ?

799. En prohibant la sélection, à des fins d'assurances, des risques liés aux prédispositions génétiques, le législateur interdit à l'assureur d'établir un tarif différencié en fonction de ces dernières ; il lui impose de mutualiser le risque génétique avec les autres risques, sans lui permettre de vérifier que la prédisposition répond aux conditions d'homogénéité et de dispersion nécessaires à la compensation.

800. La mutualisation arbitraire des prédispositions ne heurte pas nécessairement les règles qui président à l'organisation rationnelle de la mutualité. Ainsi, tant que la prédisposition était indétectable par les tests génétiques, toute segmentation fondée sur les prédispositions était impossible[1204]. Même s'il existait des « bons risques » et « des mauvais risques » face à une maladie, personne ne pouvant connaître à quelle classe il appartenait, la prime d'assurance était la même pour tous. Ce voile d'ignorance imposait une assurance uniforme permettant une mutualisation complète du risque génétique et donc « une complète solidarité sociale »[1205].

801. En revanche, à partir du moment où les prédispositions peuvent être détectées, il a pu être craint qu'elles ne deviennent un critère de différenciation des tarifs. Cette segmentation aurait été demandée par les assurés non prédisposés qui, en montrant les résultats négatifs de leur test, auraient exigé de leur assureur qu'il leur consentît une diminution de prime. En effet, « si les hommes sont naturellement solidaires face à un destin qu'ils ignorent, celui-ci, qui sait qu'il sera épargné par telle ou telle maladie grave, le sera-t-il encore de son voisin qui, lui, sera certainement malade et le sait ? »[1206]. Or, si la prime des personnes non prédisposées avait diminué, inversement, celle des assurés prédisposés aurait été augmentée pour être supérieure à la cotisation qu'ils auraient dû acquitter si leur risque génétique n'avait pas été connu. Une telle augmentation de prime aurait pu décourager ces « mauvais risques » de contracter une assurance privée, ce qui aurait

---

[1204] F. BOURGUIGNON et J.-J. DUBY, *Médecine prédictive. Nouvelles inégalités ou nouvelle solidarité, Risques,* n°21, 1995, p. 125 ; P.-H. CHIAPPORI, *préc.,* p.72 et s. et p. 99 et s.
[1205] F. BOURGUIGNON et J.-J. DUBY, *préc.,* p. 131.
[1206] F. EWALD et J.-P. MOREAU, *Génétique médicale, confidentialité et assurance, Risques,* n°18, 1994, p. 111, spéc. p.116.

eu pour conséquence de « les rejeter vers les régimes publics »[1207], fondés sur la solidarité et n'opérant pas de sélection. Une telle évolution aurait conduit à la désintégration de ces régimes.

802. Les considérations de justice sociale qui animent l'interdiction faite à l'assureur de sélectionner les informations génétiques ne peuvent, néanmoins, être prises en compte en droit des assurances que si la mutualisation des prédispositions génétiques avec des risques différents ne heurte pas la technique assurancielle. Tel sera le cas tant que les critères, qui pourraient fonder une segmentation en fonction des prédispositions, ne seront ni fiables, ni pertinents[1208].

803. Fiable, la segmentation doit permettre une mutualisation des risques au sein de l'ensemble des risques aggravés, ce qui impose que l'étude génétique soit elle-même fiable.

Si la prédisposition devait être un critère de classification des risques aggravés alors que le test qui la révélerait ne serait pas fiable, il en résulterait une mutualisation imparfaite au sein de chaque classe de risque[1209], dans la mesure où certaines personnes seraient classées comme prédisposées alors qu'elles ne le seraient pas et inversement. En raison de l'absence de fiabilité des tests génétiques, les assureurs eux-mêmes ont posé un moratoire de 5 ans en 1994[1210], reconduit en 1999[1211] pour la même durée, par lequel ils se sont engagés à ne pas les utiliser et à ne pas en tenir compte dans la tarification si les assurés leur communiquaient spontanément les résultats de telles études. On peut projeter que, dans l'avenir, une segmentation fondée sur les prédispositions génétiques pourrait être fiable. Encore faudra-t-il qu'elle soit pertinente, pour être justifiée, ce qui, à l'heure actuelle, est incertain.

804. La segmentation est pertinente lorsque, au sein de chaque classe de risques, les risques sont suffisamment nombreux pour se compenser mutuellement. Une segmentation excessive nuit à l'assurance, car si un tarif différent est établi pour chaque risque et que ce dernier est peu fréquent, par hypothèse, un tel risque

---

[1207] G. MARTIN, *Tests génétiques et assurances, RIDE* 1993/1, p.53, spéc. n°2.2.2., p.60 ; également dans, *Le génome et son double,* dir. G. Huber, Hermès 1996, p. 177, spéc. p.184.

[1208] H. GUAY, B.-M. KNOPPERS et I. PANISSET, *La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi, Revue du Barreau* (Québec)*,* Tome 52, n°2, Avril Juin 1992, p.185, spéc. p.228.

[1209] G. MARTIN, *préc., RIDE,* n°2.1.2., p.58 et dans, *Le génome et son double,* p.182.

[1210] D. KESSLER, extrait de l'intervention au colloque « Hasard et nécessité » du 31 mars 1994, dans, *Médecine prédictive. Les tests génétiques en question, L'Ass. Franç.,* n°695, 15 au 30 avril 1994, p.319.

ne peut pas se mutualiser avec des risques de gravité similaire. La possibilité offerte par les tests génétiques de différencier à l'infini les assurés pourrait inciter les individus à devenir gestionnaire de leur risque individuel au détriment de la mutualisation[1212]. Aussi la segmentation pourrait-elle être rejetée en raison de la diversité et de la rareté des prédispositions au sein de la population.

805. L'affirmation selon laquelle cette diversité s'oppose à la segmentation doit, cependant, être nuancée. En effet, tous les risques, et non seulement ceux qui sont génétiques, sont variés. Or le travail de l'assureur est de regrouper, dans une même classe, les risques qui, sans pour autant être identiques, sont néanmoins homogènes par leur gravité et leur fréquence. Rien ne s'oppose à ce que l'assureur compense les risques génétiques avec des risques non génétiques, similaires par leur gravité et leur fréquence.

806. Pourtant, la segmentation des tarifs, qui postule l'identification de classes de risques différentes, serait inapplicable s'il était démontré que l'ensemble de la population présentait un risque génétique homogène. Or, « la multiplication des tests aboutira probablement à un rééquilibrage de la répartition des risques génétiques dans l'ensemble de la population, d'autant plus que certains facteurs prédisposant à une maladie peuvent être protecteurs pour une autre affection »[1213]. Ainsi, un individu HLA DR2 fortement prédisposé à la sclérose en plaques voit son risque de diabète insulino-dépendant diminué : ces deux risques se compensent naturellement[1214]. La mutualisation devrait alors être préférée. On ne peut, cependant, s'empêcher de prévoir que des tests mesurant une prédisposition « globale » à un ensemble de pathologies graves se développeront permettant de distinguer les individus ayant une probabilité globale plus importante que d'autres à développer de telles maladies[1215]. La segmentation pourrait alors redevenir pertinente.

807. La pertinence et la fiabilité de la segmentation des risques liés aux prédispositions génétiques sont donc susceptibles d'évoluer. Si la segmentation, fondée sur une prédisposition génétique, était fiable et pertinente, la prédisposition génétique constituerait un risque aggravé, qui ne justifierait pas que sa

---

[1211] J.-Y NAU, *Les assureurs français renoncent pour cinq ans aux tests génétiques, Le Monde,* 1er avril 1999, p.11.
[1212] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995*,* Rapport éthique, Doc. Française, 1997, p. 65.
[1213] F. BOURGUIGNON et J.-J. DUBY, *Médecine prédictive. Nouvelles inégalités ou nouvelle solidarité, Risques,* n°21, 1995, p. 125, spéc. p.134 et 135.
[1214] F. BOURGUIGNON et J.-J. DUBY, *préc.,* p. 136.
[1215] F. BOURGUIGNON et J.-J. DUBY,*préc.,* p.135 .

mutualisation avec d'autres risques de fréquence et de gravité moindres soit imposée à l'assureur. C'est ainsi qu'en Grande Bretagne, les assureurs[1216], tout en se réservant la possibilité d'interroger le candidat à l'assurance sur les résultats d'une étude génétique dans certaines hypothèses, se sont engagés à ne les prendre en compte que si les résultats du tests sont fiables et pertinents pour le risque assuré. Le gouvernement anglais[1217], s'il a accepté une telle pratique, a, pour sa part, exigé que l'étude génétique présente un caractère « relevant » pour l'assurance, caractère déterminé non par les assureurs mais par une commission indépendante. Comme le note M. F. Ewald, en exposant ces solutions, « l'autorisation de principe de poser une question sur les tests génétiques ne signifie pas la possibilité de la poser concrètement. Tout dépend de ce qu'on entend par test « relevant » »[1218]. N'est-ce pas le caractère fiable et pertinent de la segmentation opérée en fonction des résultats de l'étude génétique ?

808. Certes, les solutions du droit anglais qui permettent à l'assureur de sélectionner le risque génétique n'ont pas, à l'heure actuelle, vocation à s'appliquer aux prédispositions génétiques dans la mesure où les tests qui permettent de la détecter ne sont pas encore fiables, mais elles ont l'avantage d'envisager le problème d'une manière prospective, à l'inverse du droit français.

809. Invoquer, comme l'a fait le législateur français, des considérations d'équité pour interdire une sélection du risque génétique, alors même que la segmentation serait fiable et pertinente, conduit à méconnaître le trait essentiel qui distingue l'assurance sociale de l'assurance privée, à savoir que l'assurance privée, même si elle est une technique de la solidarité par la mutualisation des risques, n'est pas fondée sur la solidarité. S'il est un domaine où la sélection fondée sur les prédispositions génétiques ne pourra jamais être opérée c'est donc celui de l'assurance sociale, dans laquelle la solidarité est de mise. Aussi est-il légitime, au regard des buts poursuivis par l'assurance sociale, que le législateur, en créant « une couverture maladie universelle qui garantit à tous une prise en charge des soins par un régime d'assurance maladie, et aux personnes dont les revenus sont les

---

[1216] ASSOCIATION OF BRITISH INSURERS, *Genetic Testing, ABI Code of Practice,* décembre 1997, cité par F. EWALD, *Génétique et assurance, RGDA* 1999.539, spéc. p. 554-555 ; OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, *Rapport sur Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie pharmaceutique,* F. Sérusclat, Assemblée Nationale, n°1871 et Sénat n°20, octobre 1999, p.156 ; CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 121.

[1217] *Government Response to the Human Genetics Advisory Commission's Report on The Implications of Genetic Testing for Insurance,* novembre 1998, cité par F. Ewald, *préc.*

[1218] F. EWALD, *préc.*

plus faibles le droit à une protection complémentaire et à la dispense d'avance de frais »[1219], ait imposé aux organismes, qui, en application de l'article L.861-4 du code de la sécurité sociale[1220], règlent les prestations relevant de la protection complémentaire, de ne pas « tenir compte des résultats de l'étude génétique des caractéristiques d'une personne demandant à bénéficier d'une protection complémentaire en matière de santé. En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu un contrat de protection complémentaire en matière de santé et pendant toute la durée de celui-ci »[1221].

810. En revanche, dans l'assurance privée, sauf à oublier que la société d'assurance est une entreprise soumise à la loi du marché qui, afin de rester solvable, doit équilibrer ses comptes en opérant une différenciation des tarifs en fonction des risques des individus, une telle sélection devrait pouvoir être, en théorie, opérée. En effet, la segmentation en fonction des prédispositions pourrait devenir nécessaire dès lors qu'une prédisposition constitue un risque aggravé susceptible d'augmenter de manière significative le coût et la fréquence des sinistres. Ainsi, convient-il de vérifier si, en pratique, la prédisposition remplit ces conditions, pour être traitée comme un risque aggravé.

B) L'application de la segmentation aux risques liés aux prédispositions génétiques est-elle, en pratique, nécessaire ?

811. Pour déterminer si la segmentation en fonction de la prédisposition génétique est nécessaire à l'équilibre des comptes de la société d'assurance, il y a lieu de comparer les deux politiques d'assurance possibles lorsque, à l'intérieur d'une population donnée, un groupe est porteur d'une prédisposition particulière : la politique qui, distinguant les deux groupes, les personnes prédisposées et les personnes non prédisposées, donnerait à chacun d'eux la police spécifique adaptée, et celle qui prévoirait une mutualisation complète du risque sur l'ensemble de la

---

[1219] Article 1er de la loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, *JO* 28 juillet, *D.* 1999.lég.440 ; A. TRICLIN, *La couverture maladie universelle, TPS* 1999.chr.18 : L'adoption de ce texte s'inscrit « dans une logique de généralisation de la sécurité sociale et en particulier du bénéfice de l'assurance maladie ».
[1220] Soit les organismes d'assurance maladie gestionnaire de ces prestations pour le compte de l'Etat (article L.861-4, a), soit une mutuelle, à laquelle la personne a choisi d'adhérer, ou une institution de prévoyance ou une entreprise d'assurance, avec lesquelles la personne a souscrit un contrat (article L.861-4, b).
[1221] Article 62 de la loi préc.

population. Pour ce faire un exemple concret, celui de la prédisposition génétique au cancer du sein, est nécessaire (1) afin de pouvoir interpréter les résultats d'une telle comparaison (2).

(1) Exemple de la prédisposition génétique au cancer du sein

812. L'existence d'une prédisposition génétique au cancer du sein (le gène BCRA 1) accroît considérablement le risque de maladie. Nous nous inspirerons d'une étude[1222] qui a calculé le montant des primes d'assurance maladie dans deux populations suivantes : celle de la population générale à risque moyen (g), celle de la population des femmes n'ayant pas la mutation de BCRA1 (n). Nous compléterons cette étude par le calcul de la prime des femmes ayant une mutation BCRA1 (p).

813. Sachant que la prime pure annuelle (A) doit être égale à la probabilité de survenue du risque (P), pondérée par son coût (C), nous aurons :

- Ag = Cg x Pg
- Ap= Cp x Pp
- An= Cn x Pn

814. Pour effectuer le calcul, différentes données sont retenues :

- Fréquence des mutations du gène BCRA1 dans la population : 1 femme sur 800 est porteuse de la mutation (donc 799/800 femmes ne sont pas prédisposées). La fréquence (q) = 1/800 = 0, 00125
- Probabilité de développer un cancer du sein dans la population de 25 à 75 ans = 0,08 ; Récidive dans la population = 1,1
- Probabilité de développer un cancer du sein en présence d'une mutation BCRA 1 de 25 à 75 ans = 0,85 ; Récidive si mutation BCRA1 = 1,6
- Coût du traitement (constant pour toute la population qu'elle soit ou non prédisposée) = 30 000 francs. Un second calcul est réalisé en tenant compte d'un coût égal à 90 000 francs.
- Durée de la couverture d'assurance : 50 ans de 25 à75 ans.

815. La probabilité d'être atteinte d'un cancer du sein est donc

- dans la population générale : Pg = 0,08 x 1,1=0,088
- dans la population des personnes porteuses de la mutation BCRA 1 : Pp=0,85 x 1,6=1,36

Avec une fréquence de 1/800, la probabilité d'être atteinte d'un cancer du sein dans la population générale peut, en raison de la relation de dépendance liant les différents paramètres, s'exprimer ainsi Pg = [Pn x (1-q)] +[Pp x q]. Pn est donc égale à [Pg-(q x Pp)]/(1-q)=0,0864

Avec un coût de traitement du cancer de 30000 francs, la prime annuelle pendant 50 ans sera :

- prime applicable à l'ensemble de la population :

  Ag = (0,088 x 30000)/50 = 52,80 F

- prime applicable à la population des femmes ayant une mutation BCRA 1 :

Ap = (1,36 X 30000)/50 = 816 F

- prime applicable à la population des femmes n'ayant pas une mutation BCRA 1 :

  An = (0,0864 x 30000)/ 50 = 51, 84 F

816. Le déséquilibre financier de la société d'assurance, qui l'empêche de régler les sinistres avec les primes perçues, pouvant résulter de ce que la fréquence ou/et le coût du sinistre atteignant la personne prédisposée sont supérieurs à ceux de l'ensemble de la population, il est donc nécessaire de calculer la surmorbidité de la personne et le surcoût de son sinistre par rapport aux personnes non prédisposées.

Appelons :

- Sm, la surmorbidité du groupe des individus prédisposés par rapport aux individus non prédisposés : Sm = Pp/Pn soit 15,74.
- Sc, le surcoût de la maladie des individus prédisposés par rapport à ceux qui ne le sont pas : Sc = Cp/Cn soit 1
- Sp, le coefficient de surprime appliqué à la personne prédisposée par rapport à celle qui ne l'est pas. Sp =Sm x Sc, soit 15,74.

[1222] M.M. EISINGER, ORSI et MOATTI, *Information génétique et systèmes d'assurance maladie,* dans, *Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?,* Les éd. INSERM, p.263.

Ainsi, l'économie réalisée par les personnes non prédisposées en cas de segmentation est égale à (Ag-An)/An = 1,8%

La majoration de prime des personnes prédisposées en cas de segmentation est égale à (Ap-Ag)/Ap soit 1445%.

Coût du traitement de la maladie	Politique d'assurance par mutualisation complète	Politique d'assurance par segmentation		Rapport prédisposé/ non prédisposé	Variation de la prime en % entre les deux politiques	
	Montant prime annuelle	Montant prime annuelle prédisposé	Montant prime annuelle non-prédisposé		Prédisposé	Non-prédisposé
30000 F	52,80 F	816 F/an	51,84 F/an	1574%	+1445 %	- 1,8 %
90000 F	158,40 F	2448 F	155,53 F/an	1574%	+1445 %	-1,8 %

(2) Interprétation de l'exemple

817. En cas de segmentation de la politique d'assurance, le montant de la prime demandée aux personnes prédisposées augmente considérablement (+1445%) alors que la prime demandée aux personnes non prédisposées diminue faiblement (-1,8%) pour un même résultat technique pour la compagnie d'assurance.

818. Alors que le risque individuel de la personne prédisposée est 15,74 plus élevé que celui de la personne non prédisposée, l'économie réalisée par les personnes non prédisposées n'est que de 1,8% (48 francs sur 50 ans dans l'exemple précité) . Ce résultat s'explique par la non-spécificité de la prédisposition au regard de la maladie : en effet, si la prédisposition augmente le risque de maladie, l'absence de prédisposition ne garantit pas à la personne qu'elle ne développera pas la maladie.

819. Une politique de segmentation en raison d'une telle prédisposition est donc peu pertinente dans la mesure où elle entraîne pour la personne prédisposée une cotisation 14,45 fois plus élevée que celle payée par l'ensemble de la population, sans pour autant apporter un avantage significatif au groupe non prédisposé.

Le peu d'intérêt d'une telle segmentation se révèle dans la pratique des assureurs lesquels n'appliquent pas de surprime lorsque la surmortalité est inférieure à 25%[1223].

820. L'exemple étudié ne traite que de la surmorbidité de la personne prédisposée aux fins de déterminer la cotisation à une assurance maladie. Dans le cas d'une assurance décès, la segmentation aura encore moins d'intérêt dans la mesure où la surmortalité de la personne prédisposée sera inférieure à sa surmorbidité : en effet, la prédisposition indique dans ce cas une double incertitude, celle de contracter la maladie et celle de mourir des conséquences de la maladie.

821. A l'heure actuelle, aucune prédisposition n'entraîne, à notre connaissance, une surmortalité supérieure à 25% justifiant une politique de segmentation. Cette conclusion ne peut-être tirée qu'à la condition que le coût du sinistre soit constant et que l'assurance attire de larges populations, telles l'assurance maladie ou l'assurance décès.

822. Or, d'une part, le coût du sinistre n'est pas nécessairement constant : en effet, l'assurance de personnes étant, en général, gouvernée par le principe forfaitaire et non pas indemnitaire, les parties sont libres de fixer le montant des prestations dues en cas de réalisation du sinistre indépendamment du préjudice réellement subi[1224]. En conséquence, une personne se sachant porteuse d'une prédisposition génétique pourrait demander à l'assureur une couverture importante et supérieure à celle qui est demandée par la population générale. Dans ce cas, il pourrait être nécessaire de tenir compte de la prédisposition, afin de ne pas nuire à l'équilibre de la mutualité. En effet, si les personnes, qui ont un risque individuel élevé de contracter la maladie, exigent une garantie importante, il en résultera que la majorité des sinistres donnant lieu au versement d'un capital important se réaliseront. Les risques n'étant plus dispersés, l'assureur ne pourra pas y faire face avec l'ensemble des primes calculées sur un risque moyen.

823. La crainte de ne pas pouvoir disperser les risques explique que l'assureur, lorsque les capitaux dépassent un certain montant, fasse remplir un questionnaire de risque plus détaillé que celui généralement demandé et/ou demande à l'assuré de

---

[1223] J.-J. BARAT, *Médecine d'assurance,* Masson, 1990, p. 48 ; G. MARTIN, *préc., R.I.D.E,* n°2.2.1, p.59 et dans, *Le génome et son double,* p.183.
[1224] G. DURRY, *Les grandes catégories d'assurances,* dans , *Encyclopédie de l'Assurance,* dir. F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Economica, 1997, p. 521, spéc.p.525 et s.

se soumettre à un examen médical[1225]. Si ce questionnaire et cet examen révèlent que le candidat à l'assurance présente un risque aggravé, l'assureur lui appliquera une surprime et/ou limitera l'étendue de sa garantie. Ainsi, les personnes séropositives, parce qu'elles présentent un risque aggravé, ne peuvent souscrire une assurance décès en garantie d'emprunts contractés auprès d'un établissement bancaire pour l'acquisition d'un logement, que pour un montant maximum de 1 million de francs et pour une durée limitée entre 5 et dix ans, en contrepartie d'une surprime de 4 à 6%[1226] . De même, en Grande Bretagne, les assureurs n'interrogent les personnes, qui souhaitent souscrire une assurance-vie, sur les résultats des tests génétiques qu'elles auraient subis, que si le montant des capitaux assurés excède 100 000 livres[1227].

824. L'interdiction faite à l'assureur de sélectionner les prédispositions génétiques pourrait, ainsi, entraîner un déséquilibre des comptes de la société d'assurance à la double condition que les prédispositions indiquent un risque individuel élevé de contracter la maladie et que les capitaux assurés pour en couvrir la réalisation sont importants.

825. D'autre part, dès lors, qu'à côté des assurances maladie et décès qui drainent de larges populations, se sont développés des contrats couvrant un risque spécifique, tels les contrats « maladies redoutées » ou les contrats « dépendance» qui attirent peu de souscripteurs, la non-utilisation par l'assureur des informations relatives aux prédispositions pourrait remettre en cause la survie de tels contrats. Les contrats « maladies redoutées » sont apparus en France en 1989[1228]. Ils visent à garantir le versement d'un capital à un assuré lors du diagnostic de certaines maladies graves (cancer, infarctus du myocarde, sclérose en plaques). De même les contrats « dépendance » permettent à des personnes actives de recevoir certaines prestations de l'assureur (rente, assistance) dans le cas où elles perdraient leur

---

[1225] M. BERTRAND, *Assurance de personnes. Mieux comprendre la sélection médicale, L'Ass. Franç.* , n°715, novembre 1995, p.22.

[1226] Convention sur l'assurabilité des personnes séropositives et sur les règles de confidentialité du traitement des informations médicales par l'assurance, 3 septembre 1991, entre L'Etat Français et la Profession de l'assurance. Cette convention a été étendue, en 1994, aux prêts professionnels ; C. JAPHET, *L'assurance-vie face au SIDA,* dans, *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire,* dir. C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, p.39, spéc. n°5, p.45 ; CONSEIL NATIONAL DU SIDA, *Rapport sur Assurance et VIH Sida,* 20 septembre 1999, qui recommande l'annulation de cette convention, p. 90 et s.

[1227] *Assureurs à la gène, La tribune de l'assurance,* Lundi 10 mars 1997, n°217, p.1 ; *Royaume-Uni : la génétique à la loupe, L'Ass. Franç.,* n°727, déc. 1996, p.17 ; F. EWALD, *Génétique et assurance, RGDA* 1999.539, spéc. p. 554.

autonomie dans l'avenir[1229]. Les démences séniles, les maladies d'Alzheimer, le cancer et les maladies cardio-vasculaire représentent les causes principales des sinistres[1230]. On soupçonne l'existence d'une prédisposition génétique pour la plupart de ces maladies. Lorsque cette prédisposition génétique aura été découverte, les personnes dont le risque individuel est important seront certainement davantage attirées par ces contrats que les personnes non prédisposées, pour lequel le risque n'est néanmoins pas nul. En interdisant à l'assureur de connaître la prédisposition génétique, celui-ci craindra, nécessairement, que seules les personnes prédisposées ne souscrivent ce type de contrat, ce qui l'incitera à élever ses tarifs afin de compenser le risque de sinistralité supérieure. Cette hausse des tarifs découragera les personnes non prédisposées de s'assurer, ce qui obligera à nouveau l'assureur à augmenter ces tarifs. La prime sera alors si élevée, que l'assurance fonctionnera davantage comme s'il s'agissait de provisionner un événement certain, que d'assurer un événement aléatoire.

* *

*

826. L'interdiction faite à l'assureur de sélectionner les risques liés aux prédispositions génétiques des assurés, même si elle ne heurte pas, en principe, le caractère aléatoire du contrat d'assurance, pourrait, néanmoins, parfois générer un déséquilibre des comptes de la société d'assurance. Si tel est le cas, les assureurs chercheront à utiliser les méthodes de sélection de risques qui ne lui sont pas interdites afin de chasser l'aléa de son opération d'assurance. En effet, l'interdiction risque fort d'être inefficace si elle ne s'étend pas à toutes les méthodes de sélection dont dispose l'assureur pour évaluer le risque.

[1228] S. TRUNK, *Le défi des maladies redoutées, L'Argus,* 4 juin 1993, p. 23 ; A. BAGUE-FORST, *Innovation et assurance santé. Le rôle de l'assurance privée, Risques,* n°21, 1995, p.95.

[1229] La loi n°97-60 du 24 janvier 1997, *JO* 25 janvier a institué, dans le cadre de la sécurité sociale, une « prestation spécifique dépendance » dont le caractère restrictif laisse ouverte la voie à l'assurance privée ; LAMY, Assurances, 2000, n°3141.

[1230] A. BAGUE-FORST, *préc.,* spéc. p.97

SECTION II - L'INTERDICTION DE SELECTIONNER LES RISQUES LIES AUX PREDISPOSITIONS GENETIQUES EST-ELLE EFFICACE EN DROIT DES ASSURANCES ?

827. Traditionnellement, l'assureur sélectionne les risques en demandant au candidat de remplir un questionnaire de santé et, dans le cas de garanties portant sur des montants élevés, de se soumettre à un examen médical[1231]. Ces méthodes « directes » de sélection du risque peuvent, en outre, être complétées ou remplacées par des méthodes de sélection « indirectes » du risque. Ces dernières permettent à l'assureur d'adapter le contenu du contrat en fonction des seuls risques qu'il entend garantir.

La double interdiction de détourner l'étude génétique de sa finalité médicale et de réaliser une telle étude dans une finalité autre que médicale ou scientifique paralyse imparfaitement les méthodes par lesquelles l'assureur sélectionne directement les risques (§1). En outre, cette interdiction risque d'être contournée dans la mesure où elle ne s'étend pas aux méthodes indirectes de sélection des risques (§2).

§ 1 - La paralysie imparfaite des méthodes directes de sélection des risques

828. L'interdiction de détourner de sa finalité médicale l'étude génétique oblige l'assureur à ne pas poser, dans le formulaire de déclaration du risque, des questions sur les résultats d'une telle étude. Néanmoins, elle ne l'empêche pas d'interroger le candidat à l'assurance sur les informations, non recueillies à l'aide d'un test, faisant soupçonner l'existence de sa prédisposition génétique. En ce sens, l'interdiction faite à l'assureur de recueillir les informations génétiques concernant la personne est relative (A).

En revanche, en subordonnant la licéité d'un test génétique à une finalité médicale ou scientifique, le législateur pose une interdiction absolue de réaliser une étude génétique des prédispositions à des fins d'assurance (B).

[1231] M. BERTRAND, *Assurances de personnes. Mieux comprendre la sélection médicale, L'Ass. Franç.,* n°715, novembre 1995, p. 22.

A) Une interdiction relative : le questionnaire de santé sur les prédispositions génétiques

829. L'article L.113-2, 2° du Code des assurances oblige l'assuré à « répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». En matière d'assurance de personnes, le candidat à l'assurance remplit ainsi une déclaration de risques dans laquelle figurent traditionnellement des questions portant sur le sexe, les antécédents familiaux, le taux de cholestérol, le diabète... Ces données, même non obtenues au moyen d'une étude génétique, sont par nature génétiques et le candidat à l'assurance a l'obligation de les divulguer à son assureur, si ce dernier les lui demande[1232].

La jurisprudence apprécie rigoureusement l'exécution par l'assuré de son obligation d'information (1), ce qui rend d'autant plus paradoxal l'admission du silence de l'assuré sur les résultats de l'étude génétique (2).

(1) L'information portant sur les données génétiques non recueillies par une étude génétique de prédisposition

830. La déclaration des risques est une obligation fondamentale de l'assuré, grâce à laquelle l'assureur peut, en se forgeant une exacte opinion du risque qu'il prend en charge, tarifer ce risque de manière telle qu'il ne soit pas susceptible de rompre l'équilibre de la mutualité. L'obligation d'information de l'assuré manifeste la bonne foi qui doit régner dans la formation du contrat d'assurance. Certes, l'exigence de bonne foi est commune à tous les contrats, comme le révèle l'article 1134 du Code civil alinéa 3. En effet, quand bien même cet alinéa se réfère à la bonne foi dans l'exécution des contrats, la jurisprudence n'hésite pas à sanctionner, sur le fondement de ce texte, le manquement à l'obligation de « contracter de bonne

---

[1232] F.F.S.A., *Dossier « génétique et assurance »,* mars 1994 ; G. MARTIN, *Tests génétiques et assurances, RIDE* 1993/1, p.53 ; également dans, *Le génome et son double,* dir. G. Huber, Hermès 1996, p. 177 ; CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 119.

foi »[1233]. Une telle interprétation de l'article 1134 alinéa 3 est conforme à l'intention du législateur qui, uniquement pour des raisons de forme, n'a pas retenu la version préconisée dans le projet de Code civil de l'an VIII, selon laquelle « les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi »[1234].

Même si tous les contrats doivent être formés de bonne foi, il n'en reste pas moins que le contrat d'assurance exige une bonne foi « exceptionnelle »[1235]. En effet, l'assureur, dont la connaissance du risque n'est que statistique, est à la merci de l'assuré pour apprécier le risque à garantir. Ce dernier doit donc se comporter avec une complète loyauté, afin que soit préservé l'équilibre de la mutualité[1236].

831. En matière d'assurance décès et d'assurance maladie, la déclaration des risques par l'assuré est d'autant plus importante, lors de la formation du contrat, que les aggravations des risques liées à l'état de santé de l'assuré n'ont pas à être déclarées en cours de contrat. En effet, c'est précisément le but de l'assurance décès et de l'assurance maladie que de prémunir l'assuré contre les aggravations de son état de santé[1237]. Si le dernier alinéa de l'article L. 113-2 du Code des assurances énonce expressément que les dispositions prévoyant l'obligation de l'assuré de déclarer les circonstances nouvelles, qui ont pour conséquence d'aggraver les risques en cours de contrat, ne sont pas applicables aux assurances sur la vie, l'article L.113-4, qui s'intéresse aux conséquences de l'aggravation des risques, prévoit, dans son alinéa 6, que ces dernières sont sans incidence sur les assurances sur la vie et sur l'assurance maladie « lorsque l'état de santé se trouve modifié ».

832. Afin de permettre à l'assuré, profane en matière d'assurance, d'exécuter correctement son obligation d'information, les modalités de la déclaration des risques ont évolué.

[1233] Cass . civ. 1re, 10 mai 1989 : *Bull. civ.* I, n°187, p. 124 ; *RTDC* 1989.738, obs. J. Mestre : En l'espèce, ce manquement a été retenu à l'encontre d'une banque qui, sachant que la situation du débiteur est irrémédiablement compromise ou, à tout le moins, lourdement obérée, avait omis de porter cette information à la connaissance de la caution.

[1234] J. MESTRE, *obs. préc.* ; P.A FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil,* Tome XIII, Paris, Videcoq, 1836, p. 8.

[1235] A. BESSON, *Le contrat d'assurance et la morale,* dans, *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à G. Ripert,* LGDJ 1950, p. 178, spéc. p. 185 ; P. SARGOS, *L'obligation de loyauté de l'assureur et de l'assuré, RGDA* 1997.988, spéc. p. 993 : la souscription d'une police impose « une bonne foi absolue ».

[1236] A. BESSON, *préc.* ; F. EWALD, *Les valeurs de l'assurance,* dans, *Encyclopédie de l'Assurance,* dir. F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Economica, 1997, p. 399, spéc. p.421.

[1237] H. GROUTEL, *La réforme du Code des assurances, RCA* 1990.chr.3. spéc. p.7 ; J. BIGOT, *La loi n°89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, JCP* 1990.I.3437, spéc. n°42 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances,* Dalloz, 10e éd. 1998, n°319, p.230.

833. En effet, jusqu'à la loi n°89-1014 du 31 décembre 1989[1238], l'assuré devait déclarer spontanément toutes les circonstances « qu'il devait savoir capables d'influencer l'opinion du risque et d'amener l'assureur, soit à refuser le risque, soit à majorer le taux de prime »[1239]. La Commission des clauses abusives, dans sa recommandation du 20 septembre 1985[1240], reprochait à un tel système de sanctionner injustement nombre d'assurés qui pouvaient, en raison de leur absence de compétence en matière d'assurance, légitimement ignorer que la circonstance non déclarée était de nature à modifier l'appréciation du risque par l'assureur. Ainsi recommandait-elle l'abandon de la déclaration spontanée au profit de celui d'un questionnaire fermé auquel l'assuré aurait dû se contenter de répondre.

834. La loi du 31 décembre 1989 entérina cette solution en substituant au système de la déclaration spontanée celui d'un questionnaire obligatoire. L'article L.113-2 2° du Code des assurances, qui n'impose plus à l'assuré l'obligation de prendre l'initiative de la déclaration, n'a pas pour effet d'interdire à l'assuré de déclarer spontanément certaines circonstances influençant l'évaluation de son risque. Mais dorénavant, il ne saurait plus lui être fait grief de ne pas les avoir déclarées si l'assureur omet de lui poser des questions précises[1241].

Cette réforme du Code des assurances, si elle participe à la protection de l'assuré, n'a pourtant pas provoqué un bouleversement de la pratique des assureurs dans la mesure où le questionnaire était utilisé avant 1989[1242]. Aussi la solution dégagée par la Cour de cassation, à propos des questionnaires, sous l'empire du régime antérieur[1243], selon laquelle la *sincérité* et *l'exactitude* des déclarations de l'assuré sont appréciées souverainement par les juges du fond[1244] en fonction des

---

[1238] *JO* 3 janvier 1990.
[1239] Cass. sect. civ., 26 janvier 1948, *RGAT.*1948.45, note A. B ; Cass. 1re sect. civ., 2 nov. 1954, *RGAT.*1955.37, note A.B ; Cass. civ. 1re, 18 janvier 1989, *RGAT* 1989.404, note J. L. Aubert.
[1240] Recommandation n°85-04, *Contrats multirisques habitation, RGAT.*1986.151, spéc. p. 152 ; commentée par J. Bigot, *RGAT.* 1986.9, spéc. p. 16.
[1241] H. GROUTEL, *La réforme du Code des assurances, préc. ,* spéc. p.5.
[1242] G. DURRY*, La place de la morale dans le droit du contrat d'assurance, Risques* n°18, 1994, p.47, spéc. p. 50.
[1243] H. MARGEAT et J. LANDEL, note sous Cass. civ. 1re, 15 octobre 1991 et 16 juillet 1991, *RGAT.* 1991.826 ; LAMY, Assurances, 2000, n°247.
[1244] Cass. civ. 1re , 9 et 22 juillet 1985, *RGAT* 1985.534 ; Cass. civ. 1re, 13 mars 1990 et 21 mai 1990, *RGAT* 1990.603, note J . Kullmann ; Cass. civ. 1re, 17 juillet 1990, *RGAT* 1990.880, note J. Kullmann*,* Cass. civ. 1re, 15 octobre 1991, *RGAT* 1991. 825, note H. Margeat et J. Landel ; Cass. civ. 1re, 13 février 1996, *RGDA* 1996.281, , note J. Maury.

questions posées[1245], a-t-elle vocation à s'appliquer après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

835. La preuve de l'inexactitude impose à l'assureur de démontrer que l'absence de déclaration de la circonstance a changé son opinion du risque. Si l'assureur parvient à établir l'inexactitude de la déclaration de l'assuré, il doit, en outre, pour obtenir l'annulation du contrat, en application de l'article L.113-8 du Code des assurances, prouver la mauvaise foi de ce dernier, en établissant que sa fausse déclaration a été faite dans l'intention de tromper l'assureur[1246]. En effet, la déclaration inexacte de l'assuré de bonne foi, si elle est découverte avant le sinistre, entraîne, au choix de l'assureur, soit le maintien du contrat moyennant une augmentation de prime, soit une résiliation du contrat avec restitution de la portion de prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus. En revanche, découverte après sinistre, l'omission de la part de l'assuré, expose celui-ci à une réduction proportionnelle des indemnités au « taux des primes payées par rapport aux taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés ». (Article L.113-9 du Code des assurances).

836. Avant la réforme de 1989, la preuve de l'inexactitude de la déclaration de l'assuré était plus ou mois facile à apporter selon la formulation du questionnaire.

Lorsque « la rédaction du questionnaire, qui limitait la nature des antécédents et leur survenance dans le temps, faisait apparaître l'intention de l'assureur de ne pas tenir compte d'autres antécédents dans l'appréciation des risques », il ne pouvait être reproché à l'assuré d'avoir fait une déclaration inexacte en omettant de signaler des antécédents non visés dans le questionnaire[1247]. De même, lorsque l'assureur demandait à l'assuré s'il était en bonne santé au jour du contrat, il ne pouvait être fait grief à l'assuré de ne pas avoir fait une déclaration des éléments antérieurs de son état de santé, « allant au-delà de la seule question posée au jour de la souscription du contrat »[1248].

[1245]Cass. civ. 1re, 2 juillet 1985, *RGAT* 1985.534 ; *D.* 1986.509, note H. Groutel ; Cass . civ. 1re, 17 mars 1993, *RGAT.*1993.547, note R. Maurice ; Cass. civ. 1re, 6 janvier 1994, *RGAT* 1994.474, note F. Chardin.
[1246]Cass. soc., 18 décembre 1942, *RGAT* 1943.125 ; Cass. civ. 1re, 2 mai 1990, *préc.*
[1247] Cass. civ. 1re, 2 juillet 1985, *préc.*
[1248] Cass. civ. 1re, 17 mars 1993, *préc. ;* également, Cass. civ. 1re, 6 janvier 1994, *préc.* : non-déclaration d'un accident antérieur ; Cass. civ. 1re, 16 février 1994, *RGAT* 1994. 466, note A. Favre-Rochex.

En revanche, si les questions posées faisaient apparaître que les antécédents médicaux de l'assuré étaient nécessaires à l'assureur pour apprécier le risque, l'assuré, qui ne les indiquait pas, faisait une déclaration inexacte[1249].

837. En outre, l'usage d'un questionnaire imprécis ou/et équivoque rendait difficile la preuve de la mauvaise foi de l'assuré par l'assureur, dans la mesure où l'assuré pouvait, dès lors, légitimement se croire autorisé à ne pas relever des informations qui ne lui étaient pas expressément demandées[1250].

838. La loi de 1989, si elle a entendu consacrer la protection jurisprudentielle de l'assuré en modifiant l'article L.113-2 du Code des assurances, a, même voulu la renforcer, par l'article L.112-3 du Code des assurances. En effet, cet article dans son alinéa 2, en interdisant à l'assureur « de se prévaloir du fait qu'une question exprimée en termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprécise », aurait dû empêcher, en cas d'imprécision des réponses de l'assuré, de reconnaître non seulement sa mauvaise foi, mais aussi l'inexactitude de sa déclaration. Ainsi, qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi, l'assuré n'aurait jamais dû être sanctionné en raison de l'imprécision des réponses à un questionnaire, lui-même imprécis. On a pu espérer que l'exigence légale d'un questionnaire précis allait entraîner la disparition de questions telles que « êtes-vous en bonne santé ? »[1251] et imposer à l'assureur de préciser la nature des affections passées et actuelles sur lesquelles il entendait être informé.

839. Il se peut, néanmoins, qu'une telle espérance ait été rendue vaine par un arrêt de la 1re chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998[1252] qui, par une interprétation déformante de la loi, met gravement en péril la protection des assurés.

[1249] Cass. civ. 1re, 2 mai 1990 (omission de déclarer une opération antérieure importante) ; Cass. civ. 1re, 21 mai 1990 (hypertension artérielle), *RGAT* 1990.604, note J. Kullmann ; Cass. civ. 1re, 17 juillet 1990, *RGAT* 1990.880, note J. Kullmann (grave opération de chirurgie cardiaque) ; Cass. civ. 1re, 8 juillet 1994, *RGAT* 1994.1198, note J. Maury (maladie dépressive) ; Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *RGDA* 1996.684, note J. Maury (purpura et lombo-sciatique) .

[1250] Cass. civ. 1re, 20 octobre 1971, *RGAT* 1972.397, note J. B.; Cass. civ. 1re, 5 juillet 1977, *RGAT* 1978.549, note J. B *;* Cass. civ. 1re, 15 octobre 1991, *RGAT* 1991.825, note H. Margeat et J. Landel ; Cass. civ. 1re, 7 octobre 1995, *RGDA* 1996.289, note F. Chardin.

[1251] J. BIGOT, *La loi n°89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, JCP* 1990.I.3437, spéc. n°36 ; J. KULLMANN, note sous Cass. civ. 1re, 17 juillet 1990, *RGAT* 1990.881; R. MAURICE, note sous Cass. civ. 1re 17 mars 1993, *RGAT* 1993. 548.

[1252] Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n°280, p. 195 ; *JCP* 1998.II.10185, concl. C. Petit ; *Dossier juridique et technique de l'Argus*, 30 octobre 1998, p.VII, note G.D ; *RCA* 1998.comm.403 ; *RDSS* 1999.215 ; S. CORONE et A. BOONE, *La bonne ou la mauvaise foi de l'assuré, L'Argus,* n°6606, 6 novembre 1998, p. 36.

En l'espèce, afin de garantir le remboursement d'un prêt, une personne avait adhéré en 1990 à une assurance groupe destinée à la couvrir contre les risques de décès et d'invalidité. Aux différentes questions formulées dans la déclaration de santé : « êtes-vous atteint d'une maladie ? », « avez-vous subi ou devez-vous suivre un traitement régulier quel qu'il soit ? » et « avez-vous autre chose à ajouter concernant votre état de santé actuel ou antérieur ? », l'adhérent avait répondu par la négative. Un an plus tard, il sollicita la garantie de l'assureur en justifiant son arrêt de travail et son état d'invalidité par la remise d'un certificat médical comportant la mention « séropositif depuis été 1989 ». La compagnie d'assurance refusa sa garantie en estimant que l'adhésion était nulle en raison de la réticence intentionnelle de l'adhérent sur sa séropositivité (Article L.113-8 du Code des assurances). L'arrêt infirmatif de la Cour d'appel de Rennes du 9 novembre 1995 annula l'adhésion, en retenant que, dès lors que la séropositivité est « une affection de nature à entraîner, pour celui qui en est atteint, des conséquences graves pour sa santé, voire mortelles », l'adhérent, qui avait connaissance de sa séropositivité, commettait une réticence intentionnelle en ne la révélant pas à l'assureur. Au soutien de son pourvoi, le demandeur faisait valoir que la séropositivité n'étant pas une maladie, aucune obligation de la déclarer n'existait puisque les questions posées par l'assureur ne visaient que les maladies ou les traitements médicaux de l'adhérent. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que la Cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, avait retenu « qu'en répondant par la négative à l'ensemble des questions posées et en laissant croire à l'assureur qu'il était en bonne santé », l'adhérent avait, « par réticence ou fausse déclaration intentionnelle, modifié l'opinion pour l'assureur du risque qu'il avait à garantir».

840. Cet arrêt est doublement critiquable quant à l'appréciation de l'exactitude et de la sincérité des réponses de l'assuré séropositif.

841. L'inexactitude de la déclaration de l'assuré ne pouvait pas être établie du seul fait qu'il n'ait pas indiqué sa séropositivité en répondant à la troisième question dans laquelle il lui était demandé de déclarer « autre chose (...) concernant (son) état de santé actuel ou antérieur ». En effet, cette question était trop imprécise. De plus, pour reconnaître comme inexacte la réponse négative de l'assuré séropositif à la première et deuxième question portant sur la maladie et le traitement médical, cela suppose de considérer que la séropositivité est une maladie. Or, nul ne saurait l'admettre : elle est, au même titre que la prédisposition

génétique, un état qui crée un risque de développer la maladie[1253]. L'incertitude qui affecte la survenance de la maladie rend la personne séropositive assurable[1254]. Certes, le risque de maladie, parce qu'il est élevé - 90% des personnes séropositives contracteront le SIDA dans un délai de 12 ans à compter de la séroconversion[1255]-, constitue pour les assureurs un risque aggravé. La séropositivité, sauf à remettre en cause l'équilibre de la mutualité, doit donc être connue par les assureurs afin que ces derniers puissent évaluer correctement le coût de leur garantie.

842. Néanmoins, même si la séropositivité constitue un risque aggravé, l'assureur doit formuler avec suffisamment de précision sa question pour qu'aucun doute n'effleure l'assuré dans l'exactitude de sa réponse. Ainsi, dès lors que le terme utilisé dans le questionnaire était celui de maladie, et non celui, peut être plus judicieux, d'affection[1256], il ne pouvait être fait grief à l'assuré de ne pas avoir révélé sa séropositivité, sauf à considérer que l'assuré, en raison de la gravité de son risque, aurait dû en faire une déclaration spontanée. En considérant comme inexacte la réponse négative de l'assuré séropositif, l'arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 1998 réintroduit donc subrepticement le système de la déclaration spontanée et ruine, ce faisant, l'intérêt de l'intervention législative de 1989 visant à protéger l'assuré contre les formulations ambiguës des questionnaires.

843. Si une telle appréciation de l'exactitude des réponses est critiquable, celle de la mauvaise foi de l'assuré l'est encore davantage.

En effet, sous l'empire du système de la déclaration spontanée, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles avait jugé que la non-révélation de sa séropositivité par le souscripteur d'une assurance décès-invalidité en 1986, même si elle rendait la déclaration inexacte, ne pouvait pas constituer une réticence intentionnelle car le porteur du virus du SIDA pouvait, de bonne foi, considérer ne pas être atteint d'une

---

[1253] Cette incertitude justifie la position de la jurisprudence qui, tout en admettant que la séropositivité constitue un préjudice spécifique, refuse au séropositif le paiement de l'indemnisation afférente au Sida tant qu'il n'est pas déclaré : Cass. civ. 2e, 20 juillet 1993, *Bull. civ.* II, n°274, p. 151 ; *D.* 1993.526, note Y. Chartier ; *RTDC* 1994.107, obs. P. Jourdain ; Aix-en-Provence, 20 mai 1998, Bull. DPBB n°70, p. 8275 ; F.CHABAS, *La notion de préjudice de contamination, RCA* 1998, n° spécial : *Le préjudice : questions choisies,* p. 20, spéc. p.22 ; E. SAVATIER, *Le principe indemnitaire à l'épreuve des jurisprudences civile et administrative, JCP* 1999.I.125, spéc. n°9 et 10.

[1254] Convention sur l'assurabilité des personnes séropositives et sur les règles de confidentialité du traitement des informations médicales par l'assurance, 3 septembre 1991, entre L'Etat Français et la Profession de l'assurance.

[1255] C. PETIT, *conc. préc.*

[1256] CA Paris, 28 mars 1997, *Gaz. Pal.* 1998.1.somm.280

maladie au sens où on l'entend généralement[1257]. La mauvaise foi impose une intention de tromper. Appréciée souverainement par les juges du fond, la mauvaise foi n'en reste pas moins une notion légale justifiant que la Cour de cassation contrôle si les juges du fond ont bien recherché les éléments permettant de la caractériser[1258].

Or, dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, le 7 octobre 1998, les juges du fond n'avaient pas caractérisé l'intention de tromper. Au contraire, ils ont déduit la mauvaise foi de l'adhérent de ce que l'absence de déclaration spontanée de sa séropositivité avait laissé « croire à l'assureur qu'il était en bonne santé ». « Laisser croire » équivaudrait à vouloir tromper !

844. Cette démission de la Cour de cassation dans le contrôle de la qualification de la mauvaise foi laisse augurer une aggravation de la situation des assurés séropositifs qui, dès lors qu'ils ne seront pas allés au-delà du questionnaire pour déclarer spontanément leur séropositivité, seront automatiquement reconnus de mauvaise foi.

845. Pourtant même si la prédisposition génétique, lorsqu'elle indique un risque élevée de contracter une maladie, peut être comparée à la séropositivité, la personne, qui en serait porteuse, ne sera pas tenue de révéler à l'assureur les résultats de l'étude génétique, alors même que celui-ci a posé une question précise sur ce sujet : cette dernière est prohibée par la loi.

En revanche, les personnes dont les antécédents familiaux font soupçonner qu'elles sont porteuses d'une prédisposition à une maladie grave, devront déclarer de tels antécédents car à défaut, elles s'exposeront à voir leur contrat annulé pour réticence intentionnelle.

La différence de situation entre ces deux catégories d'assurés rend injustifiable l'admission légale du silence de l'assuré sur les résultats d'une étude génétique.

(2) Le silence de l'assuré sur les résultats d'une étude génétique de prédisposition

846. L'article 226-26 du Code pénal, en interdisant à l'assureur de détourner les études génétiques de leur finalité médicale ou scientifique, reconnaît implicitement un droit au mensonge au profit de l'assuré prédisposé lorsque l'assureur lui demande les résultats de ces tests. En effet, l'absence de réponse ou

---

[1257] CA Versailles, 13 juin 1996, *D.* 1996.I.R. 221.
[1258] Cass. civ. 1re, 16 juin 1969, *RGAT* 1970.163 ; Cass. civ., 1re, 2 mai 1990, *RGAT.* 1990.605, note J. Kullmann ; LAMY, Assurances, 2000, n°299.

une fausse réponse de l'assuré ne devrait avoir aucune incidence sur la validité du contrat[1259], dès lors que l'utilisation des résultats d'études génétiques à des fins commerciales constitue un détournement de la finalité médicale ou scientifique de telles études. Le droit au mensonge, en paralysant la quête par l'assureur d'une information active (c'est-à-dire l'information qui est demandée par l'assureur à l'assuré)[1260], supprime donc l'obligation de bonne foi de l'assuré prédisposé. La personne prédisposée n'ayant aucun intérêt à divulguer une prédisposition génétique qui pourrait justifier l'application d'une surprime, l'exercice du droit au mensonge ne risque pas de soulever des difficultés de la part de l'assuré.

847. En revanche, tel ne sera pas le cas pour la personne non prédisposée. En effet, si en raison des antécédents médicaux de ses parents, elle est classée par l'assureur parmi les risques aggravés, mais qu'une étude génétique lui a appris qu'elle n'avait pas hérité de la prédisposition génétique familiale, cette personne, afin d'éviter de payer une surprime, divulguera spontanément les résultats négatifs d'une telle étude. S'il « semble difficile, par la seule voie législative, d'empêcher un assuré de dire tout ce qu'il sait de lui lorsqu'il peut en tirer bénéfice »[1261], il n'en reste pas moins que l'assureur, qui tiendrait compte de cette divulgation pour ne pas appliquer la surprime, serait passible des sanctions pénales dans la mesure où une telle utilisation, même favorable à l'assuré, conduirait à détourner l'étude génétique de sa finalité médicale ou scientifique. Ainsi, l'article 226-26 du Code pénal, outre qu'il institue un droit au mensonge au profit de l'assuré prédisposé, crée une obligation de se taire à l'encontre de l'assuré non prédisposé en bloquant l'information passive, c'est-à-dire celle qui est spontanément révélée par un assuré.

848. En prohibant l'utilisation par l'assureur des résultats des études génétiques, la loi nie la liberté reconnue à l'assureur de choisir les renseignements dont il a besoin pour se forger une opinion du risque. Cette liberté a été rappelée, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence[1262] opéré par un arrêt du 13 mai

---

[1259] G. MARTIN, *Tests génétiques et assurances, RIDE* 1993/1, p.53, spéc. n°1.2., p.56 ; également dans, *Le génome et son double,* dir. G. Huber, Hermès 1996, p. 177, spéc. p.181.

[1260] Entretien avec A. KAHN, *Tests génétiques et assurance, Risques* n°18, 1994, p.95, spéc. p.106.

[1261] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995*,* Rapport éthique*,* Doc. Française, 1997, p. 65.

[1262] Jurisprudence antérieure : Cass. civ. 1re, 14 mai et 2 juillet 1991 : *RGAT* 1991.623, note J. Kullmann, H. GROUTEL, *Le cumul d'assurances de personnes, RCA* 1991.chr.20 ; Cass. civ. 1re, 10 janvier 1995, *RGAT* 1995.152, note J. Kullmann ; H. GROUTEL, *Le cumul d'assurances de personnes : précisions sur deux arrêts du 10 janvier 1995, RCA.*1995.chr.12.

1997[1263]. En l'espèce, une personne avait souscrit plusieurs assurances accidents auprès de différentes compagnies d'assurance. Elle répondit, néanmoins, négativement à la question posée, dans les propositions d'assurance, sur l'existence d'autres polices couvrant le même risque. Pour s'opposer à la nullité des contrats pour réticence intentionnelle, l'assuré faisait valoir que rien ne s'opposait à ce qu'il reçoive, au moment de la réalisation du risque, une somme supérieure à son préjudice, puisque les assurances de personnes sont soumises au principe forfaitaire. Ses assurances échappant à l'interdiction de cumul d'assurances, posée par l'article L.121-4 du Code des assurances, les clauses de police qui imposaient de déclarer l'existence d'autres contrats, devaient, selon le demandeur au pourvoi, être réputées non écrites. La Cour de Cassation rejeta le pourvoi au motif que, même si les assurances contre les accidents atteignant les personnes ne sont pas soumises au principe indemnitaire, elles n'échappent pas aux dispositions de l'article L.113-8 du Code des assurances. « Par suite, l'assureur, pour se former une exacte opinion du risque qu'il accepte de couvrir, peut imposer à l'assuré l'obligation de l'informer de l'existence d'autres polices qu'il a pu souscrire ».

849. Supprimant la liberté de l'assureur de poser les questions de son choix à l'assuré, l'article 226-26 du Code pénal, parce qu'il est inséré dans le chapitre relatif aux atteintes à la personnalité, fonde l'interdiction, faite à l'assureur de connaître les résultats d'une étude génétique, sur le droit au respect de la vie privée de l'assuré. L'interdiction tendrait à éviter une atteinte à la vie privée non seulement de l'assuré, mais également de sa famille, dans la mesure où les prédispositions génétiques sont des données individuelles et familiales[1264]. Néanmoins, si le droit au respect de la vie privée pouvait légitimement fonder cette interdiction, il en résulterait que les questionnaires de santé qui renvoient directement ou indirectement aux données génétiques de l'individu, tels la tension artérielle, le taux de cholestérol, les maladies héréditaires, et les antécédents familiaux à de telles maladies devraient, sur le même fondement, être déclarés également illégaux.

850. Une telle perspective semble improbable, sauf à dévoyer le sens et la portée du droit au respect de la vie privée. Ce droit, s'il s'oppose à ce qu'une immixtion dans l'intégrité génétique de la personne soit réalisée sans son

---

[1263] Cass. civ. 1re, 13 mai 1997, *D.*1997.351, note J.-L. Aubert ; *RCA* 1997.comm.319, obs. H. Groutel ; *RGDA* 1997.829, note J. Kullmann ; Cass. civ. 1re, 31 mars 1998, *RGDA* 1998.301, note L. Fonlladosa.
[1264] CCNE, *préc.*, Avis et recommandations, p. 13.

consentement, n'a pas pour effet d'interdire à la personne de divulguer les informations la concernant.

En répondant au questionnaire de déclaration de santé, le titulaire du droit au respect de la vie privée consent à ce que ses informations médicales puissent être utilisées par l'assureur pour la tarification du risque. Si l'assuré refuse de répondre aux questionnaires, l'assureur ne peut pas, sans commettre une violation de la vie privée et du secret médical, interroger le médecin traitant de l'assuré pour obtenir de telles informations. Mais il pourra refuser de l'assurer.

851. Néanmoins, le caractère non seulement individuel, mais aussi familial de l'information génétique, ne subordonne-t-il la licéité de la divulgation de la prédisposition au consentement des membres de la famille de l'assuré ? Une réponse négative s'impose. En effet, l'atteinte à la vie privée est supprimée lorsque la divulgation porte sur des éléments ne permettant pas d'identifier la personne concernée[1265]. En conséquence, la prédisposition génétique, au même titre que les antécédents familiaux, peut être révélée à l'assureur par l'assuré, sans violer la vie privée des membres de sa famille, puisque la prédisposition, si elle fait présumer que la maladie est familiale, ne permet pas à l'assureur d'identifier les membres de la famille qui sont atteints de la maladie.

852. Le silence de l'assuré sur les résultats des études génétiques auxquelles il s'est soumis ne reçoit donc juridiquement aucune justification lorsqu'un tel silence, par l'asymétrie de l'information qu'il génère, est susceptible de déséquilibrer la mutualité. En outre, l'interdiction faite à l'assureur d'utiliser les informations génétiques ne s'étendant pas à celles qui ne seraient pas recueillies par un test génétique, le silence imposé à l'assuré par la loi risque de se retourner contre les individus dont les antécédents familiaux font soupçonner l'existence d'une prédisposition génétique, pourtant infirmée par un test. Le Conseil d'Etat, dans son rapport relatif au réexamen des lois de bioéthique, relève ainsi qu'il « semblerait plus cohérent avec la législation actuelle et plus conforme aux principes de l'équité actuarielle, consacrés par le Code pénal et la jurisprudence, qu'un souscripteur ne puisse cacher à un assureur le résultat d'un test de prédisposition qu'il aurait subi volontairement avant la conclusion de son contrat »[1266].

[1265] *Supra* n°93.

[1266] CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : 5 ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p. 124-125.

853. En revanche, l'interdiction faite à l'assureur de demander à la personne de se soumettre à un examen génétique à l'occasion de la souscription du contrat d'assurance semble davantage justifiée.

B) Une interdiction absolue : la réalisation d'une étude génétique de prédisposition

854. En principe, l'assureur demande au candidat à l'assurance de se soumettre à un examen médical lorsque le capitaux assurés sont importants : au-delà de 1 million de francs, l'assureur fait appel à un spécialiste qui réalise des examens cardiologiques et biologiques[1267].

855. L'interdiction de réaliser une étude génétique dans une finalité autre que médicale ou scientifique s'oppose à ce qu'un test visant à détecter les prédispositions génétiques soit prescrit lors de la souscription d'un contrat d'assurance.

Pourtant la prédisposition, lorsqu'elle indique un risque élevé de contracter une maladie, est comparable à la séropositivité. Or la convention sur l'assurabilité des personnes séropositives du 3 septembre 1991[1268] autorise l'assureur à recourir à un test de dépistage de la séropositivité lorsque « l'importance des capitaux souscrits ou les informations recueillies à l'occasion du questionnaire de risques, le justifient ». Encore faut-il que l'assurable donne son accord préalable, que le test soit prescrit par un médecin, que le médecin d'assurance veille à ce que des informations soient données au candidat à l'assurance avant et après l'examen biologique, que le test soit intégré dans un examen médical complet, et que les résultats de ce test soient communiqués à un médecin désigné par le candidat à l'assurance. Même en subordonnant le test au consentement de l'assurable, la convention n'en a pas moins pour effet de méconnaître le droit de la personne à ne pas savoir son statut sérologique, lequel lui sera révélé à l'issue du test.

856. En s'inspirant d'une telle solution, faudrait-il autoriser la réalisation d'une étude génétique de prédisposition sur un assurable lorsque les capitaux versés

---

[1267] M. BERTRAND, *Assurance de personnes. Mieux comprendre la sélection médicale, Ass. Franç.*, n°715, novembre 1995, p.22, spéc. p. 23 : cet examen est plus poussé lorsque le capital garanti dépasse 5 millions de francs.

[1268] Convention sur l'assurabilité des personnes séropositives et sur les règles de confidentialité du traitement des informations médicales par l'assurance, 3 septembre 1991, entre L'Etat Français et la Profession de l'assurance.

en cas de déclenchement de la maladie sont importants ou que les résultats du questionnaire font suspecter l'existence d'une prédisposition ?

857. Il ne le semble pas. En effet, la séropositivité, parce qu'elle expose les tiers à un risque de contamination, justifie que des atténuations soient apportées au droit de ne pas savoir dans la mesure où la connaissance par la personne de sa séropositivité doit l'inciter à adopter une attitude préventive à l'égard d'autrui.

Or, la détection de prédisposition ne remplit pas une finalité préventive pour autrui identique: même si la prédisposition est susceptible de se transmettre à la descendance, elle ne contamine pas les tiers. En outre, lorsque l'étude génétique de prédisposition n'a pas une finalité médicale pour la personne, la connaissance de ses résultats risque d'entraîner de graves troubles psychologiques chez l'individu prédisposé, qu'aucune considération économique ne saurait justifier. Il serait vain de prévoir, pour éviter la réalisation de tels troubles, l'absence de communication à l'assurable des résultats de l'étude puisque, ces résultats se répercutant nécessairement sur le calcul de la prime, l'assurable en aura toujours indirectement connaissance.

858. De plus, quand bien même l'étude génétique poursuivrait une finalité médicale, si la personne indiquait au médecin son intention de ne pas en connaître les résultats, le médecin devrait s'abstenir de réaliser une telle étude. En effet, ce refus paralyserait la mise en œuvre des mesures de prévention et donc la finalité médicale recherchée par l'étude de prédisposition[1269]. Et même si la personne acceptait de connaître les résultats de l'étude dans une finalité médicale, il serait plus que douteux qu'une telle étude pût être prescrite à l'occasion de la souscription du contrat d'assurance. En effet, la liberté du consentement de l'assurable au test serait, en partie, contrainte par la pression économique résultant de ce que la tarification de la prime dépendrait des résultats du test.

859. On a pu avancer l'idée que les résultats positifs de l'étude génétique, prescrite dans une finalité médicale, permettraient « de limiter, voire d'annuler, les surprimes de risques dues aux particularités génétiques »[1270] . En effet, lorsque le déclenchement de la maladie résulterait d'une interaction entre les facteurs génétiques et environnementaux, l'assureur pourrait subordonner une diminution de prime à l'observation par l'assuré prédisposé d'une conduite préventive visant à

[1269] *Supra* n°609 et s.

[1270] F. BOURGUIGNON et J.-J. DUBY, *Médecine prédictive. Nouvelles inégalités ou nouvelle solidarité, Risques,* n°21, 1995, p. 125, spéc. p. 136.

éviter la maladie[1271]. Néanmoins, même si les tests génétiques, utilisés à tel escient, pouvaient être un instrument de responsabilisation de l'individu, autoriser le médecin d'assurance à les prescrire dans une finalité médicale pour l'assuré conduirait à oublier que cela n'entre pas dans sa compétence. Médecin de contrôle, mandaté par la compagnie d'assurance, il ne peut pas, en effet, en application de l'article 100 du code de déontologie[1272], « être à la fois médecin de prévention ou, sauf urgence, médecin traitant d'une même personne ». Peut-être pourrait-il orienter l'assurable vers un généticien, seul juge de l'opportunité de réaliser un test. Appréciant la proportionnalité entre les risques et les avantages du test, d'une manière strictement médicale et non économique, le généticien pourrait prescrire un tel test si ses avantages l'emportent, après s'être assuré de la liberté de décision de la personne. Le candidat à l'assurance devrait, si la loi levait l'interdiction faite à l'assureur d'utiliser les tests génétiques, lui-même en communiquer les résultats au médecin-conseil.

860. Néanmoins, la non-réalisation d'un test, qu'elle soit du fait du généticien estimant préférable de s'abstenir en raison des risques de l'étude, ou de la personne elle-même, ne devrait, en aucun cas, être un motif de pénalisation de l'assuré dans la tarification de son risque. En effet, si une étude génétique n'a pas été réalisée avant la souscription du contrat, l'assureur n'a pas à craindre que la demande, par le souscripteur, d'une garantie pour un capital important soit motivée par la connaissance de sa prédisposition. L'application d'une surprime ne peut donc être justifiée qu'en raison des seuls antécédents médicaux et familiaux de l'assuré.

* *

*

861. Ainsi, en aucun cas, la conclusion du contrat d'assurance ne devrait être subordonnée à la réalisation d'une étude génétique sur l'assurable. En revanche, dès lors que l'assureur peut demander au candidat à l'assurance des informations qui font soupçonner l'existence d'une prédisposition génétique, aucune raison ne saurait imposer au souscripteur de garder sous silence les résultats d'une étude

---

[1271] *Infra* n°863 et s.

[1272] Décret n°95-1000 portant code de déontologie médicale, 6 septembre 1995, *JO* 8 septembre.

génétique qui infirmeraient ou confirmeraient sa prédisposition[1273]. A défaut, l'équilibre des comptes de la société d'assurance pourrait se trouver affecté par une telle asymétrie de l'information, si tant est que la prédisposition, connue par le candidat à l'assurance, indiquât un risque élevé de contracter une maladie et que les capitaux couvrant ce risque fussent importants. Pour éviter que l'interdiction d'utiliser les résultats des études génétiques n'entraîne un tel déséquilibre préjudiciable à l'ensemble de la communauté des assurés, les assureurs la contourneront en utilisant les méthodes indirectes de sélection des risques.

§ 2 - L'interdiction contournée par les méthodes indirectes de sélection des risques

862. L'interdiction faite à l'assureur d'utiliser les résultats des études génétiques, même produits par les candidat à l'assurance, peut, de manière indirecte, être aisément contournée par l'assureur, sans que ce dernier puisse être sanctionné. En effet, la jurisprudence a reconnu « la liberté des parties de convenir du champ d'application du contrat et de déterminer la nature et l'étendue de la garantie »[1274].

863. Libre de délimiter le risque couvert, l'assureur pourra proposer à l'assuré le choix entre une gamme de contrats : certains ne garantiront pas le sinistre résultant soit de l'exposition de l'assuré à facteurs extérieurs nocifs à la santé, soit de la prédisposition génétique de l'assuré ; d'autres, moyennant une prime plus élevée, incluront la garantie de tels sinistres. Le départage entre les bons et des mauvais risques sera le fait des assurés eux-mêmes qui « s'auto-sélectionneront » en choisissant les contrats s'adaptant le mieux à leurs caractéristiques environnementales ou/et génétiques[1275]. Ainsi les personnes qui fument opteront-elles pour le contrat « fumeur », à l'inverse de celles qui ne fument pas[1276]. De même les individus connaissant leur prédisposition génétique au cancer du poumon

---

[1273] CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : cinq ans après,* 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999, p.125 : « Si tels problèmes venaient à se poser dans l'avenir, la législation pourrait ainsi prévoir qu'une compagnie d'assurance ne peut demander à un souscripteur potentiel de subir un examen portant sur ses caractéristiques génétiques comme préalable à la conclusion de son contrat. En revanche, le futur assuré ne pourrait cacher à un assureur le résultat d'un test de prédisposition qu'il aurait subi volontairement avant la conclusion de son contrat ».

[1274] Cass. civ. 1re, 24 mars 1992, *RGAT.* 1992.347, note J. Kullmann.

[1275] F. BOURGUIGNON et J.-J. DUBY, *Médecine prédictive. Nouvelles inégalités ou nouvelle solidarité, Risques,* n°21, 1995, p. 125, spéc. p. 133.

auront davantage tendance à choisir les contrats à couverture large qui, même à forte cotisation, les garantiront contre le décès et la maladie quelle que soit leur cause, alors que les personnes non prédisposées opteront pour la couverture partielle à faible cotisation.

864. Le régime de telles clauses du contrat dépend de leur qualification en condition de garantie ou en exclusion de garantie. En effet, l'article L.113-1 alinéa 1 du Code des assurances dispose que « les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police ». N'étant pas soumise à l'article L.113-1 du Code des assurances, la condition de garantie, n'a pas, à la différence de l'exclusion, à être formelle et limitée[1277]. De même le dernier alinéa de l'article L.112-4 du Code des assurances, qui dispose que les clauses des polices édictant des exclusions « ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents », ne s'applique pas aux conditions de garantie[1278]. En outre, depuis deux arrêts du 15 et 22 octobre 1980[1279], la jurisprudence émet une solution constante selon laquelle l'assureur, qui invoque une clause d'exclusion, a la charge de prouver la réunion des circonstances prévues par l'exclusion, alors qu'il appartient à l'assuré qui réclame le bénéfice de l'assurance d'établir que sont réunies les conditions requises par la police pour mettre en jeu la garantie[1280].

865. Si les régimes applicables à la condition et à l'exclusion de garantie sont clairement fixés, en revanche les critères de distinction entre ces deux notions ne le sont pas toujours. On peut définir la condition de garantie comme celle qui suspend le jeu de la garantie à la réalisation d'un risque dans des circonstances conformes à celles décrites dans le contrat. Au contraire, la clause d'exclusion procède par soustraction en précisant les faits ou les dommages qui sont retranchés de la garantie, alors que sans cette précision, ils auraient été couverts[1281].

La mise en œuvre de ces définitions soulève néanmoins quelques difficultés, car la rédaction de la clause peut influer sur sa qualification, même si les juges ne sont

---

[1276] D. BURG, *Sélection des risques. Les contrats non-fumeurs vont faire un tabac, L'Argus,* 9 août 1996, p.16.
[1277] Cass. civ. 1re, 12 mai 1993, *RCA* 1993.comm. 277, *RGAT* 1993.760, note R. Maurice.
[1278] Cass. civ. 1re, 27 novembre 1990, *RCA* 1991.comm. 70.
[1279] *Bull. civ.* I, n° 258, p. 207 et n°266, p. 212 ; *RGAT* 1981.51, note A. Besson ; *JCP* 1981.II.19611, note J. Bigot ; *RDI* 1981.523, obs. G. Durry.
[1280] Cass. civ. 1re, 8 novembre 1988, *RGAT* 1989.99, note J.-L. Aubert ; Cass. civ. 1re, 25 janvier 1989, *Bull. civ.* I, n°36, p. 23 ; *RGAT* 1989.344, note F. Chapuisat ; Cass. civ. 1re, 15 février 1995, *RGAT*.1995.406, note J. Maury.
[1281] A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre,* LGDJ, 1998, n°1-172, p.85.

pas liés par la qualification donnée par le contrat[1282]. L'analyse des décisions jurisprudentielles permettra ainsi de déterminer si les clauses qui imposent à l'assuré d'adopter une conduite préventive afin d'éviter le déclenchement de la maladie, pour laquelle est soupçonnée l'existence d'une prédisposition (A) et celles qui refusent la garantie lorsque le sinistre résulte d'une prédisposition génétique (B) doivent être qualifiées de clauses de condition de garantie ou de clauses d'exclusion de garantie.

A) Clause imposant à l'assuré d'adopter une conduite préventive

866. Si l'assureur connaît les facteurs extérieurs augmentant la probabilité de réalisation du risque génétique, il pourra, sans avoir besoin de connaître la prédisposition génétique du candidat à l'assurance, limiter le risque de survenance de la maladie en imposant à l'assuré de ne pas s'exposer aux facteurs déclenchants. La prime demandée à l'assuré variera selon que ce dernier choisira ou non d'adopter cette conduite préventive. Si l'assuré souscrit le contrat moins onéreux qui lui impose l'obligation de ne pas s'exposer aux facteurs extérieurs, le respect de cette obligation est-elle une condition de garantie ou sa méconnaissance constitue-t-elle une cause d'exclusion de garantie ?

867. Les décisions jurisprudentielles, rendues à propos de la clause imposant à l'assuré de respecter des mesures préventives, ont pu souvent apparaître contradictoires dans la mesure où les juges la qualifiaient tantôt d'exclusion, tantôt de condition, sans s'expliquer sur leurs motivations[1283]. Ainsi, par deux arrêts du 3 janvier 1991, la première chambre civile de la Cour de cassation a, dans l'un des arrêts, analysé la clause, qui imposait à l'assuré l'installation d'un dispositif antivol dans un camion de transport, en une *clause d'exclusion*, au motif qu'elle privait « l'assuré du bénéfice de la garantie des risques de vol en cas d'inobservation des *conditions* » prévues, alors que, dans l'autre arrêt, elle a traité

[1282] Cass. civ. 1re, 10 mars 1987, *RGAT* 1988.129, note J. Kullmann.
[1283] A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *préc.,* n°1-174, p. 86.

la clause qui subordonnait la garantie du vol d'une maison d'habitation à l'installation de serrures et de verrous comme une *condition de garantie*[1284].

868. Néanmoins, par un arrêt du 26 novembre 1996, la même chambre de la Cour de cassation a tenté de clarifier sa position en proposant un critère de distinction entre la condition et l'exclusion de garantie[1285]. Est une clause d'exclusion celle « qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie des risques de vol en considération des *circonstances particulières* de réalisation du risque ». S'inspirant de la formule employée par l'un des arrêts de 1991, la Cour de cassation, pour caractériser l'exclusion, substitue, néanmoins, au terme de « conditions », utilisé en 1991, source d'ambiguïté, ceux de « circonstances particulières » du sinistre. Sont ainsi opposées les stipulations prenant en considération *les circonstances particulières* dans lesquelles le sinistre s'est effectivement réalisé (ex : enclenchement de l'antivol au moment du sinistre), qui sont qualifiées d'exclusion, aux stipulations formulant une exigence générale, c'est-à-dire *« une situation permanente afférente au risque »*[1286], à laquelle la garantie se trouve subordonnée (ex : installation d'un antivol), qui sont des conditions de garantie.

869. Rien ne s'oppose à l'application de ce critère de distinction, fut-il élaboré à propos des mesures de protection contre le vol d'une chose[1287], à un contrat d'assurance couvrant la maladie ou/et le décès de l'assuré qui, en contrepartie d'une prime à un tarif normal, stipulerait une clause lui imposant de ne pas s'exposer aux facteurs déclenchant la maladie. En effet, la non-exposition de la personne à de tels facteurs serait une circonstance permanente afférente au risque de maladie et donc une condition de garantie. Ainsi, par exemple, la diminution de prime, accordée dans les contrats non–fumeur, parce qu'elle est subordonnée à l'obligation imposée à l'assuré de ne pas fumer de manière permanente pendant

---

[1284] Cass. civ. 1re, 3 janvier 1991, (deux arrêts) *RGAT* 1991.177, note J. Kullmann ; voir également deux arrêts similaires, rendus le 7 juillet 1992, dans lesquels la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé, d'une part, que la méconnaissance par l'assuré de son obligation d'installer des éléments de protection contre le vol sur les portes d'accès au magasin ne constituait pas une exclusion de garantie, mais, leur respect, une condition de garantie (*Bull. civ.* I, n°219, p.146 ; *RCA* 1992. comm. 429 ; *RGAT* 1992.617, note J. Kullmann), et d'autre part, que l'inobservation des « conditions » prévues par le contrat pour protéger les marchandises transportées constituait une exclusion de garantie (*Bull. civ.* I, n°216, p.145 ; *RCA* 1992. comm.432) .

[1285] Cass. civ. 1re, 26 novembre 1996, *Bull. civ.* I, n°413, p.287 ; *RGDA* 1997.132, note J. Kullmann ; H. GROUTEL, *Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie*, *RCA* 1997.chr.5 ; *Rapport de la Cour de cassation 1996,* Doc. Française 1997, p. 344 ; également, Cass. civ. 1re, 26 février 1999, *RGDA* 1999.307, note J. Kullman.

[1286] H. GROUTEL, *chronique préc.*

toute la durée du contrat, devrait être traitée comme une condition de garantie. A défaut d'une telle obligation, l'assuré, moyennant une prime plus élevée, doit, en effet, souscrire un contrat fumeur.

870. Le critère de distinction entre les circonstances particulières du sinistre et les conditions permanentes du risque garanti, s'il a permis de qualifier en condition de garantie la clause par laquelle l'assureur impose à l'assuré d'adopter un comportement visant à prévenir les troubles de sa santé, ne semble pas néanmoins applicable lorsque l'assureur ne garantit pas les sinistres résultant d'une prédisposition génétique.

B) Clause ne garantissant pas les suites d'une prédisposition génétique

871. Si le critère entre les circonstances particulières du sinistre et les conditions permanentes afférentes au risque est utile pour qualifier les clauses pour lesquelles un doute existe, son application ne doit pas méconnaître les différences structurelles existant entre la condition et l'exclusion de garantie. En effet, une exclusion « n'a de sens et de raison d'être que si, à défaut de son intégration au contrat, le sinistre considéré était garanti en vertu des stipulations de la police »[1288]. Au contraire, la condition subordonne la garantie à la réalisation du risque dans les circonstances spécifiées au contrat. Si ces circonstances ne sont pas remplies, le sinistre ne sera pas garanti sans qu'il soit nécessaire de l'exclure explicitement.

872. Ainsi, dans les assurances contre les accidents corporels, la police définit les circonstances particulières que doit présenter l'atteinte à la personne pour pouvoir être garantie (soudaine, extérieure, indépendante de la volonté). Il ne saurait être nié que ces éléments de définition du risque accident constituent une condition de la garantie[1289] (1). En effet, ces derniers, même s'ils sont « des circonstances particulières au sinistre », ne peuvent pas recevoir la qualification

---

[1287] Critère confirmé par Cass. civ. 1re, 2 avril 1997, *Bull. civ.* I, n°112, p. 75 ; *RGDA* 1997.737, note M.-H. Maleville.

[1288] J. KULLMANN, note sous Cass. civ. 1re, 14 mai 1991, *RGAT* 1991.621.

[1289] Cass. civ. 1re, 3 février 1993, *RGAT* 1993.325, note A. Favre-Rochex ; *RCA* 1993.comm.142 ; H. GROUTEL, *Suicide, assurance contre les accidents corporels et charge de la preuve (suite), RCA* 1993. chron. 13 ; Cass. civ. 1re, 13 mars 1996, *RGDA* 1996.687, note J. Maury ; Cass. civ. 7 juillet 1998, *RGDA* 1998.753, note A. Favre-Rochex : L'accident est une « circonstance, qui participant à la définition du risque, constitue une condition de la garantie ». De manière générale, les clauses qui définissent le risque pris en charge par l'assureur constituent des conditions de garantie : voir notamment, Cass. civ. 1re, 12 janvier 1999, *RGDA* 1999.309, note L. Mayaux.

d'exclusion[1290], dès lors que la mise en jeu de la garantie est subordonnée à ce que le risque se soit réalisé dans les circonstances définies par le contrat. En conséquence, si la prédisposition génétique est antinomique de l'accident, les suites de cette dernière ne pourront pas être garanties, sans qu'il soit nécessaire de le spécifier expressément dans la police.

En revanche, les contrats, qui couvrent la maladie ou le décès de l'assuré dont les causes importent peu, obligent l'assureur, s'il entend ne pas garantir la réalisation du risque provenant d'une prédisposition génétique, à insérer, dans la police, une clause d'exclusion (2).

(1) Condition de garantie dans l'assurance accident corporel

873. Les assurances accidents corporels (ou les assurances décès qui prévoient parfois le doublement, voire le triplement du capital versé en cas de décès accidentel) définissent, souvent, l'accident comme une atteinte corporelle, provenant de l'action soudaine d'une cause extérieure et indépendante de la volonté de l'assuré[1291].

874. En exigeant que l'atteinte ait une cause extérieure, l'assureur opère ainsi une sélection des risques en limitant sa garantie aux seules lésions non imputables à des causes internes à l'assuré[1292].

Aussi l'atteinte corporelle qui résulte de l'évolution progressive d'un processus pathologique, purement interne à l'assuré, ne rentre-t-elle pas dans la définition de l'accident[1293].

Au contraire, dès lors que le déclenchement pathogène de la prédisposition génétique implique un événement extérieur à l'intéressé, l'assuré ou ses ayants droit, qui parviennent à démontrer que, sans cet événement, le dommage ne se

---

[1290] H. GROUTEL, *chronique RCA* 1997 *préc.*

[1291] Cass. civ. 1re, 15 avril 1982, *RGAT.* 1983.232 ; Cass. civ. 1re, 8 novembre 1988, *RGAT* 1989.100, note J.-L. Aubert ; Cass. civ. 1re, 18 avril 1989, *RGAT* 1989.626, note J.-L. Aubert ; Cass. civ. 1re, 9 décembre 1992, *RGAT.* 1993.324, note A. Favre-Rochex ; Cass. civ. 1re, 20 janvier 1993, *RGAT.* 1993.328, note A. Favre-Rochex ; Cass. civ. 1re, 13 mars 1996, *préc. ;* Cass. civ. 1re, 9 juin 1998, *Dossier juridique et technique de l'Argus,* 30 octobre 1998, p. IV ; *RGDA* 1998.782, note M.-H. Maleville ; *D.* 1999.somm.228, obs. C. J. Berr.

[1292] R. HOUIN, *La notion d'accident dans l'assurance contre les accidents corporels, RGAT* 1947.218.

[1293] Cass. civ. 1re, 17 novembre 1987, *RGAT.* 1988.82, note J.-L. Aubert.

serait pas produit, établissent par là même son caractère accidentel[1294]. Mais, si cet événement extérieur n'a fait qu'accélérer la survenance de la lésion, laquelle « n'aurait pas manqué de survenir tôt ou tard », une telle lésion ne pourra pas, dans ce dernier cas, être reconnue comme accidentelle[1295].

875. Les principes sont clairs. En revanche, l'appréciation souveraine des juges du fond sur les éléments constitutifs de l'accident est « à géométrie variable »[1296], comme en témoignent les décisions rendues dans les hypothèses où l'assuré est décédé d'un infarctus[1297]. Ont été considérés comme accidentels, le décès dû à un choc émotionnel subi par l'assuré après qu'il a découvert le corps de son enfant unique qui s'était suicidé[1298], celui provoqué par un grand froid et un surcroît de travail chez une personne précédemment atteinte d'un infarctus - ce qu'elle avait déclaré à la souscription du contrat -[1299], ou encore celui survenu lors d'une sortie équestre, alors que l'assuré, bien que présentant une surcharge pondérale et une hypercholestérolémie, n'avait jamais manifesté auparavant aucun signe de cette affection[1300].

En revanche, les juges ont refusé de reconnaître un tel caractère accidentel au décès d'un assuré, victime d'une crise cardiaque au motif que l'annonce de sa promotion lors d'une réunion, même si elle avait suscité chez lui une émotion, n'était pas la cause de la crise cardiaque[1301].

876. La lésion, pour être reconnue comme accidentelle, doit se rattacher non seulement à un événement extérieur, mais aussi soudain et indépendant de la volonté de l'assuré. Le caractère de soudaineté s'apprécie par rapport à l'événement

---

[1294] Cass. civ. 1re, 30 novembre 1971, *RGAT* 1972. 411, note J. Bigot ; Cass. civ. 1re, 13 janvier 1982, *RGAT* 1983.74 ; Cass. civ. 1re, 23 juin 1998, *RGDA* 1998.755, note M.H Maleville : L'aggravation d'un état pathologique antérieur qui résulte d'une circonstance extérieur (chute) doit être qualifiée d'accident.

[1295] Cass. civ. 1re, 14 février 1989, *RGAT* 1989.402, note J. L. Aubert.

[1296] A. FAVRE-ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre,* LGDJ, 1998, n°3-8, p.377.

[1297] Voir également en matière de décès à la suite de paludisme transmis par des piqûres de moustique : Admission du caractère accidentel : Cass. civ. 1re, 20 janvier 1993, *RGAT* 1993.328, note A. Favre-Rochex ; *RCA* 1993.comm.182 **;** Refus du caractère accidentel : Cass. civ. 1re, 19 mai 1999, *RGDA* 1999.661, note M.-H. Maleville.

[1298] TGI Paris, 7 décembre 1977, *RGAT* 1979.215, note A. Besson.

[1299] Cass. civ. 1re, 22 avril 1992, *RGAT* 1992.582, note F. Vincent ; *RCA* 1992.comm. 291.

[1300] Cass. civ. 1re, 14 octobre 1997, *Argus, suppl.* n°6575 du 3 avril 1998, p. 15, LAMY, Assurances, 2000, n°3162 ; voir également Cass. civ. 1re, 8 novembre 1988, *RGAT.*1989.100, note J.-L. Aubert.

[1301] Cass. civ. 1re, 9 juin 1998, *Dossier juridique et technique de l'Argus,* 30 octobre 1998, p. IV ; *RGDA* 1998.782, note M.-H. Maleville ; *D.* 1999.somm.228, obs. C.-J. Berr ; voir également, Cass. civ. 1re, 13 décembre 1989, *Bull. civ.* I, n°388 p.261; *RCA.*1990.comm.92 ; *D.*1990.IR.28 : refusant de qualifier le décès d'un assuré des suites d'un infarctus, survenu pendant une période de surcroît de travail, d'accident.

lui-même et non en fonction de ses effets[1302]. Ainsi, la maladie liée à une prédisposition, lorsqu'elle implique une exposition longue aux facteurs extérieurs, ne peut pas être reconnue comme accidentelle, à la différence de celle dont la survenance peut se rattacher à un événement bref, même si les lésions en résultant surviennent longtemps après.

Néanmoins, la jurisprudence fait preuve de libéralisme en interprétant cette condition de soudaineté : elle s'attache davantage à « l'unité du fait générateur qu'à sa durée dans le temps»[1303]. Ainsi, la congestion cérébrale due à l'action lente du soleil sur la plage a pu être reconnue comme un accident[1304].

877. Indépendante de la volonté, l'événement générateur de la lésion accidentelle ne doit pas avoir été voulu par l'assuré. Cela explique que l'absence de suicide de l'assuré, puisqu'elle est une condition de garantie dans les assurances accidents, soit établie par l'assuré[1305], alors que dans les autres assurances, cette preuve incombe à l'assureur[1306]. Même si l'exposition volontaire de la personne prédisposée aux facteurs déclenchant la maladie ne saurait constituer, à défaut d'intention de causer le dommage, un suicide[1307], elle pourrait être qualifiée d'accident volontaire. En effet, l'accident volontaire est celui qui, traduisant un goût du risque anormal, résulte d'un comportement de l'assuré présentant des « dangers tellement évidents et probables que celui-ci peut être considéré comme les ayant sinon voulus, du moins provoqués par son imprudence ou sa négligence »[1308]. L'accident provoqué ne peut pas être garanti par le contrat, dès lors qu'il ôte à la lésion qui en résulte son caractère involontaire[1309].

878. Si la maladie ou/et le décès résultant d'une prédisposition génétique ne sont pas, en principe, couverts dans les assurances accidents, sauf à l'assuré d'établir que le sinistre a été causé par un fait extérieur, soudain, indépendant de sa volonté, il n'en est pas de même dans les assurances décès ou maladie, dans

---

[1302] R. HOUIN, *La notion d'accident dans l'assurance contre les accidents corporels, RGAT* 1947.218, spéc. p.225 ; LAMY, Assurances, 2000, n°3163.
[1303] R. HOUIN, *préc.* p.227; LAMY, Assurances, *préc.*
[1304] Cass. soc., 9 avril 1943, *RGAT* 1943.279.
[1305] Cass. civ. 1re, 3 février 1993, *RGAT* 1993.325, note A. Favre-Rochex ; *RCA* 1993.comm.142 ; H. GROUTEL, *Suicide, assurance contre les accidents corporels et charge de la preuve (suite), RCA* 1993. chr. 13 ; Cass. civ. 1re, 13 mars 1996, *RGDA* 1996.687, note J. Maury. *Contra*, Cass. civ. 1re, 14 mai 1991, *RGAT* 1991.620, note J. Kullmann ; *RCA* 1991.comm. 314 ; H. GROUTEL, *Suicide, assurance contre les accidents corporels et charge de la preuve, RCA* 1991.chr. 21.
[1306] Car il s'agit d'une exclusion légale (article L.113-1 alinéa 2 du Code des assurances).
[1307] *Supra* n°777 et s., spéc. n°786.
[1308] R. HOUIN, *La notion d'accident dans l'assurance contre les accidents corporels, RGAT* 1947.218, spéc. p.236; LAMY, Assurances, 2000, n°3165.

lesquelles les causes de la lésion sont indifférentes. Pour ne pas être garanties dans le cadre d'une assurance maladie et d'une assurance décès, les suites d'une prédisposition génétique doivent faire l'objet d'une clause d'exclusion dans la police.

(2) Clause d'exclusion de garantie dans les assurances maladie et décès

879. La liberté de l'assureur d'exclure les risques de sa garantie[1310] a été limitée par la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques[1311]. Ainsi convient-il de distinguer le régime des exclusions liées aux suites des prédispositions génétiques selon que le contrat d'assurance a été conclu avant (a) ou après l'entrée en vigueur de cette loi (b).

a - La liberté de l'assureur d'exclure les suites de prédisposition génétique dans les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1989

880. Si la charge de la preuve de la condition de garantie pèse sur l'assuré, celle de l'exclusion incombe, en application de l'article 1315 alinéa 2, à l'assureur[1312]. Encore faut-il, pour qu'une telle preuve puisse être efficace, que la clause d'exclusion soit valable.

881. Pour être valable, la clause par laquelle l'assureur exclut de sa garantie les suites d'une prédisposition génétique doit être formelle et limitée, en application de l'article L.113-1 alinéa 1 du Code des assurances. Un tel caractère a été reconnu aux clauses visant « les incapacités congénitales ou périnatales »[1313] ou « les conséquences de maladies ou d'infirmités *existant* à la date de prise d'effet de l'assurance »[1314]. Le laconisme de cette dernière formule, qui n'énumère pas les maladies ou infirmités dont les conséquences ne sont pas prises en charge par

---

[1309] Cas des participation à une rixe, même si les polices l'excluent le plus souvent expressément : CA Dijon, 15 septembre 1994, *JCP* 1995.IV.32.
[1310] Cass. civ. 1re, 7 janvier 1997, *RGDA*.1997.154, note Ph. Rémy.
[1311] dite loi Evin sur la prévoyance complémentaire dite, *JO* 2 janvier 1990.
[1312] Cass. civ. 1re, 15 et 22 octobre 1980, *Bull. civ.* I, n° 258, p. 207 et n°266, p. 212 ; *RGAT* 1981.51, note A. Besson ; *JCP* 1981.II.19611, note J. Bigot ; *RDI* 1981.523, obs. G. Durry.
[1313] CA Rouen 26 juin 1996, *JCP* 1997.IV.659.

l'assureur, a pu faire douter du caractère limité de l'exclusion[1315]. Néanmoins, il est certain que, même rédigée de la sorte, cette clause ne pourra pas viser les suites des prédispositions génétiques. En effet, circonscrite aux conséquences des seules maladies existant au jour du contrat, une telle exclusion ne saurait s'étendre à celles des maladies futures pour lesquelles la personne est prédisposée.

882. Pour s'appliquer aux prédispositions génétiques, la clause devrait donc viser les conséquences des maladies futures de l'assuré. Sauf à être illimitée et à vider le contrat de sa substance, elle ne peut néanmoins pas viser « toutes » ces conséquences. L'assureur, qui entend exclure les risques de maladie résultant d'une prédisposition, devra donc déterminer de façon précise la maladie pour laquelle il cantonne son exclusion. Ainsi a-t-il été jugé que l'exclusion qui concernait « les seuls risques d'affections cardiovasculaires » était formelle et limitée[1316].

883. Formelle et limitée, l'exclusion doit, en outre, apparaître en caractère très apparent dans le contrat, aux termes de l'article L.122-4 du Code des assurances. Dès lors, elle ne doit donc pas être rédigée en caractères ordinaires qui ne la distinguent pas des autres clauses de la police[1317].

884. Même si les clauses excluant la garantie des suites des prédispositions génétiques respectent les dispositions du Code des assurances, celles qui sont insérées dans les contrats d'assurance conclus après l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1989, risquent fort d'être invalidées.

b - La liberté limitée de l'assureur d'exclure les suites de prédisposition génétique dans les contrats conclus après l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1989

885. Applicable aux « opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque chômage » (article 1), la loi Evin du 31 décembre 1989 oblige l'assureur «à prendre en charge les suites des *états pathologiques survenus*

[1314] Cass. civ. 1re, 6 janvier 1993, *Bull. civ.* I, n°2, p.2 ; *RGAT* 1993.340, note J. Kullmann, *RCA* 1993.comm .101 ; Cass. civ. 1re, 23 juin 1993, *RGAT* 1993. 859, note A. Favre-Rochex.

[1315] J. Kullmann, note sous Cass. civ.1re, 6 janvier 1993, *RGAT. préc.*

[1316] Cass. civ. 1re, 20 janvier 1993, *RGAT* 1993.341, note J. Kullmann : l'existence d'un tel risque avait pu, en outre, justifier le paiement d'une surprime dès lors qu'il avait accru l'intensité des autres risques, qui eux, étaient couverts par le contrat.

antérieurement à la souscription du contrat (...), sous réserves des sanctions prévues en cas de fausse déclaration»[1318], et ce, que le contrat soit collectif ou individuel.

886. Néanmoins, le législateur autorise l'assureur à « refuser de prendre en charge les suites des *maladies contractées* antérieurement à la souscription (article 3 alinéa 2) en réservant cette faculté de l'assureur aux contrats individuels et aux contrats collectifs à adhésion facultative. Il soumet cette exclusion au régime de droit commun : en exigeant que « la ou les maladies antérieures dont les suites ne sont pas prises en charge soient clairement mentionnées », le législateur indique que cette clause doit être, conformément à l'article L.113-1 alinéa 1 du Code des assurances, formelle et limitée[1319] ; en imposant à l'assureur de faire la preuve de l'antériorité de la maladie à la souscription du contrat, il se conforme au régime de la preuve de l'exclusion, posée par la jurisprudence.

887. La distinction entre la notion d'état pathologique, dont les suites ne peuvent pas être exclues, et celle de maladie, pour laquelle l'assureur reste libre de ne pas en assumer les conséquences, plonge la doctrine, selon l'expression de M. J. Kullmann, dans un « abîme de perplexité »[1320]. Il semble que le législateur ait voulu interdire à l'assureur de refuser de prendre en charge le SIDA, suite de l'état pathologique qu'est la séropositivité[1321]. La notion d'état pathologique est donc plus large que celle de maladie et recouvre, ainsi, tous les troubles actuels ou futurs de santé de l'assuré[1322]. Dès lors que la prédisposition génétique indique, comme la séropositivité, un risque de contracter une maladie, qui - à la différence de la séropositivité - est héréditaire, il en résulte que la maladie génétique, qui en serait la suite, doit être prise en charge si cette dernière survient après la souscription du contrat. Le mécanisme institué par la loi Evin peut, ainsi, être un remède à l'exclusion des individus prédisposés de l'assurance[1323].

[1317] Rouen 26 juin 1996, *JCP* 1997.IV.659 ; Versailles, 12 novembre 1999, *D.* 1999.IR.269.
[1318] Article 2 alinéa 1 de la loi pour les contrats d'assurance groupe à adhésion obligatoire souscrits par un chef d'entreprise au profit de salariés. Article 3 alinéa 1 pour les contrats d'assurance groupe à adhésion facultative et le contrats individuels.
[1319] Cass. civ. 1re,
[1320] J. KULLMANN, note sous Cass. civ. 1re, 30 janvier 1996, *RGDA* 1996. 401, spéc. p.403.
[1321] Ph. LAIGRE, *La loi prévoyance*, *Dr. soc.* 1990.370, spéc. p. 377 ; F. BERDOT, *L'assurance de groupe après les réformes législatives du 31 décembre 1989, RGAT* 1990.775, spéc.p.784 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances,* Dalloz, 10e éd. 1998, n°922, p. 713 ; LAMY, Assurances, 2000, n°3184.
[1322] J. BIGOT, note sous TGI Paris, 1er juin 1995, *RGAT* 1995, p.640, spéc.p.644.
[1323] D. DIBIE, *Discriminations biologiques et droit des contrats,* dans, *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire,* direction C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, p.149, spéc. n°135 et s., p. 177 et 178.

888. On peut néanmoins se demander, à l'heure actuelle, si cette distinction n'est pas en train de s'effriter, à tout le moins, s'agissant de la séropositivité. En effet, par un arrêt du 4 mai 1999[1324], la Cour de cassation a jugé, pour faire échec à l'application d'une clause d'exclusion, insérée dans un contrat d'assurance groupe à adhésion facultative, qui se référait « les maladies sexuellement transmissibles », que celle-ci n'était pas formelle et limitée et ne pouvait donc pas s'appliquer aux conséquences de la séropositivité de l'assuré. Puisque le problème consistait à déterminer si les conséquences d'une séropositivité pouvaient être visées par cette clause d'exclusion, c'est donc que l'on admettait, au préalable, que la séropositivité était une maladie dont les suites auraient pu être exclues, si cela avait été précisément indiqué, et non un état pathologique dont les conséquences doivent, aux termes de la loi, toujours être prises en charge par l'assureur, sans qu'il lui soit possible de les exclure par une clause même formelle et limitée. Pourtant, le moyen selon lequel la séropositivité était un état pathologique et non une maladie n'était pas soulevé par le demandeur au pourvoi, et l'on peut douter qu'il fût de pur droit, ce qui aurait permis à la Cour de cassation de le soulever d'office[1325]. Aussi, même si des incertitudes subsistent pour qualifier la séropositivité d'état pathologique ou de maladie, celles-ci ne devraient pas affecter les prédispositions génétiques qui, en tout état de cause, ne sont pas une maladie.

889. Le législateur, en imposant à l'assureur de prendre en charge les suites d'un état pathologique, n'a néanmoins pas voulu instituer une assurance obligatoire[1326] niant la liberté de l'assureur de sélectionner les risques. En effet, parce qu'il énonce que cette prise en charge se fait « sous réserve des sanctions prévues en cas de fausses déclarations », le législateur permet à l'assureur d'interroger le candidat à l'assurance sur son « état pathologique » et de sanctionner ce dernier par la nullité de contrat en cas de fausse déclaration intentionnelle[1327]. En fonction des réponses, l'assureur garde sa liberté de refuser ou d'accorder sa garantie.

Certes, une différence existe selon la catégorie de contrat. Dans les contrats collectifs à adhésion facultative et les contrats individuels, l'assureur peut, en fonction de l'état pathologique d'un candidat, soit refuser de l'assurer, soit lui

---

[1324] Cass. civ. 1re, 4 mai 1999, *JCP* 1999.II.10176, rapport P. Sargos ; *RGDA* 1999.670, note M.H. Maleville ; *D.* 1999.IR.147.
[1325] En effet, ce moyen semble être mélangé de fait et de droit, puisque cela aurait obligé la Cour de cassation à qualifier la séropositivité d'état pathologique ou de maladie. J. BORE, *La cassation en matière civile,* Dalloz, 2e éd. 1997, n°2365 et s.
[1326] C.EVIN, *JO Sénat, C.R.,* 6 novembre 1989, p. 2994.

réclamer une cotisation plus élevée. En revanche, l'assureur ne peut pas, s'agissant de contrats collectifs à adhésion obligatoire - cas du contrat souscrit par un chef d'entreprise au profit des salariés -, refuser d'assurer une ou plusieurs personnes du groupe en raison de leur état de santé[1328]. Il dispose néanmoins d'une alternative : soit refuser d'assurer le groupe, soit, s'il l'accepte, adapter sa tarification collectivement en fonction de la gravité des risques déclarés[1329]. En outre, si dans ce type de contrat, l'assureur ne dispose pas de la faculté offerte dans les contrats individuels ou collectifs à adhésion facultative, d'exclure les suites des maladies contractées antérieurement, cela n'a pour effet de l'obliger à assurer des sinistres déjà réalisés[1330], mais seulement à garantir leurs conséquences futures. L'obligation de prendre en charge les suites des maladies contractées avant la souscription du contrat n'est donc pas susceptible de provoquer un déséquilibre des comptes de l'assureur. En effet, s'il accepte d'assurer ce groupe, après avoir eu connaissance de l'état de santé des salariés, c'est parce que l'existence de ce groupe permet une compensation des risques[1331].

890. Néanmoins, un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 8 juillet 1998[1332], témoigne, selon M. J. Kullmann, « d'une dérive inquiétante » de la loi. Il a, en effet, rejeté le pourvoi d'un assureur qui soutenait que sa garantie ne devait pas jouer dès lors que le souscripteur d'un contrat collectif obligatoire avait fait une fausse déclaration de son risque, ce qui n'était pas contesté. La Cour de cassation motive le rejet en énonçant que « les dispositions d'ordre public (de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1989) interdisaient à l'assureur d'opérer une sélection médicale en refusant d'assurer une personne du groupe ou de prendre en charge des risques dont la réalisation trouvait son origine dans l'état de santé antérieur de l'assuré ». S'il est vrai que l'assureur ne peut pas, dans les contrats collectifs à adhésion obligatoire, exclure les suites des maladies contractées avant la souscription, l'affirmation de l'arrêt selon laquelle la sélection médicale est interdite dans ce type de contrat méconnaît l'esprit et la lettre de la loi en neutralisant l'incidence de la fausse déclaration des risques.

[1327] H. GROUTEL, *Les assureurs et le titre 1er de la loi du 31 décembre 1989 sur « la prévoyance complémentaire », RCA* 1990.chr.4, spéc.p.2.
[1328] TGI Paris, 1er juin 1995, *RGAT* 1995.634, note J. Bigot.
[1329] TGI Paris, 1er juin 1995, *préc. ;* F. BERDOT, *préc.* , p.782 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *préc.*; LAMY, Assurances, *préc.*
[1330] Contra Y. LAMBERT-FAIVRE, *préc.,*n°1027, p.800.
[1331] J. BIGOT, note sous, TGI Paris, 1er juin 1995, *préc.,* spéc. p. 645.
[1332] Cass. civ. 1re, 7 juillet 1998, *RGDA* 1998.748, note critique J. Kullmann.

891. En effet, le système institué par la loi Evin ne peut fonctionner, sauf à s'orienter vers une assurance obligatoire, qu'à la condition que l'assureur, lors de la souscription du contrat, puisse évaluer les risques qu'il prend en charge en interrogeant la personne sur son état de santé et en sanctionnant sa déclaration inexacte. Pour que le système de la loi Evin puisse permettre d'assurer les risques liés aux prédispositions génétiques, il devrait donc être permis à l'assureur d'interroger la personne sur les résultats d'un test génétique de prédisposition.

Conclusion Titre I

892. L'interdiction de sélectionner les personnes en raison de leurs prédispositions génétiques dans le domaine de l'emploi et de l'assurance permet d'éviter les exclusions injustifiées des personnes prédisposées. Elle a néanmoins une portée réduite.

893. En droit du travail, la sélection des personnes prédisposées peut exceptionnellement être admise lorsque le facteur déclenchant la maladie se situe dans l'environnement du travail. L'impératif de protéger la personne contre les risques professionnels qu'elle encourt du fait de sa prédisposition pourrait alors justifier, dans une finalité médicale strictement définie, la réalisation d'une étude génétique de prédisposition. Les conséquences d'une telle détection seront limitées car la sélection, opérée en droit du travail, vise moins à exclure la personne de son poste du travail qu'à adapter ce poste à son état de santé.

894. A l'inverse, en droit des assurances, la sélection des assurés par leur prédisposition génétique, alors même qu'elle semble formellement interdite puisqu'elle ne répondra pas à une démarche médicale, risque néanmoins d'être opérée par l'assureur. En effet, dès lors que la connaissance des prédispositions génétiques apparaîtra nécessaire à l'équilibre de la mutualité des assurés, l'assureur utilisera des méthodes de sélection de ce risque autres que l'étude génétique. Ces méthodes indirectes pourraient être plus désavantageuses à l'assuré prédisposé que celles, directes, par lesquelles l'assureur l'interroge sur sa prédisposition pour adapter le contrat au risque de l'assuré.

Si la prédisposition devait constituer un risque aggravé susceptible d'entraîner un déséquilibre des comptes de la sociétés d'assurance, l'interdiction faite à l'assureur d'interroger l'assuré sur les résultats d'une étude génétique devrait alors être levée. En revanche, l'interdiction de réaliser une étude génétique à des fins exclusivement commerciales ne saurait être abandonnée dès lors que, dans ce cas, l'assureur n'a plus à craindre le phénomène d'anti-sélection.

895. L'employeur et l'assureur ne sont pas les seuls tiers concernés par la détection génétique de prédisposition d'une personne : ceux, qui ne sont pas étrangers à la réalisation du risque génétique, le sont aussi dans la mesure où leur responsabilité pourrait alors être engagée.

TITRE II - LA RESPONSABILITE DE LA REALISATION DU RISQUE LIE A UNE PREDISPOSITION GENETIQUE

896. Dès lors que la réalisation du risque lié à une prédisposition génétique, c'est-à-dire l'apparition de la maladie, est subordonnée à l'action d'un facteur extérieur déclenchant, la responsabilité de ceux, qui seraient à l'origine d'un tel facteur, peut être profondément modifiée par la détection de prédisposition génétique.

897. En effet, d'une part, si le tiers, dont l'activité est l'unique cause du déclenchement de la maladie d'une personne, doit en assumer l'entière responsabilité, en sera-t-il de même une fois établie que sans la prédisposition génétique de la victime, le tiers n'aurait causé à cette dernière aucun dommage?

La jurisprudence s'est intéressée à la prédisposition à la maladie[1333] longtemps sans savoir que cette réceptivité était parfois génétique. C'est donc en pratiquant une extrapolation des solutions acquises qu'il sera possible de déterminer celles qui seront applicables aux prédispositions dont l'origine génétique aura précisément été détectée au moyen d'un test génétique.

898. D'autre part, lorsque deux individus, indemnes de toute pathologie, donnaient naissance à un enfant malade, la maladie de ce dernier était autrefois perçue comme une fatalité. Depuis que l'on sait que cette maladie génétique est autosomique récessive, on explique sa survenance par la transmission à l'enfant de l'allèle muté du gène par chacun de ses deux parents[1334]. Ainsi, si seul l'un des parents est porteur du gène récessif de la maladie, son enfant n'a aucun risque d'être atteint de la maladie. La personne, chez qui aura été détectée une prédisposition génétique à transmettre une maladie à la descendance, pourra alors être informée du risque encouru par ses enfants à naître. Puisque la réalisation de ce risque suppose que la personne prédisposée procrée avec un autre individu lui-même prédisposé, l'absence de l'information de la personne prédisposée sur son risque et celui de son partenaire n'entraînera-t-elle pas la responsabilité de celui

[1333] *Supra* n°23.
[1334] *Supra* n°11 et 24.

qui devait lui délivrer l'information, en cas de naissance d'un enfant atteint de la maladie ?

Il s'agit alors déterminer à qui incombe la responsabilité soit du déclenchement de la maladie d'une personne génétiquement prédisposée (Chapitre I) soit de la transmission de la maladie à la descendance de celle-ci (Chapitre II).

CHAPITRE I - LA RESPONSABILITE DU DECLENCHEMENT DE LA MALADIE D'UNE PERSONNE GENETIQUEMENT PREDISPOSEE

899. Pour que la responsabilité d'un tiers dans le déclenchement de la maladie d'une personne génétiquement prédisposée puisse être engagée, il est nécessaire que son activité apparaisse comme une cause juridique du dommage. L'apparition d'une maladie chez un individu, porteur d'une prédisposition génétique, résultant de la conjonction de deux facteurs, l'un génétique -la prédisposition- et l'autre extérieur -le fait du tiers-, il convient donc de déterminer, parmi la pluralité d'antécédents qui expliquent scientifiquement la maladie, ceux qui, qualitativement, peuvent être retenus comme sa cause juridique[1335]. Cette analyse qualitative de la causalité est justifiée par l'impératif de ne réparer que le préjudice direct, c'est-à-dire celui qui, selon l'expression de Pothier, est la suite « nécessaire » du fait dommageable[1336]. Deux solutions sont possibles : soit on considère que la prédisposition génétique est la seule cause juridique du dommage lorsque, sans elle, le fait du tiers n'aurait pas provoqué la maladie ; soit, au contraire, on décide que ce fait en est la cause lorsqu'en son absence, la victime n'aurait pas été atteinte de la maladie.

Si la seconde solution devait être retenue, un autre problème surgirait : celui de savoir si, dans l'étendue du droit à réparation de la victime, il est nécessaire de tenir compte de l'influence causale respective de la prédisposition génétique et du fait du tiers dans l'apparition de la maladie. Faut-il procéder à une analyse, non plus qualitative, mais quantitative de la causalité, afin de mettre à la charge du tiers la seule « part » de la maladie pour laquelle son activité a joué un rôle révélateur, en excluant la « part » liée à la prédisposition génétique ?

[1335] N. DEJEAN de la BATIE, note sous Cass civ. 2e, 13 mai 1969, *JCP* 1970.II.16470. Sur la distinction entre la causalité qualitative et la causalité quantitative : F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation,* LGDJ, 1967, spéc. n°129, p. 105 ; et, *Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal, D.*1970.113 ; P. JOURDAIN, *Droit à réparation. Lien de causalité, Juris-cl. civ.,* articles 1382 à 1386, fasc.160, 1993, n°4.

[1336] R. POTHIER, *Traité des obligations,* Œuvres annotées et mises en corrélation avec Le Code civil et la législation actuelle par M. Bugnet, Tome II, Paris, 2e éd. 1861, n°167, p.81. Exigée par l'article 1151 du Code civil en matière contractuelle, cette condition s'étend à tous les domaines de la responsabilité.

900. A ces deux problèmes, la jurisprudence donne des solutions qui, -comme on peut s'en douter- ne visent pas les prédispositions détectées par une étude génétique. Pourtant, les solutions qu'elle dégage ont vocation à s'appliquer aux prédispositions génétiques. En effet, en utilisant le terme de prédisposition dans un sens large[1337], pour qualifier tel tout état pathologique physique ou mental propre à aggraver le préjudice résultant d'un accident, que la pathologie de la victime fut ou non déclarée avant l'accident[1338], la jurisprudence s'attache donc également à la réceptivité d'une personne à une maladie sans manifestation extérieure avant qu'un facteur extérieur ne vienne déclencher le processus morbide. Parce que la prédisposition génétique répond à cette dernière acception, il est alors vraisemblable que le jour où les différentes prédispositions auront été détectées par un test génétique, les solutions aujourd'hui acquises continueront d'être applicables.

901. La transposition des solutions actuelles à la prédisposition génétique implique donc de déterminer d'une part, si, malgré la prédisposition de la victime, l'existence d'un lien de causalité entre le déclenchement de la maladie et le fait du tiers peut être établie (section I) et, d'autre part, si la prédisposition a une incidence sur l'étendue du droit à réparation de la victime (section II).

[1337] *Supra* n°23.

[1338] J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, RTDC* 1976.1, spéc. p.3.

SECTION I - INCIDENCE DE LA PREDISPOSITION DE LA VICTIME SUR L'EXISTENCE DU LIEN DE CAUSALITE ENTRE LE DECLENCHEMENT DE LA MALADIE ET LE FAIT DU TIERS

902. Pour guider le juge dans l'analyse qualitative du lien de causalité, la doctrine a proposé plusieurs systèmes qui permettent de sélectionner, parmi les antécédents ayant joué un rôle dans la production du dommage, ceux qui seuls méritent le nom de cause juridique. Les deux thèses principales sont celles de « l'équivalence des conditions » et de « la causalité adéquate ».

903. Ainsi, dans la théorie de l'équivalence des conditions, élaborée par Von Buri, en droit pénal, au 19ème siècle, et exposée en France par Marteau[1339], seules sont traitées comme causes du dommage, les conditions sans lesquelles le dommage ne serait pas produit. Appliquée au cas de la prédisposition, cette théorie implique de reconnaître que l'événement extérieur à l'origine du déclenchement de la maladie génétique en est une cause, au même titre que la prédisposition elle-même, dès lors que la conjonction de ces deux facteurs externe et interne est une « condition *sine qua non* » à l'apparition de la maladie.

904. Si cette théorie a l'avantage de la simplicité, elle a été néanmoins critiquée au motif que son application risquerait de reconnaître tous les antécédents, même les plus éloignés, comme cause du dommage, et conduirait ainsi à remonter à « la causalité de l'univers »[1340]. Pour remédier à cet inconvénient, il peut être fait appel à la théorie de la causalité adéquate.

905. Soutenue par Von Kries au 19ème siècle et défendue en France par Favier[1341], la théorie de la causalité adéquate ne retient, parmi tous les antécédents sans lesquels il n'y aurait pas eu dommage, que celui ou ceux qui devaient normalement le produire « d'après le cours habituel des choses et selon

---

[1339] P. MARTEAU, *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, thèse Marseille, 1913, p.127 et s.

[1340] Notamment, P. JOURDAIN, *Droit à réparation. Lien de causalité, Juris-cl. civ.,* articles 1382 à 1386, fasc.160, 1993, n°4 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations – Les sources,* Tome 1, Sirey, 2e éd. 1988, n°549, p. 685 ; J. FLOUR et J.-L AUBERT, *Les obligations. 2- Le fait juridique*, Armand Colin, 8e éd. 1999, n°159, p.149.

l'expérience de la vie ». Afin de déterminer s'il existe un rapport adéquat et non seulement fortuit entre le dommage et son antécédent, il est nécessaire de se livrer à un « pronostic objectif rétrospectif ». Ainsi, à la lumière d'une appréciation faite après coup, seuls les événements qui rendaient probables ou prévisibles le dommage en seront les causes. En revanche, ceux dont l'effet dommageable ne s'est fait sentir qu'à la suite d'un enchaînement exceptionnel et imprévu de circonstances, seront non la cause mais l'occasion du dommage. Pour illustrer cette théorie, Endemman donne un exemple[1342] : « *A… porte à B… un léger coup sur le crâne, insuffisant à provoquer la moindre lésion chez un être normalement constitué. Mais B… est atteint d'une faiblesse particulière des os du crâne ; il subit une fracture et meurt. Le résultat s'est produit ; cependant l'acte de A… n'était pas généralement propre à produire la mort d'un adulte, dont la boîte crânienne est ordinairement ossifiée. L'infirmité particulière de B…, sans laquelle le résultat ne se serait pas produit, est un fait exceptionnel. Si, au contraire, il s'était agi d'un enfant, dont la boîte crânienne n'est pas normalement ossifiée, la conclusion aurait été différente, et l'acte de A… dont le rapport avec la mort de B…, adulte, est fortuit, serait considéré comme une circonstance généralement favorable à la mort d'un enfant. Il serait appelé par von Kries une cause adéquate de la mort de celui-ci. Dans notre première hypothèse, il parlera au contraire de cause et d'effets fortuits* ».

906. Si le « pronostic rétrospectif objectif » devait être réalisé de telle manière, l'existence de la prédisposition génétique de la victime ôterait à l'événement extérieur déclenchant, imputable au tiers, son caractère de cause du dommage, puisque cet événement n'aurait pas dû normalement provoquer la maladie chez une personne non porteuse d'une prédisposition. Adversaire de la théorie de la causalité adéquate, Endemman a pourtant commis une erreur dans la manière de procéder à l'analyse objective rétrospective. Un tenant de cette théorie, M. Dejean de la Bâtie, a, en effet, démontré que « le critère du normal doit seulement s'appliquer à *l'enchaînement causal lui-même*, tel qu'il se déroule à partir de l'intervention du fait dommageable ; il ne saurait être question de l'appliquer aux données de fait préexistantes »[1343]. Ainsi faut-il rechercher s'il est normal que la

---

[1341] F. FAVIER, *La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi délictuelle,* thèse Paris, 1951.

[1342] Exemple rapporté par P. MARTEAU, *préc.,* p. 94 et s. ; et H., L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* Tome II, Montchrestien, 6e éd. par A. Tunc, 1970, n°1441, p. 530.

[1343] N. DEJEAN de la BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français,* LGDJ, 1965, n°358, p.274 ; Egalement, J.-C. MONTANIER, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage,* thèse Grenoble, 1981, spéc. n°45 et s., p. 73 et s.

personne porteuse d'une prédisposition génétique soit atteinte de la maladie à la suite d'un traumatisme léger et non pas s'il est normalement prévisible qu'un individu soit prédisposé à un dommage. En conséquence, l'auteur d'un accident sera responsable du décès consécutif à l'infarctus de la victime, génétiquement prédisposée à une maladie du cœur, puisqu'il est normal et prévisible qu'elle succombe à un choc léger.

907. La prédisposition de la victime n'est donc pas, selon la doctrine, susceptible de rompre le lien de causalité entre le fait du tiers et le dommage[1344]. S'il n'est pas certain que les systèmes de l'équivalence des conditions et de la causalité adéquate aient reçu une consécration jurisprudentielle dans la mesure où l'analyse de la causalité semble être plutôt affaire de « sentiment »[1345], il semble néanmoins que le droit positif s'en soit inspiré pour déterminer l'influence des prédispositions de la victime sur la responsabilité d'un tiers. Il convient toutefois de se demander si l'analyse, posée en droit commun, grâce à laquelle il est décidé que la prédisposition n'affecte pas l'existence du lien de causalité entre l'activité du défendeur[1346] et la maladie de la victime (§1) perdure lorsque le dommage causé à la victime se réalise dans certains domaines particuliers (§2). On rappelle que l'on s'interroge sur l'incidence d'une prédisposition génétique de la victime à partir d'une jurisprudence qui n'utilise évidemment que le terme de prédisposition[1347].

[1344] Notamment : B. STARCK, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle), JCP* 1970.I.2339, spéc. n°84 et s. ; G. DURRY, *RTDC* 1970.174 ; 1971.657 ; N. DEJEAN de la BATIE, *Thèse préc.*, n°364, p.277, *;* J.-C MONTANIER, *Thèse préc.*, n°51 , p. 78*;* J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale,* LGDJ, 1973, n°502, p.326 ; J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, RTDC* 1976.1 ; C. LAPOYADE DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime,* Thèse Paris I, 1977, p. 421et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité,* LGDJ, 2e éd. 1998, n°434 p.300 et s ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité,* Dalloz, 1998, n°885 et s., p. 291 et s. ; *Contra* A. TUNC, *RTDC* 1963.356.

[1345] P. ESMEIN, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité, D.*1964.205, spéc., n°1.

[1346] Par commodité de langage, les termes de défendeur ou de tiers seront utilisés, dans la suite des développements, pour désigner celui dont la responsabilité est recherchée dans le déclenchement de la maladie de la personne prédisposée.

[1347] *Supra* n°900.

§ 1 - Incidence de la prédisposition sur l'analyse du lien de causalité en droit commun

908. Qu'ils utilisent le terme de prédisposition dans un sens large[1348] ou restreint[1349], les juges posent une solution constante selon laquelle la prédisposition, fût-ce un antécédent nécessaire au dommage, n'ôte pas au fait du tiers qui a déclenché ou aggravé la maladie de la victime son caractère de cause[1350]. Encore faut-il que le rôle causal de l'accident dans la production du dommage soit établi, ce qui relève du pouvoir souverain des juges du fond, qui face à ce problème scientifique auront souvent recours à l'expertise[1351].

Tout en admettant que les prédispositions de la victime à la maladie ne constituent pas un obstacle à l'établissement du lien de causalité entre le fait du défendeur et la maladie, les juges utilisent une terminologie différente pour justifier cette solution, selon que l'affaire est portée devant les juridictions civiles (A) ou pénales (B).

A) L'analyse faite par les juridictions civiles

909. Pour considérer que le fait du défendeur, qui a agi comme un facteur déclenchant ou révélateur d'une maladie pour laquelle la victime présentait une prédisposition, est la cause de cette maladie, les juridictions civiles semblent davantage se rallier au système de la causalité adéquate qu'à celui de l'équivalence des conditions.

[1348] Pathologie déjà déclarée avant le fait dommageable mais aggravée par celui-ci

[1349] Affection sans manifestation morbide avant que le fait dommageable ne vienne les déclencher.

[1350] Cass. civ. 2e, 28 novembre 1974, *Bull. civ.* II, n°317, p.261 ; Cass. civ.2e, 28 avril 1976, *Bull. civ.* II, n°132, p.102 ; Cass. civ. 2e, 15 décembre 1986, (2e espèce) *D.*1987.451, note Y. Lambert-Faivre.

[1351] Cass. crim., 14 janvier 1971, *Bull. crim.* n°13, p.28 ; *D.*1971.164, rapport Robert ; *RGAT* 1972.86 ; *RSC* 1971.423, G. Levasseur ; Cass. civ. 1re, 30 octobre 1985, pourvoi n°84-12.351 ; Cass. crim., 24 octobre 1989, pourvoi n°85-95.510, n°88-84.781 ; Cass. crim., 23 novembre 1994, pourvoi n°94-80.331 ; G. DURRY, obs. *RTDC* 1971.657 ; J. –C. MONTANIER, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage,* thèse Grenoble, 1981, spéc. n°38, p.69 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation,* Dalloz, 3e éd,. 1996, spéc. n°78 et s., p. 115 et s.

910. Ainsi les juges estiment-ils parfois que l'accident imputable au tiers est la cause déterminante[1352], voire unique de l'affection[1353], en présence d'une prédisposition de la victime qui a conditionné la production du dommage. De tels arrêts considèrent alors que la prédisposition n'a joué qu'un rôle secondaire dans la production du dommage, laquelle ne serait, selon le langage doctrinal de la causalité adéquate, qu'une simple occasion du dommage.

En utilisant une telle qualification, les juges apprécient la causalité d'une manière qualitative et non quantitative : même si, quantitativement, l'accident a joué un rôle minime dans la production du dommage par rapport à la prédisposition, il en est la cause qualitativement déterminante, voire unique, alors même que la maladie pourrait être principalement imputable aux prédispositions de la victime. Ainsi, dans une espèce où une personne mit fin à ses jours à la suite d'un accident, ce dernier a été retenu comme la cause « directe déterminante du suicide » alors même que le décès de la victime était imputable pour 60 % à ses prédispositions pathologiques[1354]. De même un arrêt a-t-il décidé qu'un accident, qui avait provoqué une crise de delirium tremens chez une victime en état d'imprégnation alcoolique et avait été « l'élément déclenchant de complications mortelles qui ne seraient pas survenues sans lui », était « la cause directe et unique du décès », peu important les « prédispositions pathologiques de la victime »[1355].

911. Pourtant, la non-utilisation de la terminologie de cause déterminante ou unique, pour qualifier un accident ayant déclenché la maladie d'une personne prédisposée, ne justifie pas, par ce seul motif, la censure de la Cour de cassation. Il est donc impossible d'affirmer que le système de l'équivalence des conditions soit totalement ignoré, d'autant plus que la formulation de certains arrêts ne permet pas toujours de déterminer à quel système se rattache la solution. Il en est ainsi lorsque la Cour de cassation refuse de censurer des arrêts ayant reconnu la responsabilité de l'auteur d'un accident au motif que cet accident, même s'il n'est que « pour

---

[1352] Paris 30 octobre 1940, *Gaz. Pal.* 1940.2.253 ; Poitiers, 17 décembre 1968, *Gaz. Pal.* 1969.1.171, note H. M. ; *RTDC* 1969.794, obs. G. Durry ; Nayral de Puybusque, *Prédispositions de la victime et partage de responsabilité, Gaz. Pal.*1969.2.1.

[1353] Cass. civ. 2e, 29 avril 1964, *Bull. civ.* II, n°334, p.251; Cass. civ. 2e, 13 janvier 1982, *JCP* 1983.II.20025, note N. Dejean de la Bâtie.

[1354] Poitiers, 17 décembre 1968, *préc.*

[1355] Cass. civ. 2e 13 janvier 1982, *préc.* L'ivresse est alors traitée comme une prédisposition. Si celle-ci n'a, bien évidemment, pas une origine génétique, en revanche, il est parfois évoqué des gènes de prédisposition à l'alcoolisme : E. DUMONT-DAMIEN et M. DUYME, *Génétique et Alcoolisme,* INSERM, 1993, voir spécialement les chapitres 6, *Les études de marqueurs génétiques de l'alcoolisme,* et 7, *Bilan et conclusion.*

partie la cause d'un décès », lequel s'explique également par la prédisposition de la victime, n'en est pas pour autant une cause hypothétique[1356].

912. Quel que soit le système adopté pour caractériser le lien de causalité en présence d'une prédisposition, la seule exigence de la Cour de cassation est celle d'un lien de causalité « direct »[1357] entre la maladie et le fait du défendeur.

Un exemple tiré du suicide de la victime, pour lequel une prédisposition d'origine génétique est peut-être impliquée[1358], permet d'illustrer cet impératif lorsque le suicide survient postérieurement à un accident. L'auteur de l'accident est tenu pour responsable du décès si l'accident a réveillé les prédispositions au suicide de la victime, laquelle, en l'absence de l'accident, n'aurait pas commis son geste fatal. Le lien de causalité entre l'accident et le suicide apparaît alors direct et certain[1359]. Si les juges du fond sont souverains dans l'appréciation du lien de causalité entre l'accident et le décès de la personne prédisposée, ils ne peuvent pas, sans encourir la censure de la Cour de cassation, imputer aux tiers la responsabilité du suicide en retenant un lien de causalité indirecte. Ainsi, dans une espèce où une personne, dont le psychisme avait été rendu vulnérable par un accident de tracteur, se suicida quelques mois plus tard, les juges du fond imputèrent le décès de la victime au conducteur du tracteur au motif que l'accident bien qu'il eût été la « cause indirecte du suicide, suffisait à établir l'existence d'un préjudice direct ». La Cour de cassation cassa cette décision en raison de l'ambiguïté, sinon de la contradiction, des motifs des juges du fond, lesquels ne lui permettaient pas de contrôler l'existence d'un lien de causalité entre l'accident survenu à la victime et le suicide de celle-ci[1360]. En effet, quelle que soit la nature de la prédisposition, les juges du fond doivent rechercher si l'accident a été un facteur déclenchant ou révélateur de la maladie car, à défaut, son lien de causalité avec le dommage ne saurait être établi[1361]. Si l'expertise ne parvient pas à lever le doute sur la relation

---

[1356] Cass. civ. 2e, 27 octobre 1969, *Bull. civ.* II, n°294, p.215.
[1357] Cass. civ. 2e, 19 juillet 1966, *D.* 1966.598, note M. le Roy ; *JCP* 1966.II.14902, note R. Meurisse ; *RTDC* 1967.154 , obs. G. Durry ; Cass. civ. 2e, 21 mai 1990, *Bull. civ.* II, n°112, p.57 ; *RCA* 1990.comm.272 ; *D.* 1990.IR.156 ; *RTDC* 1990.488, obs. P. Jourdain.
[1358] J. RUFFIE, *La médecine prédictive, Bio-éthique,* vol.2, n°3, mai-juin 1991, p. 132, spéc., p.142.
[1359] Cass. civ. 2e, 21 mai 1990, *préc.*
[1360] Cass. civ. 2e, 13 mai 1969, *JCP* 1970.II.16470, note N. Dejean de la Bâtie ; *RTDC* 1970.174, obs. G. Durry.
[1361] Cass. civ. 2e, 27 février 1985, pourvoi n°83-16.618.

causale, la victime sur laquelle pèse, en principe, la charge de la preuve du lien de causalité[1362] sera déboutée[1363].

La détection de prédisposition au moyen de tests génétiques facilitera certainement la preuve de cette relation causale[1364], puisque lorsqu'on connaîtra les gènes de prédisposition à la maladie, on saura aussi, dans le plupart des cas, quels seront les facteurs extérieurs susceptibles de déclencher la réalisation du risque génétique.

913. Outre sa responsabilité civile, celui qui a déclenché la maladie pour laquelle la personne était prédisposée, pourrait voir sa responsabilité pénale engagée. Pour reconnaître cette responsabilité en présence d'une prédisposition de la victime, les juridictions criminelles utilisent une motivation différente des juridictions civiles.

B) L'analyse faite par les juridictions pénales

914. En principe, la relation de causalité entre le fait et le dommage ne commande pas la responsabilité pénale dans la mesure où «ce qui importe surtout c'est que le délinquant ait accompli une activité qui, dans son esprit, tendait à la consommation d'une infraction »[1365].

915. Pourtant, même secondaire, le lien de causalité n'est pas absent. Ainsi peut-il déterminer la qualification d'une infraction.

Dans l'hypothèse où une personne connaît la vulnérabilité génétique d'un individu à un infarctus, et où, de manière intentionnelle, elle réalise un homicide en lui faisant peur, la qualification de meurtre[1366], voire d'assassinat, pourra être

---

[1362] En matière d'accident de la circulation, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation pose une présomption d'imputabilité du dommage lorsqu'un véhicule est impliqué dans l'accident et décide que cette présomption n'est pas détruite en raison des prédispositions de la victime : Cass. civ. 2e, 10 mai 1991, *RCA* 1991.comm.276. La Chambre criminelle déclare au contraire que la victime doit prouver le lien de causalité entre l'accident et le dommage dont elle entend obtenir réparation : Cass. crim., 13 juin 1991, *Bull. crim.* n°250, p. 644 ; *RCA* 1991.comm.383 ; H. Groutel, *Imputabilité du dommage à un accident de la circulation : la 2e chambre civile face à un choix, RCA* 1991 chr.26 ; *RTDC* 1992.126, obs. P. Jourdain.

[1363] Cass. civ. 1re, 30 octobre 1985, pourvoi n°84-12.351 ; Cass. civ. 2e, 7 février 1990, pourvoi n°88-20.325 ; Cass. civ. 2e, 27 février 1991, pourvoi n°89-19.564.

[1364] B. MANSART, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient,* Thèse Paris I, 1999, n°901, p. 469.

[1365] R. MERLE et A . VITU, *Traité de droit criminel,* Tome I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général,* Cujas, 7e éd. 1997, n°564, p.706.

[1366] Un tel meurtre, commis « sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique (...) est

retenue. Même si le moyen utilisé n'était pas susceptible de provoquer le décès d'une personne non prédisposée, le délinquant savait, en effet, qu'en raison de la faiblesse de la victime, ce moyen était propre à consommer l'infraction poursuivie[1367]. En revanche, si malgré son intention homicide, le délinquant ne tue pas la personne prédisposée par un tel moyen mais que cette dernière décède d'une cause étrangère à l'activité du défendeur, seule la tentative de meurtre pourra être retenue.

Il en sera de même si l'agent qui, ne connaissant pas les prédispositions génétiques de la victime, obtient le résultat escompté par un moyen différent de celui grâce auquel il pensait parvenir à ses fins. M. A. Decocq en donne une illustration : si un individu lance un véhicule automobile en direction d'une personne avec l'intention de lui donner la mort et que cette dernière, non atteinte par le véhicule, décède néanmoins d'une crise cardiaque, en raison de sa prédisposition, la qualification de meurtre pourra être retenue « si l'on admet que la mort de la victime a été causée par l'action de celui qui a dirigé le véhicule vers elle ». En revanche, à défaut d'un tel lien de causalité, on ne pourra parler que de tentative de meurtre[1368].

916. En outre, loin d'être secondaire, le lien de causalité joue un rôle décisif dans certaines infractions pour lesquelles il est une condition de la responsabilité de l'auteur. Ainsi le délit de mise en danger de la vie d'autrui, dont le principe est posé par l'article 121-3 alinéa 2 du Code pénal, consiste-t-il dans 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 sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement» (article 223-1 du Code pénal). Même en l'absence de résultat dommageable, l'infraction est constituée, à la condition toutefois qu'il existe un lien immédiat entre la violation des prescriptions légales ou réglementaires et le risque auquel a été exposée une personne[1369]. Un employeur qui, par exemple, méconnaîtrait les exigences du Code de travail en matière d'hygiène et de sécurité ne pourrait être condamné sur le fondement de cet article que si cette violation risquait de porter atteinte à l'intégrité corporelle des salariés. Dans l'hypothèse où les facteurs ambiants du travail ne pourraient être nocifs

---

apparente ou connue de son auteur », est puni de la réclusion criminelle à perpétuité : article 221-4 du Code pénal.

[1367] J.-C MONTANIER, *Thèse préc.,*n°163 et s., p. 161 et s., spéc. n°175, p.173.

[1368] A.DECOCQ, *Droit pénal général,* Armand Colin, 1971, p.188 et s.

[1369] Cass. crim, 16 février 1999, *Bull. crim.,* n°24, p. 55.

qu'aux seules personnes génétiquement prédisposées, l'employeur qui ne respecterait pas les mesures tendant à conjurer de tels risques environnementaux du travail, ne devrait pas être reconnu responsable si aucun des salariés de son entreprise n'était porteur d'une prédisposition génétique[1370]. En effet, le lien de causalité entre la violation des prescriptions et le risque auquel les salariés auraient été exposés ne pourrait pas alors être caractérisé.

917. Le lien de causalité est également primordial dans les infractions pour lesquelles la répression est liée à la production effective d'un résultat précis[1371], telles les infractions involontaires (articles 221-6 du Code pénal et s., anciens articles 319 et s.) et certaines infractions volontaires comme les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (article 222-7 du Code pénal, ancien article 311). La distinction entre l'homicide involontaire et les violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner réside dans la volonté ou non de l'agent d'obtenir un résultat dommageable :

- La faute "involontaire" « est une manifestation d'indifférence à une valeur protégée, où l'agent veut l'acte, mais pas le résultat »[1372] ;

- Les violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner supposent que l'auteur ait voulu non seulement l'acte, mais aussi partiellement ses conséquences. Elles constituent un délit *praeter* intentionnel dans la mesure où le résultat dépasse le but poursuivi par l'agent[1373]. En énonçant qu'un tel délit est constitué lorsqu'il existe un acte de violence volontaire « alors même que son auteur n'aurait pas voulu causer *le* dommage qui en est résulté »[1374], la jurisprudence entend-elle ne pas exiger la volonté de l'agent d'obtenir *un* résultat ? Si tel était le cas, il n'y aurait plus de critère de distinction entre les violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner et l'homicide

---

[1370] Hypothèse peut-être d'école dans la mesure où le fait de ne pas être porteur d'une prédisposition génétique à une maladie n'exclut pas que cette maladie n'apparaîtra pas dans une forme sporadique.
[1371] R. MERLE et A . VITU, *préc.,* n°564, p.708.
[1372] J. CEDRAS, *Le dol éventuel : aux limites de l'intention, D.* 1995.18.
[1373] G. STEPHANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général,* Dalloz, 16 éd. 1996, n°271, p.223.
[1374] Cass. crim., 3 janvier 1958, *Bull. crim.,* n°3, p. 5 ; Cass. crim., 7 juin 1961, *Bull. crim.* n°290, p. 559 ; Cass. crim., 21 octobre 1969, *Bull. crim.* n°258, p. 618 ; Cass. crim., 29 novembre 1972, *Bull. crim.* n°368, p. 932 ; *RSC* 1973.408, obs. G. Levasseur ; Cass. crim., 15 mars 1977, *Bull. crim.* n°94, p. 225 ; *JCP* 1979.II.19148, note B. Bonjean.
Cass. crim., 5 février 1979, *Bull. crim.* n°49, p. 140 ; Cass. crim. 21 novembre 1988, *Bull . crim.* n°392, p. 1034 ; Cass. crim., 6 juillet 1993, *Gaz. Pal.* 1993.2. somm.468, obs. J.-P. Doucet.

involontaire[1375]. Cette formulation doit donc être comprise comme impliquant que l'auteur de l'infraction de violence volontaire ait, à tout le moins, prévu et voulu une partie des conséquences dommageables de son acte, même s'il n'avait pas prévu toutes les conséquences effectivement réalisées[1376].

918. Dans l'homicide involontaire et dans les violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, la responsabilité de l'agent est engagée en fonction du seul résultat concret. Il importe peu alors que ce résultat ait été obtenu ou aggravé en raison de l'état de santé déficient de la victime[1377]. La seule condition exigée est celle d'une causalité certaine entre l'activité de l'agent et le décès de la victime[1378]. Le lien de causalité sera suffisamment caractérisé lorsque les coups, « non susceptibles d'entraîner directement la mort sur un sujet normal »[1379], ont facilité, « hâté ou aggravé une affection pathologique dont souffrait déjà la victime »[1380]. Cette solution a donc vocation à s'appliquer aux prédispositions génétiques à une maladie dont le déclenchement résulterait de l'intervention de l'auteur des violences, puisque le fait de ce dernier sera en relation causale avec la survenance de la maladie .

919. Pour justifier une telle analyse du lien de causalité, la Cour de cassation énonce, à propos de l'homicide involontaire, que ni l'article 319 ancien du code pénal, ni l'article 221-16 nouveau du Code pénal n'exigent un lien de causalité direct et immédiat entre la faute du prévenu et le décès de la victime[1381].

[1375] Pour une telle interprétation : M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers,* Dalloz, 2e éd. 1999, n°265, p.254.

[1376] La responsabilité de l'agent s'étend aux conséquences qu'il avait prévues et voulues et à toutes celles qui ont pu se produire : Cass. civ. 2e, 15 décembre 1965, *Bull. civ.* II, n°1021, p. 723 ; *D.* 1966.356 ; *Gaz. Pal.* 1966.1.240 ; TGI Annecy, 9 octobre 1991, *D.* 1993.somm.337, obs. J. Mouly ; *RSC* 1994.107, obs. G. Levasseur.

[1377] Cass. crim., 15 novembre 1928, *D.P.* 1932.1.56 (ancien article 309 du code pénal).

[1378] Article 221-6 (ancien article 319 du Code pénal) : Cass. crim., 14 février 1996, *Bull. crim.,* n°78, p.224 ; *RSC* 1996. 856, obs. Y Mayaud ; *JCP* 1996.I.3985, n°15, obs. G. Viney ; Cass. crim., 20 novembre 1996, *Bull. crim.,* n°417, p. 1211. Article 222-7 (ancien article 311 du Code pénal) : Cass. crim., 8 janvier 1991, *Bull. crim.,* n°14, p. 40 ; *D.* 1991.somm.271, obs. G. Azibert et 1992.115, note R. Croisier-Nerac ; *RSC* 1991.760 et 1993.100, obs. G. Levasseur.

[1379] Cass. crim., 26 avril 1994, *Gaz. Pal.* 1994.2.somm. 411, obs. J.-P. Doucet.

[1380] Cass. crim., 2 novembre 1967, *Bull. crim.* n°277, p. 651 ; *RSC* 1969.606, obs. G. Levasseur ; Cass. crim., 31 mars 1992, *Gaz. Pal.* 1992. 2. somm.357, obs. J.-P. Doucet ; *RSC* 1993.101, obs. G. Levasseur.

[1381] Cass. crim., 10 juillet 1952, *JCP* 1952.II.7272, note G. Cornu ; Cass. crim, 24 novembre 1965, *D.* 1966.104 ; *Gaz. Pal.* 1966.1.293 ; Cass. crim., 14 janvier 1971, *Bull. crim.* n°13, p.28 ; *D.* 1971.164, rapport M. Robert ; *RGAT* 1972.86 ; *RSC* 1971.423, obs. G. Levasseur; Cass. crim., 24 octobre 1973, *Bull. crim.* n°378, p. 927 ; Cass. crim., 7 janvier 1980, *Bull. crim.,* n°10, p. 24 ; *D.*1981.somm.257, obs. J. Penneau ; Cass. crim., 20 mars 1984, *D.* 1985.somm.363, obs. J. Penneau ; Cass. crim., 29 octobre 1985, pourvoi n°84-65.581 ; Cass. crim., 14 février 1996, *préc.*

Or, l'article 2 du Code de procédure pénale (entré en vigueur en 1959) subordonne l'action civile en réparation du dommage à ce que ce dernier soit « directement causé par l'infraction ». En se contentant d'un lien indirect de causalité entre le décès de la victime et la faute pour engager la responsabilité de l'auteur d'une infraction, la Cour de cassation ne fermait-elle pas du même coup l'action de la victime en réparation de son préjudice ? Une réponse négative a été constamment apportée. Ainsi dans une espèce où un accident avait provoqué des troubles psychiques chez la victime qui se suicida, l'auteur de l'accident fut reconnu coupable d'homicide involontaire par les juges du fond, au motif que le suicide de la victime était « la conséquence de l'affection mélancolique, elle-même révélée ou provoquée par le traumatisme, bien que son développement ait été partiellement lié à une prédisposition pathologique du sujet sans manifestation extérieure ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejeta le pourvoi en décidant que « le fait que l'accident n'ait été que la cause indirecte et partielle du suicide ne suffit pas à écarter l'existence d'un préjudice direct dont peuvent se prévaloir les ayants droit de la victime »[1382]. Par cette motivation qui, comme nous l'avons vu précédemment, apparaît ambiguë, voire contradictoire pour la deuxième Chambre civile[1383], la Chambre criminelle de la Cour de cassation distingue la causalité constitutive de l'infraction, qui peut être indirecte, de la causalité nécessaire à la recevabilité de l'action civile en réparation du préjudice né de l'infraction, qui doit être directe[1384].

Cette distinction est davantage d'ordre terminologique que conceptuel et ne traduit pas une divergence de fond entre les Chambres criminelle et civile de la Cour de cassation. En effet, en énonçant que la causalité constitutive de l'infraction peut être indirecte, la Chambre criminelle entend rejeter la théorie de la *causa proxima*[1385], laquelle préconise de ne retenir comme cause du dommage que les causes les plus proches. Par cause indirecte, elle admet ainsi une « cause lointaine, mais ayant avec le dommage un rapport direct de causalité »[1386]. Ce rapport direct est mis en valeur lorsque, statuant sur l'action civile en réparation du dommage, la Chambre criminelle exige un préjudice direct. Ainsi, lorsque la Chambre criminelle

---

[1382] Cass. crim., 14 janvier 1971, *préc.* ; également Cass. crim., 24 novembre 1965, *préc.*
[1383] Cass. civ. 2e, 13 mai 1969, *préc.*
[1384]R. LEGEAIS, *Les infractions d'homicide par imprudence et la conception jurisprudentielle de la causalité,* dans, *Droit pénal Contemporain. Mélanges en l'honneur d'A. Vitu,* 1989, éd. Cujas, p. 333, spéc. p. 340.
[1385] N. DEJEAN de la BATIE, note sous Cass. civ. 2e, 13 mai 1969, *JCP* 1970.II.16470 ; G. DURRY, *RTDC* 1971.658 ; R. MERLE et A . VITU, *Traité de droit criminel,* Tome I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général,* Cujas, 7e éd. 1997, n°571, p. 714 .

parle de causalité indirecte, sa solution ne diverge pas, malgré les apparences trompeuses, de celle de la Chambre civile qui exige un lien direct de causalité.

920. Une différence existe cependant car, pour considérer que la prédisposition de la victime ne détruit pas le lien de causalité, la Chambre criminelle semble davantage se rattacher au système de l'équivalence des conditions qu'à celui de la causalité adéquate. En effet, en traitant la faute du défendeur de « cause partielle » du dommage, elle admet implicitement que la prédisposition est également une condition *sine qua non* du dommage. On justifie généralement cette manière d'appréhender la causalité en relevant que la jurisprudence pénale, s'attachant davantage à la faute qu'à la causalité, a tendance à sanctionner toute faute qui figure parmi les antécédents du dommage, pourvu « qu'elle ait joué un rôle dans l'enchaînement des causes génératrices du résultat »[1387]. L'application de la théorie de l'équivalence des conditions dans le domaine des responsabilités fondées sur la faute ne risque donc pas d'entraîner, comme on lui reproche souvent, une extension de la responsabilité à l'univers entier, puisque n'est alors retenu comme cause du dommage que l'antécédent fautif[1388].

921. Certains arrêts de la Chambre criminelle se réfèrent néanmoins à la théorie de la causalité adéquate. Ainsi, dans une espèce où une personne, heurtée par une voiture, conduite par un individu en état d'ivresse, avait entrepris une course poursuite à l'issue de laquelle elle avait été terrassée par une crise cardiaque, la Cour de cassation, relevant que la chute de la victime sans gravité ne lui avait occasionné aucune blessure et ne devait normalement pas entraîner sa mort, refusa de reconnaître un lien de causalité entre la faute de l'auteur de l'accident et le décès de la victime. La mort n'était pas la suite de l'accident mais celle de la poursuite déraisonnable entreprise par la victime[1389]. Cet arrêt peut être interprété de deux manières. La Chambre criminelle peut avoir considéré que la prédisposition de la victime à une maladie cardiaque rompait le lien de causalité au motif que la faute ne devait normalement pas entraîner le décès. Cette interprétation ne semble néanmoins pas convaincante dans la mesure où l'application du système de la causalité adéquate ne saurait entraîner une négation

---

[1386] G. DURRY, *préc*.
[1387] R. MERLE et A . VITU, *préc.,* n°571, p. 717
[1388] J.-L AUBERT et J. FLOUR, *Les obligations. 2- Le fait juridique*, Armand Colin, 8e éd. 1999, n°159, p.149. Dans les domaines de responsabilité sans faute, par hypothèse, la faute ne peut plus être un critère de sélection. En conséquence, l'application de la théorie de la causalité adéquate à ces responsabilités, fondées sur la théorie du risque, permet d'éviter qu'elles ne tournent à l'absurde (n°158, p.149).
[1389] Cass. crim., 25 avril 1967, *Bull. crim.* n°129, p. 301 ; *Gaz. Pal.* 1967.1.343 ; *RTDC* 1967. 822, obs. G. Durry ; *RSC* 1968.77, obs. G. Levasseur.

du lien de causalité entre la faute et le dommage en présence d'une prédisposition. Au contraire, certains arrêts de la Chambre criminelle traitent la faute de l'auteur comme la cause unique[1390], essentielle[1391] ou déterminante[1392] du décès ou de l'incapacité, alors même que ces dommages ne seraient pas survenus sans une prédisposition de la victime.

922. La faute du défendeur est analysée dans l'arrêt comme une conséquence du dommage qui serait trop indirecte pour que puisse être retenu un lien causal. En effet, en l'espèce, ce n'était pas tant l'accident qui avait réveillé les prédispositions de la victime à une maladie cardiaque que la course poursuite, elle-même[1393]. Car, qu'elle s'attache principalement à la théorie de l'équivalence des conditions ou plus rarement à celle de la causalité adéquate, la Chambre criminelle de la Cour de cassation décide toujours que la faute du défendeur, qui a déclenché la maladie d'une personne prédisposée, est en rapport causal avec le dommage.

* *

*

923. Même si, afin d'établir le lien de causalité entre l'activité du défendeur et le dommage corporel d'une personne prédisposée, la Chambre civile et la Chambre criminelle de la Cour de cassation semblent parfois procéder par un cheminement différent, les résultats de leur analyse qualitative de la causalité sont identiques : dès lors que l'activité du défendeur a provoqué ou révélé une maladie à laquelle la victime était prédisposée, elle en est une cause juridique. La mise en évidence d'une origine génétique de certaines prédispositions ne devrait donc pas bouleverser cette analyse, puisque l'origine de celles-ci ne commande pas la solution. La prédisposition, génétique ou non, est-elle un antécédent nécessaire à la production du dommage, n'a pas pour effet d'ôter au fait du tiers son caractère causal.

924. Ces solutions de droit commun sont-elles remises en cause dans le domaine particulier du droit du travail, pour lequel le législateur a posé des règles spécifiques de réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles ?

[1390] Cass. crim., 6 mars 1956, *Bull. crim.,* n°222, p. 403 : « cause unique et déterminante ».
[1391] Cass. crim., 14 janvier 1970, *Bull. crim.,* n°22, p. 50 ; *RSC* 1970.866, obs. G. Levasseur.
[1392] Cass. crim., 23 février 1972, *Bull. crim.,* n°76, p. 180.
[1393] Ce cas se distingue donc du suicide qui survient après qu'un accident a déclenché les troubles psychiques de la victime, dans la mesure où la décision de se supprimer, prise par

De même, la mise en jeu de la responsabilité du médecin dont l'activité est commandée par l'intérêt du patient, ne justifie-t-elle pas d'analyser plus strictement la causalité lorsque la maladie pour laquelle individu est prédisposé apparaît à la suite d'une opération nécessaire à sa santé ?

§ 2 - Incidence de la prédisposition sur l'analyse du lien de causalité dans les domaines particuliers du travail salarié et de la relation médicale

925. Lorsqu'un dommage survient à l'occasion du travail, le fait dommageable n'est ni une faute, ni un fait imputable à une personne : c'est le fait du travail[1394]. Alors que, jusqu'au 19e siècle, la responsabilité de l'employeur était engagée sur le fondement de la responsabilité pour faute, puis de la responsabilité du fait des choses[1395], la loi du 9 avril 1898 a établi un régime spécifique : fondée sur l'idée que l'accident est un risque de la profession, la responsabilité de l'accident incombait à l'employeur qui, en contrepartie, n'assumait qu'une indemnisation forfaitaire et non intégrale du préjudice. Cette protection sur les accidents du travail a été étendue aux maladies professionnelles, liées à l'environnement du travail, par la loi du 25 octobre 1919. Puis, intégrant la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles dans l'organisation de la sécurité sociale, la loi du 30 octobre 1946, transféra aux caisses de la sécurité sociale la charge de l'indemnisation.

Dorénavant, en principe, la responsabilité de l'employeur ne peut plus être recherchée, conformément du droit commun (article L.451-1 du Code de la sécurité sociale)[1396]. La réparation forfaitaire en droit du travail rompt, en effet, tout rapport de responsabilité civile entre la victime et l'employeur.

926. En matière d'accident du travail et de maladie professionnelle, le législateur a posé une présomption : l'accident et la maladie survenus « par le fait ou à l'occasion du travail » sont présumés résulter du travail. Il n'est donc pas

---

la victime psychiquement diminuée, n'est plus une décision libre : G. DURRY, *RTDC* 1967.823.

[1394] G.VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité,* LGDJ, 2e éd. 1998, n°365, p.184.

[1395] Arrêt Teffaine, Cass. civ. 16 juin 1896, *D.P.* 1897.1.433, conc. L. Sarrut, note R. Saleilles, *S.* 1897.1.17, note A. Esmein.

[1396] En revanche, le salarié, atteint d'une affection qui ne peut pas être prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail ou les maladies professionnelles, peut engager une action contre son employeur selon le droit commun de la responsabilité civile contractuelle : Cass. soc., 11 octobre 1994, *D.* 1995.440, note C. Radé ; *RTDC* 1995.890,

nécessaire que la victime établisse le rôle du travail dans la genèse de son affection (article L.411-1 du Code de la sécurité sociale)[1397].

Pourtant, l'existence d'une prédisposition génétique atteste que la maladie, que l'on pensait liée à l'environnement, est portée dans les gènes de la personne. On pourrait avancer que « ce ne serait plus l'environnement professionnel qui serait le facteur causal après un délai d'exposition suffisant », mais l'individu « dans sa constitution génétique qui favoriserait en quelque sorte la maladie qui le touche »[1398].

Ainsi convient-il de déterminer si l'existence d'un risque génétique est susceptible de détruire cette présomption d'imputabilité de l'accident et de la maladie au travail (A).

927. Un problème d'un autre ordre se pose dans le domaine de la responsabilité médicale régie par les règles de droit commun. A la différence des situations, examinées précédemment, dans lesquelles les tiers portent atteinte à l'intégrité corporelle de la victime, dans un but étranger à son intérêt, l'intervention médicale vise à procurer un bénéfice à la santé de la personne qui s'y soumet. On peut alors se demander si le médecin, dont l'activité est *a priori* salvatrice, doit être rendu responsable d'un dommage, survenu consécutivement à son intervention, mais qui s'explique partiellement par la présence d'une prédisposition du patient (B).

---

obs. P. Jourdain ; Cass. soc., 28 octobre 1997, *D.* 1998.219, note C. Radé ; *JCP* 1998.I.185, n°6, obs. G. Viney.

[1397] L'article L.411-1 du Code de la sécurité sociale vise l'accident du travail et non la maladie professionnelle. Ses dispositions sont également applicables à cette dernière en vertu de l'article L.461-1 alinéa 1 du Code de la sécurité sociale.

[1398] G. LYON-CAEN, *Génétique et droit du travail, RIDE* 1993-1.61, spéc. n°2.2.1, p.71 ; également *Droit social, science, fausse-science,* dans, *Le génome et son double,* dir. G. Huber, Hermès, 1996, p. 163, spéc.p.172.

A) L'incidence de la prédisposition d'un salarié sur la reconnaissance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle

928. Lorsqu'une maladie résulte des conditions de travail, elle peut être qualifiée soit d'accident du travail, soit de maladie professionnelle.

929. L'accident du travail a été longtemps caractérisé comme un traumatisme occasionné par « l'action soudaine et violente d'une cause extérieure »[1399], survenant « au temps et lieu du travail ». Les critères de violence et d'extériorité semblent aujourd'hui délaissés[1400] par la Cour de cassation, laquelle définit l'accident comme « la brusque survenance d'une lésion physique au temps et lieu de travail[1401] ». Le critère de soudaineté distingue ainsi l'accident de la maladie, laquelle résulte d'une série d'événements à action lente auxquels on ne peut assigner une origine et une date précise[1402].

930. Ainsi, la maladie génétique d'une personne porteuse d'une prédisposition ne pourra pas être qualifiée d'accident du travail si le déclenchement de celle-ci a été le résultat d'une exposition progressive aux facteurs nocifs du travail. En revanche, si la victime parvenait à démontrer que cette maladie est apparue à la suite d'un événement soudain survenu au temps et lieu du travail, la qualification d'accident du travail devrait être acceptée. Un exemple du malaise cardiaque intervenu pendant le travail permet d'illustrer que la distinction entre la maladie et l'accident est d'une simplicité trompeuse. En effet, alors que la qualification d'accident du travail a été refusée à un infarctus du myocarde déclenché par le surcroît de travail d'un pilote, elle a été admise pour un malaise résultant d'une immobilisation prolongée imposée pendant le pilotage[1403].

931. A défaut d'établir la matérialité de l'accident, à savoir la brusque survenance en temps et lieu de travail de l'affection, la victime ne pourra pas

---

[1399] Cass. soc., 23 octobre 1958, *Bull. civ.* IV, n°1044, p.792 ; Cass. soc., 19 décembre 1961, *Bull. civ.* IV, n°1073, p. 856 ; *JCP* 1962.II.12894, note R.L.
[1400] J.-.J. DUPEYROUX, *La notion d'accident du travail, D.*1964.23, spéc. p.25 ; *Droit de la sécurité sociale,* Dalloz, 13e éd. par R. Ruellan, 1998, n°400, p. 507.
[1401] Cass. soc., 18 juin 1964, *Dr. ouvrier* 1964.360 ; Cass. soc. 5 mars 1970, *D.* 1970.621, note J.-J. Dupeyroux ; Cass. soc. 31 janvier 1973, *JCP* 1973.II.17535, note Y. Saint-Jours ; Cass. soc., 30 janvier 1985, *Bull. civ.* V, n°70, p. 50 ; Cass. soc., 21 octobre 1985, *Bull. civ.* V, n°480, p. 348 ; Cass. soc., 1er juillet 1987, *Bull. civ.* V, n°436, p. 278
[1402] Cass. soc., 30 novembre 1977, *Bull. civ.* V, n°670, p. 535 ; Cass. soc., 26 juin 1980, *Bull. civ.* V,n°576, p. 433 ; Cass. soc., 30 janvier 1985, *préc.*
[1403] Cass. soc., 19 décembre 1961 et 19 juillet 1962, *JCP* 1962.II.12894, note R.L.

bénéficier de la présomption d'imputabilité applicable aux accidents du travail[1404]. Le seul moyen dont elle dispose, afin d'être dispensée de prouver le rôle du travail dans la genèse de l'affection, est de se placer sur un autre terrain : celui des maladies professionnelles. En effet, si la victime établit qu'elle est atteinte d'une « maladie désignée dans un tableau des maladies professionnelles et contractée dans les conditions mentionnées dans ce tableau »[1405], sa maladie sera, en application de l'article L.461-1 alinéa 1 du Code de la sécurité sociale, présumée d'origine professionnelle.

932. Qu'elle soit attachée au caractère accidentel de la maladie ou à l'inscription de celle-ci sur le tableau, la présomption d'imputabilité a une même nature : elle dispense la victime d'établir le caractère professionnel de son affection. Cette présomption n'a pourtant pas une portée irréfragable : elle cède devant la preuve d'une cause totalement étrangère au travail, apportée par l'employeur ou la caisse de sécurité sociale[1406]. Elle sera ainsi détruite s'il est établi que la maladie est due « uniquement à des prédispositions constitutionnelles, abstraction faite de toute cause extérieure en relation avec le travail »[1407]. Tel sera le cas d'un malaise cardiaque, survenu au cours du travail, mais résultant d'une évolution normale d'une pathologie antérieure sans qu'aucune circonstance du travail n'ait déclenché l'infarctus, ni aggravé ses conséquences[1408].

Pour qu'elle soit écartée, aucun doute ne doit subsister quant à l'absence totale d'influence du risque professionnel sur l'origine et l'évolution de la maladie[1409]. En revanche, le seul fait que le travail ait déclenché un état latent permet à la

---

[1404] Cass. soc., 8 juillet 1985, *Bull. civ.* V, n°415, p.299.

[1405] Il existe trois grands types de maladies (article L.461-2 du Code de la sécurité sociale) :
-Les manifestations morbides d'intoxications aiguës ou chroniques (ex : cancers attribués à l'amiante) pour lesquelles la présomption est admise si les travailleurs ont été exposés de façon habituelle à des agents nocifs, mentionnés par les tableaux à titre indicatif ;
-Les infections microbiennes (ex : tétanos) sont présumées avoir une origine professionnelle lorsque les salariés ont été occupés d'une façon habituelle à certains travaux dont la liste est limitative ;
-Les affections résultant d'une ambiance ou d'attitudes particulières sont présumées professionnelles lorsque le salarié a exécuté, même de façon occasionnelle, des travaux limitativement énumérés dans les tableaux.

[1406] Cass. soc., 16 juillet 1956, *Bull. civ.* IV, n°686, p.513 ; Cass. soc., 5 juin 1969, *Bull. civ.* V, n°380, p.318 ; Cass. soc., 5 mars 1970, *D.* 1970.621, note J.-J. Dupeyroux ; Cass. soc. 8 mars 1972 et 31 janvier 1973, *JCP* 1973.II.17535, note Y. Saint-Jours ; Cass. soc., 17 janvier 1973, *Bull. civ.* V, n°28, p.24 ; Cass. soc., 27 octobre 1978, *Bull. civ.* V, n°736, p.552 ; Cass. soc., 12 octobre 1983, *Bull. civ.* V, n°489, p.349 ; Cass. soc., 14 novembre 1984, *Bull. civ.* V, n°437, p.324.

[1407] Cass. civ., 8 janvier 1948, *JCP* 1948.II.4227.

[1408] Cass. soc., 21 octobre 1965, *Bull. civ.* IV, n°689, p.580 ; Cass. soc., 14 novembre 1984, *préc.* ; Cass. soc., 5 février 1998, pourvoi n°96-11.356.

présomption de s'appliquer, alors même que ce facteur extérieur eût été insignifiant pour un sujet non prédisposé[1410]. Ainsi la prédisposition familiale à une maladie n'est-elle pas, en elle-même susceptible, de rendre le décès du salarié imputable à une cause entièrement étrangère au travail[1411], car même si un doute subsiste sur la relation causale du travail, ce dernier profite au salarié[1412].

933. Sans incidence sur le renversement de la présomption d'imputabilité, l'existence de la prédisposition génétique d'un salarié ne devrait pas davantage empêcher de reconnaître la qualification d'accident du travail ou de maladie professionnelle à une maladie lorsque cette présomption ne s'applique pas. Cela est certain en matière d'accident du travail. En effet, lorsque la maladie survient tardivement après l'accident, la victime, qui établit que l'accident en est la cause génératrice, est indemnisée au titre de la législation sur les accidents du travail. De même que le suicide d'un salarié, s'il est la conséquence directe de troubles neuropsychiques survenus à la suite d'un accident du travail, est imputé à cet accident[1413], la maladie génétique qui surviendrait tardivement après qu'un accident du travail a déclenché la prédisposition du salarié devrait être rattachée à ce dernier.

934. Dans le domaine des maladies professionnelles, la solution est moins évidente, même si le droit a évolué afin de permettre à la victime d'établir l'origine professionnelle de sa maladie non couverte par la présomption d'imputabilité.

935. En effet, avant la loi du 27 janvier 1993, ne pouvaient être admises comme maladies professionnelles que les maladies limitativement énumérées dans des tableaux, annexés au Code de la sécurité sociale. Le système de la liste limitative présentait l'inconvénient d'exclure la prise en charge, au titre professionnel, des maladies qui ne figuraient pas sur la liste alors même qu'à l'évidence ces dernières étaient dues aux conditions de travail[1414].

[1409] Cass. soc. 10 février 1966, *Bull. civ* IV, n°176, p.148 ; *D.* 1966.305, concl. Mellotée ; Cass. soc., 21 octobre 1965, *préc.*
[1410] Cass. soc., 11 février 1955, *D.* 1955.378
[1411] Cass. soc. 12 octobre 1983, *Bull. civ.* n°489, p. 349.
[1412] Cass. soc., 16 juillet 1956, *Bull.* IV, n°686, p.513 ; Cass. soc., 20 juillet 1981, *Bull. civ.* V, n°718, p. 533.
[1413] Cass. soc., 13 juin 1979, *Bull. civ.* V, n°535, p. 393 ; Cass. soc., 23 septembre 1982, *Bull. civ.* V, n°524, p. 386.
[1414] Ass. Plén, 21 mars 1969, *Bull. civ.,* n°3, p.5 ; Cass. soc., 21 octobre 1985, *Bull. civ.* V, n°480, p. 348. Le salarié dont la maladie n'était pas inscrite sur la liste pouvait néanmoins mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'employeur : Cass. soc., 11 octobre 1994, *D.*1995.440, note C. Radé ; *RTDC* 1995.890, obs. P. Jourdain ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 3e éd,. 1996, n°272, p. 352.

Rigide, ce système était inadapté dans la mesure où la plupart des maladies professionnelles sont plurifactorielles : leur étiologie résulte de facteurs tant génétiques qu'environnementaux[1415].

936. Aussi était-il nécessaire de compléter le système de la liste dans lequel la présomption d'imputabilité devait continuer à jouer, par un système hors liste permettant à la victime d'apporter la preuve du caractère professionnel de toute maladie. Inspirée par des recommandations de la CEE[1416] et par le rapport Dorion et Lenoir[1417], la loi n°93-121 du 27 janvier 1993[1418] introduisit un système mixte en modifiant l'article L.461-1 du Code de la sécurité sociale. Tout en maintenant le système de présomption d'origine professionnelle, la loi offre, désormais, à la victime, dans le cas où cette présomption ne pourrait pas jouer, la possibilité d'établir l'origine professionnelle de sa maladie dans deux hypothèses.

937. D'une part, lorsque la maladie est inscrite sur un tableau mais que la victime ne remplit pas toutes les conditions mentionnées par celui-ci (tenant au délai de prise en charge, à la durée d'exposition ou à la liste limitative des travaux), la maladie peut être reconnue professionnelle « lorsqu'il est établi qu'elle est *directement* causée par le travail habituel de la victime » (article L.461-1 alinéa 3 C.S.S.). Tel sera le cas lorsque le salarié, malgré sa prédisposition génétique, parvient à établir que les facteurs ambiants du travail ont déclenché sa maladie.

938. D'autre part, une maladie non inscrite sur le tableau, pourra être reconnue d'origine professionnelle « lorsqu'il est établi qu'elle *est essentiellement et directement* causée par le travail habituel de la victime et qu'elle entraîne le décès de celle-ci ou une incapacité permanente » gravement invalidante[1419] (article L.461-1 alinéa 4 C.S.S.)[1420].

[1415] J.-M. BETEMPS, *L'amélioration de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, Dr. soc.* 1993.129, spéc. p.130, A. THEBAUD-MONY, *La reconnaissance des maladies professionnelles*, Doc. Française, 1991, p. 109 ; G. DORION et D . LENOIR, *La modernisation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles. Rapport au ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection Sociale,* Doc. Française,1991, p. 76.

[1416] 23 juillet 1962, *JOCE* du 31 août 1962, L.80, p.2188 ; 20 juillet 1966, *JOCE* du 9 août 1966, L. 147, p. 2696 ; 22 mai 1990, *JOCE* 26 juin 1990, L.160, p. 39.

[1417] G. DORION et D . LENOIR, *Rapport préc.*, p. 78 et s.

[1418] Article 7 de la loi portant DMOS, *JO* 30 janvier ; Y. SAINT-JOURS, *La reconnaissance des maladies professionnelles depuis la loi n°93-121 du 27 janvier 1993 (une réforme en trompe-l'œil), D.*1994.58.

[1419] L'article R.461-8 du Code de la sécurité sociale dispose que le taux d'incapacité doit au moins être égal à 66,66%.

[1420] Les comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles sont compétents pour donner un avis motivé sur l'origine professionnelle de la maladie, qui s'impose à la caisse primaire de la sécurité sociale (L.461-1 alinéa 5 C.S.S.).

939. En exigeant que le travail ait joué un rôle non seulement direct, mais aussi essentiel dans le déclenchement d'une maladie non inscrite sur une liste, le législateur s'est référé au système de la causalité adéquate[1421]. Si le législateur exige que le rôle du travail soit essentiel, il admet que la preuve d'une maladie d'origine exclusivement professionnelle n'a pas à être rapportée, mais refuse néanmoins que le rôle du travail soit secondaire[1422]. La distinction simple en théorie peut susciter des doutes en pratique[1423], notamment lorsqu'un salarié, porteur d'une prédisposition génétique a vu sa maladie se déclencher au contact des facteurs du travail. En effet, pour chaque maladie, la part respective des facteurs génétiques et environnementaux est plus ou moins importante[1424]. En conséquence, si le terme « essentiel » se référait au rôle quantitatif du travail dans la survenance de la maladie, il en résulterait qu'une maladie ne pourrait être reconnue d'origine professionnelle, alors même que le travail l'aurait déclenchée, lorsque la contribution de la composante génétique dans l'apparition de la maladie a été prépondérante. Une telle interprétation doit être rejetée dans la mesure où l'application du système de la causalité adéquate ne conduit pas à une appréciation quantitative du lien de causalité. Au contraire, comme cela a pu être étudié précédemment en droit commun, les arrêts, qui s'attachent à la théorie de la causalité adéquate dans le domaine de la responsabilité civile, retiennent que le fait du tiers, dès lors qu'il a agi comme un facteur déclenchant de la maladie, en est une cause essentielle, voire unique, même si la prédisposition de la victime a contribué dans une proportion importante à la réalisation du préjudice[1425].

940. Puisque le législateur a entendu se référer à la théorie de la causalité adéquate en utilisant le terme de « cause essentielle », ce dernier terme doit donc être interprété à la lumière d'une analyse qualitative et non quantitative de la

---

[1421] J.-M. BETEMPS, *L'amélioration de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, Dr. soc.* 1993.129, *préc.*, spéc. p.131 ; M. BADEL, *Le perfectionnement du dispositif de réparation du risque professionnel par le droit social, Dr. soc.* 1998.644, spéc.p.645-646.

[1422] J.-M. BETEMPS, *préc.,* p.131.

[1423] M. BABIN, *Les logiques de reconnaissance des maladies professionnelles, Dr. soc.* 1998.673, spéc. p. 677.

[1424] CCNE, *Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention »,* n°46, 30 octobre 1995*,* Rapport scientifique, Doc. Française, 1997, p. 38.

[1425] Ainsi la Cour d'appel de Poitiers a-t-elle jugé dans un arrêt du 17 décembre 1968 que le fait d'un tiers avait été la cause unique et déterminante du suicide, pourtant imputable pour 60 % aux prédispositions de la victime (*Gaz. Pal.* 1969.1.171, note H. M. ; *RTDC* 1969.794, obs. G. Durry ; Nayral de Puybusque, *Prédispositions de la victime et partage de responsabilité, Gaz. Pal.*1969.2.1.) Cet arrêt, comme nous allons l'étudier dans la section suivante, est néanmoins critiquable en ce que les juges ont diminué le droit à réparation de la victime en raison de ses prédispositions ; Cass. civ.2e, 13 janvier 1982, *JCP* 1983.II.20025, note N. Dejean de la Bâtie.

causalité : doit être ainsi considérée comme essentielle toute cause de maladie dans laquelle le travail a joué un rôle révélateur ou déclenchant, même si la personne était fortement prédisposée. L'établissement du rôle causal du travail dans la survenance de l'affection d'un salarié permettra aux caisses de la sécurité sociale de recenser les nouvelles maladies professionnelles, afin qu'une fois inscrites sur les tableaux officiels, ces maladies puissent être couvertes par la présomption[1426].

941. Quand bien même des règles particulières sont posées en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles, l'analyse du lien de causalité entre le déclenchement de la maladie du salarié génétiquement prédisposé et le travail ne heurte pas la solution retenue en droit commun en matière de prédisposition : le travail, au même titre que le fait d'un tiers, est la cause juridique de la maladie pour laquelle la victime était prédisposée, lorsque sans lui la maladie ne se serait pas déclarée.

En est-il de même en matière de responsabilité médicale ?

B) L'incidence de la prédisposition du patient sur la reconnaissance de la responsabilité du médecin

942. Afin de déterminer si le médecin doit être reconnu responsable du dommage survenu à la suite d'une opération ayant déclenché une affection pour laquelle le patient était prédisposé, il convient de distinguer selon que la responsabilité du médecin est recherchée sur le terrain de la faute (1) ou non (2).

(1) La responsabilité pour faute du médecin

943. L'obligation de moyens à laquelle est encore, en principe, tenu le médecin implique que sa responsabilité soit recherchée sur le terrain de la faute. Cette obligation confère un « caractère particulier » à la solution du problème des

[1426] Y. SAINT-JOURS, *Les cancers professionnels : identification, réparation, prévention, Dr. soc.* 1995.520, spéc. p.522.

prédispositions[1427]. La jurisprudence opère en ce domaine une distinction fondée sur la prévisibilité ou non de la réalisation du risque lié à une prédisposition du patient.

944. La réalisation d'un tel risque est prévisible pour le médecin à la double condition que les données de la science permettent de détecter les prédispositions du patient à la maladie et qu'elles établissent que l'intervention médicale constitue un facteur déclenchant de cette maladie.

Si tel est le cas, le médecin a l'obligation de se renseigner sur les prédispositions de son patient avant de lui administrer un traitement[1428]. A défaut de s'informer, le médecin commet une faute en ne prenant pas toutes les précautions nécessaires afin d'éviter que l'intervention médicale ne provoque le risque pour lequel son patient était prédisposé[1429]. S'il est établi que la maladie du patient a été déclenchée par l'activité du médecin[1430], ce dernier ne peut, en effet, soutenir que la prédisposition de son patient, sans laquelle le dommage ne serait pas survenu, l'exonère de sa responsabilité pour faute[1431] lorsque, eu égard aux données acquises ou actuelles de la science, l'opération réalisée apparaissait contre-indiquée en présence d'une prédisposition[1432]. Au contraire, l'existence d'une prédisposition lui impose soit de s'abstenir, soit d'adapter son traitement afin d'éviter la réalisation

---

[1427] J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, RTDC* 1976.1, *préc.* spéc. p.28 ; Voir également, J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale,* LGDJ, 1973, n°502 *bis* et s., p.327 et s.; A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, conditions des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie,* LGDJ, 1986, n°281, p. 242.

[1428] Lyon, 17 novembre 1904, *S.* 1907.2.233, note E.-H. Perreau ; Cass. civ. 1re, 2 février 1960, *D.* 1960.501 ; P .JOURDAIN, *Le devoir de « se » renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement), D.* 1983.139, spéc. p. 142, n°2.

[1429] Trib. civ. Seine, 29 oct. 1912, *Gaz. Pal.*1912.2.493 ; Trib. civ. Seine, 25 février 1929, *Gaz. Pal.* 1929.1.424 ; Cass. civ. 1re, 13 février 1985, *JCP* 1985.II.20388, concl. Gulphe ; Cass. civ. 1re, 20 octobre 1993, pourvoi n°91-19.113.

[1430] Paris, 5 mai 1957, *D.* 1957.299 ; *JCP* 1957.II.10020, note R. Savatier ; Cass. crim., 23 octobre 1996, pourvoi n°95-86.131 ; Cass. civ., 1re, 11 décembre 1984, *Bull. civ.* I, n°332, p.283 ; *D.* 1985. somm.367, J. Penneau : Les juges du fond doivent caractériser le lien de causalité entre l'activité du médecin et le dommage subi par la personne s'ils ne veulent pas encourir une cassation pour défaut de base légale. (En l'espèce, le lien de causalité entre la faute du médecin, qui n'avait pas informé la clinique des tendances suicidaires de son patient, et le dommage subi par ce dernier, à la suite d'une tentative de suicide, n'était pas caractérisé puisque la clinique, reconnue responsable de ce dommage, n'ignorait pas le risque de la personne) ; Cass. civ. 1re, 3 mars 1998, *Bull. civ.* I, n°90, p. 60 ; *Gaz. Pal.* 1998.2.panor. cass.215, *D.*1998.IR.88, *RDSS* 1999.568, note G. Mémeteau (absence de responsabilité de la clinique, non informée des tendances suicidaires du patient).

[1431] Paris, 1er mars 1949, *S.* 1949. tables.56 ; cass. civ. 1, 13 février 1985, *préc.*

[1432] Amiens, 14 février 1906, *S.*1909.2.225 ; Colmar, 24 juin 1975, *D.* 1976.249, note Ph. Le Tourneau.

du dommage[1433]. Ainsi, informé des prédispositions au suicide d'un patient, le médecin qui n'exerce pas une surveillance particulière en prenant toutes les mesure nécessaires pour prévenir le suicide, sera responsable du suicide[1434].

945. En revanche, en présence d'une prédisposition dont la réalisation est imprévisible, on ne saurait reprocher au médecin de ne pas avoir pris les précautions de nature à empêcher la survenance de la maladie à la suite des soins. La réalisation du risque lié à une prédisposition est imprévisible lorsque le médecin n'a aucune raison de penser que l'intervention médicale est susceptible de déclencher la maladie, parce que le praticien ne dispose pas de moyens lui permettant soit de détecter la prédisposition de son patient, soit de savoir que le traitement constitue son facteur déclenchant. Ainsi, lorsque des examens préopératoires ne pouvaient pas révéler la réceptivité du patient aux risques du traitement qu'il allait subir, la responsabilité pour faute du médecin ne saurait être engagée si l'intervention a déclenché la maladie du patient prédisposé[1435].

L'appréciation de l'imprévisibilité tient compte, néanmoins, de l'urgence de l'intervention. En effet, dans le cas d'une opération urgente, pratiquée sur un sujet sans prédisposition avouée par le malade ou signalée par le médecin traitant, le chirurgien ne saurait être reconnu fautif de ne pas avoir réalisé des analyses préalables, alors même que celles-ci auraient permis de déceler que la prédisposition du sujet imposait au médecin de ne pas l'opérer, puisque le risque de surseoir dépassait l'intérêt d'établir un tel bilan[1436].

946. Cette distinction, appliquée à la prédisposition dont l'origine génétique serait avérée, obligera à déclarer fautif le médecin qui s'abstiendrait de réaliser une étude génétique pour la rechercher, lorsque l'application d'un traitement aura été identifiée comme un facteur déclenchant du risque génétique, par ailleurs, aisément détectable. Si un tel risque se réalise consécutivement aux soins, le praticien devra donc en réparer les conséquences. Pourtant, en l'état actuel, la détection d'une prédisposition génétique au moyen d'un test génétique n'est pas une pratique courante. Aussi, le médecin ne devrait pas, aujourd'hui, se voir imputer une faute à

[1433] Tri. civ. Lyon, 3 janvier 1936, *D.H.* 1936.127 ; Cass. civ., 27 juin 1939, *D.C.* 1941.53, note M. Nast.

[1434] Notamment, Paris, 1er juin 1935, *D. H.* 1935.402 ; Cass. civ. 1re, 23 février 1982, *D.* 1983.IR.499, obs. J. Penneau ; Bordeaux, 14 janvier 1993, *RDSS* 1994.269, obs. G. Mémeteau .

[1435] Cass. civ. 1re, 28 octobre 1969, *Bull. civ.* I, n°319, p.254 : en l'espèce, les examens préalablement effectués ne pouvaient pas révéler l'existence d'anomalies artérielles qui avaient rendu le patient réceptif au traitement.

[1436] Cass. civ. 1re, 3 février 1969, *Bull. civ.* I, n°56, p. 42 **;** *D.* 1969.somm.83 ; J. PENNEAU, *Rép. Dalloz*, v° Médecine, n°586.

avoir omis de réaliser une étude génétique, alors même que la prédisposition génétique serait connue comme une contre-indication du traitement. Mais sa faute pourrait alors résulter, non pas de l'absence de réalisation du test de prédisposition génétique, mais de son abstention à s'informer sur les antécédents familiaux de son patient qui faisaient soupçonner l'existence de la prédisposition génétique.

947. Ainsi, à la différence des tiers dont la responsabilité est engagée dès l'instant où leur action a déclenché la maladie de la victime, sans qu'il soit tenu compte de la prédisposition de cette dernière, le médecin ne peut pas voir sa responsabilité mise en cause, alors même que son activité a agi comme un facteur révélateur de la maladie de son patient, lorsqu'il n'avait aucune raison de penser que son patient était particulièrement exposé à un tel risque. Est-ce là un signe d'une appréciation différente du lien de causalité ?

Le critère de la prévisibilité de la réalisation du risque de prédisposition pourrait faire croire que la jurisprudence, en matière médicale, s'attache à la théorie de la causalité adéquate, en considérant que l'intervention médicale n'est la cause de la maladie du patient que si le médecin pouvait normalement prévoir la réceptivité du patient aux risques du traitement. Mais « le pronostic objectif rétrospectif » qui permet, selon la théorie de la causalité adéquate, de déterminer les causes du dommage serait alors réalisé différemment selon que l'auteur du dommage est un médecin ou un quidam. Pour ces derniers, l'application d'un tel pronostic implique de rechercher non pas s'ils pouvaient ou non prévoir la réalisation du risque de prédisposition, mais s'il était rétrospectivement normal que leur intervention provoquât la maladie de la personne prédisposée[1437].

Pourtant, aucune raison ne justifie, sauf à dénaturer la théorie de la causalité adéquate en lui faisant perdre de sa rigueur scientifique, de faire varier l'application du « pronostic objectif rétrospectif » en fonction de l'auteur du dommage. En effet, la réalisation du risque lié à une prédisposition, même imprévisible, a pour cause le facteur extérieur, peu important que ce facteur soit imputable ou non à un médecin.

948. C'est donc en glissant du terrain de la causalité à celui de la faute que peut être justifiée la différence de situation qui existe entre le médecin et le quidam. L'atteinte à l'intégrité corporelle, qui constitue une faute lorsqu'elle est commise par les tiers, n'est pas en elle-même répréhensible, lorsque cette atteinte

---

[1437] N. DEJEAN de la BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français,* thèse LGDJ, 1965, *thèse préc.,* n°358, p.274 ; J.-C. MONTANIER,

est justifiée par une finalité médicale ou de recherche poursuivie par le médecin. Ce dernier toujours tenu, en principe, d'une obligation de moyens, ne peut donc voir sa responsabilité engagée du seul fait de la constatation de cette atteinte. En revanche, sa négligence fautive sera établie lorsque le médecin aurait pu prévoir, s'il s'était tenu informé des prédispositions de son patient, que le traitement prescrit risquait de déclencher l'affection de ce dernier.

949. Si l'imprévisibilité de la réalisation du risque lié à une prédisposition du patient interdit d'imputer une faute au médecin, alors même que son intervention aurait révélé la maladie du patient, l'existence d'un lien de causalité entre l'acte médical et la réalisation du risque de prédisposition pourrait justifier que la responsabilité sans faute du médecin soit engagée.

(2) La responsabilité sans faute du médecin

950. Sans doute influencée par la doctrine[1438], la jurisprudence tend à développer l'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques non fautifs.

951. Ainsi le Conseil d'Etat, par un arrêt du 9 avril 1993[1439], a-t-il décidé, à propos d'une artériographie cérébrale ayant entraîné une paralysie du patient que « lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un

---

L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage, thèse *préc.,* spéc. n°45 et s., p. 73 et s.

[1438] A. TUNC, *La responsabilité civile (du médecin),* Actes du 2e congrès international de morale médicale, Paris, 1966, Tome 1, p. 23, spéc. p. 41 et s. ; J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale,* LGDJ, 1973, spéc. p. 271 et s. ; *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique,* dir. D. Truchet, 1995, Sirey ; S. HOCQUET-BERG, *Obligation de moyens ou obligation de résultat ? A propos de la responsabilité civile du médecin,* Thèse Paris XII, 1995, spéc. 2e partie ; *L'indemnisation des accidents médicaux,* Actes du colloque du 24 avril 1997, dir. G. Viney, LGDJ, 1997.

[1439] CE, 9 avril 1993, *Bianchi, Rec. CE.* 127, concl. Daël ; *RFDA* 1993.573, concl. Daël ; *AJDA* 1993.383 et 344, *chron.* C. Maugüé et L. Touvet ; *RD publ.*1993.1099, note M. Paillet ; *JCP* 1993.II.22061 J. Moreau ; *Les petites affiches*, 19 mai 1993, n°60, p. 15, note F. Thiriez ; *Gaz. Pal.* 1993. 2.443, note J. Bonneau ; *D.*1994.somm.65, obs. P. Bon et P.Terneyre.

caractère d'extrême gravité. ». De même, le 3 novembre 1997[1440], en reprenant le même attendu de principe, le Conseil d'Etat a condamné un hôpital à réparer le préjudice résultant du décès d'un enfant survenu à la suite d'une opération de circoncision rituelle pratiquée sous anesthésie générale.

952. Si la Cour de cassation maintient, sauf exception[1441], l'exigence d'une faute pour admettre la responsabilité du médecin[1442], les juges du fond ont créé un « courant provocateur d'une intervention du législateur »[1443] en découvrant une obligation de sécurité accessoire au contrat médical, qui impose au médecin de

---

[1440] CE, 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles, Rec. CE.* 412 ; *AJDA* 1997.1016 et 959, chr. T.-X. Girardot et F. Raynaud ; *RDP.* 1998.891, note J.-M. Auby ; *D.*1998.146, note Ph. Chrestia ; *JCP* 1998.II.10016, note J. Moreau ; *Gaz. Pal.* 1998.1.1, note J. Bonneau et 1998.1.doct.341, C. Hermon ; *RDSS* 1998.519, note C. Clément ; *D.* 1999.somm.45, obs. P. Bon et D. Béchillon ; *Les petites affiches*, 9 janvier 1998, n°4, p. 16, note P.-A. Lecocq et 28 janvier 1998, n°12, p. 20, note S. Alloiteau.

[1441] Ainsi, en matière d'infection nosocomiale (infection contractée dans un établissement de soins), le médecin et la clinique dans laquelle s'est fait opérer le patient sont tenus vis-à-vis de ce dernier « d'une obligation de sécurité de résultat dont » ils ne peuvent « se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère » : Cass. civ. 1re, 29 juin 1999 (3 arrêts), *JCP* 1999.II.10138, rapport P. Sargos ; *RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, *Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions,* p. 45 ; *Les petites Affiches,* 2 septembre 1999, n°175, p.12, note C. Clément ; *DPBB*, Bull. n°80, p.8028 ; H. Groutel, *L'infection nosocomiale dans le secteur privé : un revirement de jurisprudence exemplaire, RCA* 1999.chr.20 ; *Gaz. Pal.* 29/30 octobre 1999, p. 37, note J. Guigue ; *D.* 1999.somm.395, obs. J. Penneau ; *RTDC* 1999.841, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2000.I.199, n°15 et s., obs. G. Viney. Avant ces arrêts, la Cour de cassation faisait peser sur les cliniques une présomption de faute en cas d'infection contractée par le patient lors d'une intervention chirurgicale pratiquée dans une salle d'opération : Cass. civ. 1re, 21 mai 1996, *Bull. civ.* I, n°219, p. 152 ; *RCA* 1996.comm.265 ; H. Groutel, *La responsabilité des cliniques en cas d'infection contractée par un patient, RCA*.1996.chr.28 ; *Gaz. Pal.* 1997.2.565, note S. Hocquet-Berg ; *D.* 1997.somm.287, obs. D. Mazeaud et somm.320, obs. J. Penneau ; *JCP* 1996.I.3985, n°24, obs. G. Viney ; *RTDC* 1996.913, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, *Bull. civ.* I, n°210, p.144 ; *JCP* 1999.II.10122, note I. Denis-Chaubet ; *JCP* 1998.I.187, n°34, obs. G. Viney ; *RDSS* 1999.566, obs. G. Mémeteau ; *D.* 1999.653, note V. Thomas.

[1442] Cass. civ.1re, 25 février 1997, *Gaz. Pal.* 1997.1.273, obs. J. Guigue ; G. Viney et P. Jourdain, *L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? (A propos de Cass. 1re civ., 7 janv. et 25 fév. 1997)*, *JCP* 1997.I.4016 ; Cass. civ. 1re, 27 mai 1998, *D.* 1999.21, note S. Porchy (Pour cet auteur, l'arrêt doit néanmoins être interprété, non comme rejetant la responsabilité médicale sans faute, mais comme refusant implicitement à l'espèce la qualification d'accident médical) ; *JCP* 1998.I.187, n°32, obs. G. Viney.

[1443] J. PENNEAU, obs. *D.*1997.somm.321 (A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 mai 1996, *préc.*). Beaucoup de propositions de loi ont été déposées au Parlement, mais aucune n'a encore été discutée : notamment, ASSEMBLEE NATIONALE, *Proposition de loi relative à l'indemnisation des accidents sanitaires*, n°616, 7 janvier 1998 ; ASSEMBLEE NATIONALE, *Proposition de loi tendant à créer un fonds d'indemnisation des victimes du risque médical*, n°671, 3 février 1998 ; F. EWALD, *Le problème français des accidents thérapeutiques, Enjeux et solutions. Rapport au ministre de la santé et de l'Action humanitaire,* Doc. Française, 1992, spéc. p. 63 et s. ; J. PENNEAU, *Les modalités d'une loi organisant l'indemnisation des accidents médicaux même non fautifs,* dans, *L'indemnisation des accidents médicaux,* dir . G. Viney, LGDJ 1998, p. 31 ; J. PENNEAU, *Les patients face au droit de la responsabilité médicale, Gaz. Pal.* 1998.1.217, spéc. p. 219 ; C. LARROUMET, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, D.* 1999.33, spéc. n°22.

« réparer le dommage causé à son patient par un acte chirurgical nécessaire au traitement, même en l'absence de faute, lorsque le dommage est sans rapport avec l'état antérieur du patient ni avec l'évolution prévisible de cet état »[1444].

953. A l'exception de la condition de gravité extrême du dommage, exigée uniquement par le Conseil d'Etat, les conditions posées à l'admission d'une responsabilité sans faute du praticien sont similaires. Seront-elles satisfaites lorsqu'une intervention médicale aura déclenché une maladie pour laquelle la personne était prédisposée ?

954. L'exigence d'un acte nécessaire au traitement ou au diagnostic est interprétée largement. En effet, dans l'arrêt du 3 novembre 1997, le Conseil d'Etat, tout en relevant que l'anesthésie était pratiquée lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique (circoncision rituelle), n'en a pas moins considéré que cette anesthésie était nécessaire. Si l'acte a pu être jugé nécessaire au traitement alors même qu'il n'était pas réalisé dans une finalité thérapeutique, c'est parce que la condition de la nécessité de l'acte doit être appréciée en fonction, non pas du bénéfice que le patient peut en recueillir pour sa santé, mais de l'intérêt que l'acte représente pour permettre au médecin de réaliser une intervention.

955. Le Conseil d'Etat n'admet l'indemnisation que si le risque connu[1445] est exceptionnel et si « aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé » : il subordonne ainsi l'application du régime de responsabilité sans faute, non pas à l'absence de toute prédisposition du patient[1446], mais plutôt à l'impossibilité pour le praticien de soupçonner chez son patient

---

[1444] Paris, 15 janvier 1999 (à propos de la cécité survenue à une patiente, à la suite d'ostéotomie de l'infrastructure maxillaire supérieure), *JCP* 1999.II.10068, note L. Boy ; *JCP* 1999.I.147, n°13, obs. G. Viney ; *Les petites Affiches,* 15 juin 1999, n°118, p. 25, note S. Hocquet-Berg ; *Gaz. Pal.* 5-6 février 1999, p. 28 ; *Gaz. Pal.* 16-17 juin 1999, p. 74, concl. I. Terrier-Mareuil, note J. Guigue et N. Gombault ; *RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, *Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions,* p. 9, cet arrêt confirme TGI Paris, 20 octobre 1997, *D.* 1998.558, note L. Boy ; *Gaz. Pal.* 1998.1.somm.223, note J. Bonneau. Voir également, TGI Paris, 5 mai 1997, *D.*1998. 558, note L. Boy. La formulation de cet attendu est similaire à celle proposée par M. Sargos, conseiller à la Cour de cassation : P. SARGOS, *Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale, D.* 1996.365, spéc. p.370.

[1445] L'exigence d'un risque connu peut apparaître contestable car « il peut fort bien y avoir un aléa dont on ignore l'éventualité de la survenance» : C. LARROUMET, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, D.* 1999.33, spéc. p.34.

[1446] *Contra*, C. LARROUMET, *préc.* qui considère que l'existence d'une prédisposition exclut l'admission de la responsabilité sans faute ; B. MANSART, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient,* Thèse Paris I, 1999, n° 659 et s., p. 360 et s., qui exclut « du domaine de l'obligation de sécurité les dommages provenant (...) de prédispositions (du patient), (...) dès lors qu'elles ont joué un rôle *prédominant* dans la genèse du dommage ». Cette dernière solution conduit à réintroduire le système de la causalité partielle, pourtant rejeté par la jurisprudence, voir *infra*, n°967 et s.

l'existence d'une prédisposition rendant prévisible la réalisation du risque[1447]. Pour sa part, la Cour d'appel de Paris ne pose pas expressément une telle condition. Mais dans la mesure où la jurisprudence judiciaire décide que seule la responsabilité pour faute du praticien est susceptible d'être engagée du fait de la survenance prévisible du risque lié à une prédisposition, *a contrario* la responsabilité sans faute n'a vocation à s'appliquer qu'aux risques dont la réalisation est imprévisible. Il n'était donc pas nécessaire que la Cour d'appel rappelât une telle condition.

956. C'est davantage de l'interprétation de la dernière condition, celle d'un acte médical ayant causé un dommage sans rapport avec l'état initial du patient ou avec l'évolution prévisible de cet état, que dépendra l'indemnisation de l'accident médical non fautif survenu à une personne prédisposée. En effet, si la seule existence d'une prédisposition était assimilée à un état initial du patient, alors la personne prédisposée ne pourrait pas engager la responsabilité sans faute du médecin lorsque l'acte médical aurait entraîné la réalisation du risque génétique[1448].

Or, sauf à oublier que la jurisprudence vise à assurer l'indemnisation du patient contre les aléas des actes médicaux auxquels il se soumet[1449], cette condition doit seulement interdire la réparation des dommages corporels non imputables à l'acte médical. La recherche du lien de causalité devient donc primordiale[1450] et oblige à distinguer selon que l'apparition de la maladie est, ou non, détachable de l'échec du traitement.

957. Lorsque l'échec d'une opération, destinée à soigner une maladie, est lié à l'état initial du patient ou à l'évolution prévisible de cet état, l'opération ne saurait être la cause du dommage[1451]. Si le patient ne peut alors engager la responsabilité sans faute du praticien, il pourra néanmoins se placer sur le terrain de la responsabilité pour faute en établissant que l'aggravation de son état initial résulte d'une défaillance du médecin.

[1447] Même si un risque exceptionnel est, dans une appréciation *in abstracto,* prévisible (*supra* n°146 et s.), la réalisation de celui-ci sur une personne déterminée peut être imprévisible lorsque le médecin ne pouvait pas détecter la prédisposition de son patient ou savoir que l'acte médical constituait le facteur déclenchant du risque de prédisposition (*supra* n°945).

[1448] Pour une telle solution : B. MANSART, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient,* Thèse Paris I, 1999, n°903 et s., p. 471 et s., qui réserve néanmoins le cas où l'acte médical est la « cause effectivement *dominante* » de la réalisation du dommage subi par une personne prédisposée ; S. HOCQUET-BERG, note sous Paris, 15 janvier 1999, *Les petites Affiches,* 15 juin 1999, n°118, p. 25, spéc. n°13 et n°16.

[1449] M. GOBERT, *L'aléa thérapeutique en droit civil,* dans, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique,* dir. D. Truchet, 1995, Sirey, p. 9, spéc. p. 16.

[1450] L. BOY, note sous Paris, 15 janvier 1999, *préc.*

[1451] J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale,* LGDJ, 1973, n°510, p.335.

958. En revanche, dans l'hypothèse où une personne est atteinte d'une maladie dont le traitement déclenche une autre maladie, pour laquelle le praticien ne pouvait pas prévoir que son patient était prédisposé, la responsabilité du médecin doit pouvoir être engagée, en l'absence de toute faute de sa part. En effet, la survenance de la maladie ayant été causée par l'acte médical, elle est sans rapport avec l'état initial du patient ou avec l'évolution de la maladie pour laquelle il était traité. En interprétant de telle manière la condition d'un « dommage sans rapport avec l'état initial du patient ou l'évolution prévisible de cet état », les juges pourraient ainsi maintenir la responsabilité médicale sans faute dans son domaine réservé : celui de l'accident médical survenu lors d'une prestation thérapeutique mais détachable de l'échec du traitement[1452].

Par un arrêt du 2 avril 1999, la Cour d'appel de Paris[1453] n'a peut-être pas retenu cette solution. En l'espèce, une patiente, opérée d'un prolapsus[1454] génital avec incontinence d'urines par un chirurgien, souffrit, à la suite de l'intervention, d'une paralysie de la cuisse. Alors même que la relation directe entre la paralysie crurale et l'intervention médicale était établie, la Cour d'appel refusa d'ordonner la réparation de ce dommage, pourtant distinct du mal initial ayant motivé l'intervention médicale, au motif qu'il existait un doute sur l'origine de la paralysie. En effet, les experts avaient notamment estimé que l'état antérieur de la patiente (antécédents diabétiques, obésité, arthrose) avait pu favoriser la réalisation du dommage. Or de deux choses l'une, soit il était certain que le trouble était en relation avec l'intervention médicale, et l'obligation de sécurité mise à la charge du praticien lui imposait de réparer le dommage imprévisible subi par le patient, soit un tel lien de causalité faisait défaut, et la réparation du dommage, même prévisible, ne pouvait pas être ordonnée. Pour refuser une telle indemnisation, les juges du second degré, tenant pour certaine la relation de causalité, auraient pu

---

[1452] G. VINEY et P. JOURDAIN, *L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? (A propos de Cass. 1re civ., 7 janv. et 25 fév. 1997)*, *JCP* 1997.I.4016, spéc. n°17 ; P. JOURDAIN, *L'évolution de la jurisprudence judiciaire et l'indemnisation des accidents médicaux,* dans, *L'indemnisation des accidents médicaux,* Actes du colloque du 24 avril 1997, dir. G. Viney, LGDJ, 1997, p. 21, spéc. p. 27 ; P. JOURDAIN, *Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, *Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions,* p. 4, spéc. p. 7. Ces auteurs ajoutent, pour délimiter le domaine de cette responsabilité objective, une condition supplémentaire tenant à la nature de l'acte dommageable : il faudrait que le dommage soit imputable à une cause matériellement détachable de l'acte de soins. Cette condition n'est néanmoins pas reprise par la jurisprudence précitée. Ainsi l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 janvier 1999 applique-t-elle expressément l'obligation de sécurité « en cas d'échec de l'acte de soins » dès lors que l'exécution de cet acte est à l'origine d'une atteinte à la sécurité du patient.

[1453] Paris, 2 avril 1999, *Gaz. Pal.* 16-17 juin 1999, p. 81, note J. Guigue.

[1454] Chute d'un organe.

peut-être se fonder sur la prévisibilité de la réalisation du risque lié à la prédisposition. Le médecin connaissait les prédispositions de son patient, mais savait-il que son intervention était susceptible de constituer le facteur déclenchant de la maladie ? Si tel était le cas, la réalisation prévisible du risque n'aurait pourtant pas pu, en l'espèce, être imputée à une faute du médecin, puisque, comme le relevaient les experts, le médecin ne pouvait pas éviter de soumettre sa patiente au facteur extérieur ayant déclenché sa paralysie, dont l'utilisation était indispensable à l'intervention[1455]. C'est donc soit l'absence de faute médicale, soit l'absence de lien de causalité entre l'intervention médicale et le dommage subi par le patient qui aurait pu justifier la non-réparation du préjudice. En revanche, le refus d'indemnisation pour le seul motif tiré de la prédisposition du patient apparaît contraire à la logique.

* *

*

959. Puisque dans tous les domaines de responsabilité, il est établi que la prédisposition de la victime n'est pas susceptible de détruire le lien de causalité existant entre la survenance de la maladie chez une victime prédisposée et le fait du tiers[1456] ou du travail, la mise en évidence de l'origine génétique de cette prédisposition ne devrait pas bouleverser cette solution. L'analyse qualitative de la causalité a conduit, en effet, à reconnaître que le fait qui a déclenché la maladie d'une personne, porteuse d'une prédisposition génétique, était une cause du dommage. En conséquence, la victime génétiquement prédisposée pourra prétendre à l'indemnisation de sa maladie. Néanmoins, la prédisposition ayant joué un rôle causal dans l'apparition de la maladie génétique, il est nécessaire d'examiner si l'exigence de la réparation du seul dommage direct n'implique pas de limiter l'étendue du droit à réparation de la victime à la part de la maladie qui n'aurait pas été causée par sa prédisposition.

[1455] En l'espèce, la mise en position gynécologique de la patiente avait pu favoriser la paralysie chez la patiente obèse et à antécédents diabétiques, mais elle était indispensable pour réaliser l'intervention.

[1456] La solution est identique en matière de troubles anormaux du voisinage : A la condition que le lien de causalité entre le trouble de voisinage et le dommage subi par la personne prédisposée soit caractérisé (Orléans, 18 décembre 1967, *Gaz. Pal.* 1968.1.262, note Ch. Blaevoet), la jurisprudence admet l'indemnisation du préjudice de la victime, peu importe sa réceptivité personnelle : Cass. civ. 2e, 22 octobre 1964, *D.* 1965.344, note G. Raymond ; Dijon, 2 avril 1987, *Gaz. Pal.* 1987.2.601, note A. Goguey.

SECTION II - INCIDENCE DE LA PREDISPOSITION DE LA VICTIME SUR L'ETENDUE DE SON DROIT A REPARATION

960. Afin de déterminer le montant des dommages-intérêts que devra verser le tiers dont l'action a déclenché la maladie de la personne génétiquement prédisposée, une alternative est possible : elle consiste, dans sa première branche, à procéder à une analyse quantitative de la causalité en mesurant l'influence causale respective de la prédisposition génétique et du fait du défendeur pour ensuite limiter l'étendue de la réparation à la seule portion du dommage causée par le tiers. Dans sa deuxième branche, elle vise à réparer tout le préjudice causé à la victime prédisposée, sans avoir égard au rôle causal de la prédisposition.

Si cette dernière solution est, comme nous allons l'étudier, retenue par le droit positif qui l'applique aux prédispositions dont la détection ne se fait pas encore au moyen d'une étude génétique, elle aura également vocation à régir les prédispositions après qu'un test génétique les aura décelées. La mise en œuvre de cette solution oblige à distinguer selon que la victime prédisposée a ou non participé activement au déclenchement de sa maladie. En effet, si le rôle causal de la prédisposition dans la survenance de la maladie ne saurait, en lui-même, limiter le droit à réparation intégrale de la victime (§1), c'est à la condition qu'un tel rôle n'ait pas été provoqué par une initiative fautive de la victime (§2).

§ 1 - Le principe : la réparation intégrale du préjudice causé à la victime prédisposée

961. C'est encore en se référant à la jurisprudence, qui n'utilise pas le terme de prédisposition génétique[1457], qu'il sera possible d'énoncer les règles à appliquer à une telle prédisposition. Malgré quelques hésitations, la jurisprudence refuse de traiter la prédisposition de la victime, qui aurait contribué à la production du dommage, comme une cause d'exonération du défendeur (A). La réparation du dommage causé à la personne prédisposée, pour intégrale qu'elle soit, ne saurait néanmoins pas s'étendre à la réalisation des risques de prédisposition, indépendante du fait du défendeur (B).

[1457] *Supra* n°900.

A) Le refus d'exonération en présence d'une prédisposition ayant contribué au dommage causé par le défendeur

962. Dès lors que le fait du défendeur a déclenché la maladie d'une personne prédisposée, il ne peut pas prétendre que la prédisposition constitue un événement de force majeure l'exonérant totalement de sa responsabilité[1458]. En revanche, dans l'hypothèse où l'accident imputé au défendeur résulterait d'un événement de force majeure, l'exonération pourrait être admise. Un tel événement rendant irrésistible et imprévisible la survenance de l'accident, son auteur devrait être totalement exonéré, alors même que l'accident aurait déclenché la maladie de la personne génétiquement prédisposée. En effet, si l'accident trouve son origine dans un cas de force majeure, c'est la force majeure qui est la cause du dommage et non plus l'accident. Mais la prédisposition génétique elle-même ne peut être assimilée à un tel événement puisque, même si elle influe sur l'ampleur du dommage, elle n'intervient en aucune manière dans l'accident qui l'a déclenché. « La prédisposition latente est quelque chose de purement passif. Elle n'est, en soi, ni un comportement ni un événement, mais simplement une manière d'être »[1459]. Son effet ne se réalise qu'après la production de l'accident pour amplifier le dommage[1460]. En conséquence, si l'accident lui-même ne constitue pas un événement de force majeure, la prédisposition, même imprévisible et irrésistible pour le défendeur, ne présente pas les caractères de la force majeure susceptible d'entraîner l'exonération totale de l'auteur de l'accident[1461].

Alors qu'elle n'a pas retenu la prédisposition comme une cause d'exonération totale du défendeur[1462], la jurisprudence a parfois été plus hésitante pour refuser de la traiter comme une cause d'exonération partielle de responsabilité.

[1458] J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, RTDC* 1976.1, spéc. p. 7 ; L. MORDEFROY, *Le dommage génétique,* thèse Dijon, 1997, n°436, p. 278 ; *Contra*, N. DEJEAN de la BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français,* LGDJ, 1965, *préc.* , n°359, p.275.

[1459] N. DEJEAN DE LA BATIE, *JCP* 1970.II.16470.

[1460] B. PULL, *Les caractères du fait non fautif de la victime, D.* 1980.157, spéc. p.10.

[1461] N. DEJEAN de la BATIE, *préc.* ; J.-C. MONTANIER, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage,* thèse Grenoble, 1981, *préc.,* n°72, p.93 ; J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, RTDC* 1976.1, *spéc.* p.7

[1462] Cette solution ne s'oppose pas à ce que l'exonération totale du défendeur soit prononcée lorsqu'il est établi que le dommage subi par la personne prédisposée résulte du fait, fautif ou non, imprévisible et irrésistible de la victime: Cass. civ , 17 novembre

963. Ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 17 décembre 1968[1463] avait-il jeté le trouble en décidant que le suicide d'une personne, imputable pour 60% à ses prédispositions et pour 40% à l'accident de la circulation causé par le défendeur, ne devait pas être intégralement réparé au motif qu'il aurait été « particulièrement inéquitable de faire supporter à l'auteur d'un accident sans gravité la totalité des conséquences exceptionnellement graves qui » en avaient « découlé en raison des prédispositions de la victime». La Cour d'appel s'était inspirée des arrêts *Lamoricière*[1464] du 19 juin 1951 et *Houillères du Bassin du Nord et du Pas-de-Calais* du 13 mars 1957[1465] qui avaient posé le principe selon lequel, en présence d'un concours entre un fait de la nature et une faute du défendeur, la responsabilité du défendeur ne devait pas être totale[1466]. A la causalité partielle, répondait une responsabilité partielle[1467]. Les juges avaient, en effet, mesuré *a priori* l'influence causale des différents événements en concours afin de n'imputer au défendeur que la part du préjudice qu'il avait causé. La théorie de la causalité partielle, abandonnée par la jurisprudence à partir des années 1970[1468], a ainsi été appliquée par l'arrêt de 1968 dans l'hypothèse où le suicide d'une personne

---

1941, *S.* 1942.1.13 ; Cass. civ. 2e, 11 mai 1960, *Bull. civ.* II, n°299, p.203 ; Cass. civ. 2e, 22 janvier 1964, *Bull. civ.* II, n°76, p. 55 ; Cass. civ. 1re , 6 octobre 1964, *D.* 1965.21, note P. Esmein ; Paris, 1er mars 1974, *JCP* 1975.II.17922, note A.C. ; C. LAPOYADE DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime,* Thèse Paris I, 1977, p. 429 et s.

[1463] Poitiers, 17 décembre 1968, *Gaz. Pal.* 1969.1.171, note H. M. ; *RTDC* 1969.794, obs. G. Durry ; Nayral de Puybusque, *Prédispositions de la victime et partage de responsabilité, Gaz. Pal.*1969.2.1.

[1464] Cass. com., 19 juin 1951, *D.* 1951.717, note G. Ripert, *S.* 1952.1.89, note R.Nerson ; *JCP* 1951.II.6426, note E Becqué ; *RTDC* 1951.515, obs. H. Mazeaud.

[1465] Cass. civ. 2e, 13 mars 1957, *JCP* 1957.II.10084, note P. Esmein ; *D.* 1958.73, note J. Radouant ; *S.*1958.77, note R. Meurisse.

[1466] Même si les deux arrêts ont utilisé le terme de force majeure afin de qualifier l'événement de la nature en cause (tempête), on pouvait néanmoins douter que ce dernier ait été considéré comme un événement imprévisible et inévitable car sinon l'exonération aurait dû être totale : G. VINEY, note sous Cass. com., 14 février 1973, *D.*1973.562, spéc. p. 563.

[1467] B. STARCK, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle), JCP* 1970.I.2339.

[1468] Notamment, Cass. civ. 2e, 30 juin 1971, *Bull. civ.* II, n°240, p.170 ; *D.* 1971.somm.135. *Contra* Cass. com. 14 février 1973, *JCP* 1973.II.17451, note B. Starck, *D.* 1973.562, note G. Viney, *RTDC* 1973.578, obs. G. Durry : Cette décision de rejet d'un pourvoi a été rendue contre un arrêt qui avait prononcé l'exonération partielle du gardien d'un navire en présence d'un cas fortuit. Mais procéduralement, la Cour de cassation ne pouvait pas censurer la décision des juges du fond. Comme le remarquent Mme G. Viney (*note préc.,)* et M. G. Durry (*obs. préc.)*, le demandeur au pourvoi était l'auteur de la faute ; il ne critiquait pas l'exonération partielle, mais prétendait obtenir une exonération totale.

résultait d'un concours entre sa prédisposition, assimilée à un événement de la nature, et la faute du défendeur[1469].

964. Pourtant, une telle solution, si elle avait perduré, n'aurait jamais pu s'étendre à toutes les prédispositions de la victime, alors même que leur origine génétique aurait pu être détectée. En effet, à la différence des prédispositions qui ne jouent qu'un rôle passif d'amplification du préjudice, la victime prédisposée au suicide participe activement à la production du dommage : c'est elle qui se donne la mort. Le fait actif de la victime « intervient pour conjuguer l'effet des prédispositions avec celui propre à l'accident »[1470]. C'est donc moins la prédisposition que l'intervention active de la victime qui est entrée en concours avec le fait du défendeur dans la réalisation du dommage. Or un tel fait de la victime étant difficilement assimilable à un événement de la nature[1471], on peut alors se demander s'il n'eût pas été préférable de se référer au fait non fautif de la victime, qui de 1963 à 1982[1472], pouvait, selon la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, entraîner l'exonération partielle du défendeur.

[1469] L'arrêt énonce que « la jurisprudence, depuis 1951, admet que lorsque la faute de la victime (ne serait-ce pas plutôt celle du défendeur !) concourt avec un événement de la nature », il y a lieu à partage de responsabilité et que « les prédispositions doivent être assimilées à un tel cas » .

[1470] J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, RTDC* 1976.1, *préc.*, p.15.

[1471] *Contra*, NAYRAL de PUYBUSQUE, *Prédispositions de la victime et partage de responsabilité, Gaz. Pal.*1969.2.1 ; NAYRAL de PUYBUSQUE et MELENNEC, *Suicide, traumatisme et prédispositions, Gaz. Pal.* 1975. 2. 722.

[1472] Cass. civ. 2e, 17 décembre 1963, *JCP* 1965.II.14075, note N. Dejean de la Bâtie ; *D.*1964.569, note A.Tunc : le fait non fautif de la victime non imprévisible ni irrésistible a été une cause d'exonération partielle dans le seul cas où la responsabilité du défendeur était recherchée sur le fondement de 1384 alinéa 1. L'arrêt Desmares a abandonné cette cause d'exonération (Cass. civ. 2e, 21 juillet 1982, *JCP* 1982.II.19861, note F. Chabas ; *D.* 1982.449, concl. L. Charbonnier, note C. Larroumet ; *Gaz. Pal.* 1982.2.391, concl. L. Charbonnier ; *RTDC* 1982.606, obs. G. Durry).

965. Néanmoins, la Cour de cassation n'a jamais explicitement avancé que les prédispositions pouvaient entraîner, en elle-même, une exonération partielle du défendeur en tant qu'événement de la nature ou en se référant au fait non fautif de la victime. Certes, certaines décisions pourraient faire croire que la Cour de cassation a implicitement admis une telle exonération en déduisant, du montant de la réparation du préjudice, la portion imputable aux prédispositions de la victime. Ainsi le 11 juillet 1966[1473] la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation avait-elle refusé de censurer la décision des juges du fond qui avait fixé le montant de l'indemnité en réparation du dommage consécutif au suicide de la victime en tenant compte de ses prédispositions morbides. De même, par un arrêt du 12 juin 1969[1474], elle rejeta un pourvoi contre un arrêt qui avait refusé de mettre à la charge du défendeur une part de responsabilité du dommage liée à l'état antérieur de la victime.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a également statué dans ce sens dans une espèce où la victime d'un accident de la circulation avait mis fin à ses jours. Le 7 février 1967, elle rendait un arrêt de rejet contre une décision de la Cour d'appel ayant relevé qu'une tumeur, sans rapport avec l'accident, avait polarisé les idées obsessionnelles du malade et était responsable dans la proportion de 80% du déclenchement des troubles mentaux graves. L'accident, qui n'avait pu renforcer que les tendances dépressives du patient, n'avait contribué qu'à concurrence de 20% au développement maniaco-dépressif ayant entraîné la mort de l'intéressé[1475]. Par un arrêt antérieur du 27 mars 1957, la Chambre criminelle, constatant qu'une personne, hyperémotive depuis son internement dans un camp de concentration, et chez qui la réception d'une lettre de menace avait déclenché une dépression nerveuse, énonça qu'il y avait lieu de tenir compte du fait que l'état émotif de la victime n'était pas le fait exclusif de l'auteur de la lettre et que d'autres circonstances non imputables à celui-ci telles que la déportation y avaient également contribué. Elle rejeta par ce motif le pourvoi contre un arrêt ayant apprécié souverainement le montant de l'indemnité due à la victime[1476].

966. Pourtant se fondant sur le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, ces décisions de rejet ne sont pas aussi claires qu'il n'y paraît. On ne sait

---

[1473] Cass. civ. 2e, 11 juillet 1966, *Bull. civ.* II, n°772, p.542.
[1474] Cass. civ. 2e, 12 juin 1969, *Bull. civ.* II, n°204, p.147.
[1475] Cass. crim., 7 février 1967, *Bull. crim.* n°52, p.127.

pas, en effet, si la Cour de cassation a entendu exonérer partiellement le défendeur lorsque la prédisposition de la victime a concouru au dommage ou si elle a seulement approuvé les juges du fond de ne pas avoir réparé les dommages résultant des déficiences physiques dont souffrait la victime avant la production de l'accident. En effet, ces dernières déficiences n'ayant pu être causées par l'accident, puisque par hypothèse elles existaient avant ce dernier, elles ne doivent pas, en principe, être réparées par le défendeur[1477]. Il est d'autant plus permis de s'interroger sur la volonté implicite de la Cour de cassation d'admettre un partage de responsabilité en raison des prédispositions de la victime que des décisions émanant de la même chambre et rendues dans un temps rapproché ont au contraire expressément refusé un tel partage[1478].

967. Les doutes, suscités par ces arrêts de rejet, sont aujourd'hui levés. La prédisposition de la victime ne s'oppose pas à la réparation intégrale de son préjudice, au motif, souvent reproduit par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, que « le droit à réparation de la victime ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique de cette victime, lorsque l'affection qui en est issue n'a été révélée ou provoquée que du fait de l'infraction elle-même »[1479]. Si la Chambre civile n'utilise que rarement un tel motif[1480], elle ne considère pas moins qu'un accident, qui a déclenché la maladie d'une personne qui y était prédisposée, est la cause de tout le préjudice subi par la victime[1481].

968. Afin de déterminer si la position actuelle de la jurisprudence, qui refuse de reconnaître à la prédisposition un rôle partiellement exonératoire, est justifiée, il est nécessaire de s'intéresser au problème, plus général, de l'incidence d'une

---

[1476] Cass. crim., 27 mars 1957, *Bull. crim.* n°290, p.520. Le pourvoi était formé non par la victime mais par l'auteur de la lettre qui soutenait que le lien de causalité n'était pas caractérisé.

[1477] Voir *infra* n°975 et s.

[1478] Cass. civ. 2e : 29 avril 1964, *Bull. civ.* II, n°334, p.251 ; 19 juillet 1966, *D.* 1966.598, note M. le Roy ; *JCP* 1966.II.14902, note R. Meurisse ; *RTDC* 1967.154 , obs. G. Durry; 14 juin 1967, *Bull. civ.* II., n°220, p. 153 ; Cass. crim : 11 janvier 1961, *Bull. crim.* n°17, p. 31 ; 24 novembre 1965 ,*D.* 1966.104 ; *Gaz. Pal.* 1966.1.293.

[1479] Cass. crim., 10 avril 1973, *Bull. crim.*, n°185, p.446 ; *Gaz. Pal.* 1973.2.710 ; *RSC* 1973.900, G. Levasseur ; Cass. crim., 29 avril 1981, *Bull. crim.* n°134, p.387 ; Cass. crim., 15 avril 1986, pourvoi n°84-95.963 ; Cass. crim., 21 février 1991, *RCA* 1991.comm.129 ; Cass. crim., 12 avril 1994, *Bull. crim*, n°147, p.325.

[1480] Cass. civ. 2e, 20 juillet 1983, *Gaz. Pal.* 1984.1.panor.63, note F. Chabas ; Cass. civ. 2e, 2 novembre 1994, pourvoi n°92-19.757 ; Cass. civ. 2e, 10 juin 1999, *JCP* 1999.IV.2461.

[1481] Cass. civ. 2e, 28 novembre 1974, *Bull. civ.* II, n°317, p.261 ; Cass. civ. 2e, 13 janvier 1982, *JCP* 1983.II.20025, note N. Dejean de la Bâtie ; Cass. civ. 2e (2e espèce), 15 décembre 1986, *D.* 1987.450, note Y. Lambert-Faivre ; *RCA* 1990.comm.5 ; Cass. civ. 2e, 21 mai 1990, *Bull. civ.* II, n°112, p.57 ; *RCA* 1990.comm.272 ; *D.* 1990.IR.156 ; *RTDC* 1990.488, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 2e, 28 octobre 1991, *RCA* 1992.comm.3 ; Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *RCA* 1996.comm.163 ; *JCP* 1996.I.3985, n°15, obs. G. Viney.

pluralité de causes d'un même dommage sur l'étendue du droit à réparation de la victime. Même si la causalité partielle est aujourd'hui abandonné par la jurisprudence[1482], les arguments doctrinaux, avancés par les adversaires du partage de responsabilité, pourraient peut-être servir à justifier la solution actuelle en présence d'un concours entre une prédisposition de la victime et l'événement qui a déclenché la maladie.

969. Le partage de responsabilité entre différents auteurs du dommage peut d'abord être réfuté en raison de l'absence de critère technique permettant de mesurer l'influence causale de la participation de chacun des auteurs dans la production du dommage. A défaut d'un tel critère, le partage risque de se révéler arbitraire[1483]. Or ni la théorie de l'équivalence des conditions, ni celle de la causalité adéquate ne fournissent de tels critères[1484]. En effet, ces théories servent à déterminer qualitativement les causes du dommage, sans s'attacher à mesurer l'importance quantitative de ces différentes causes[1485].

970. Pourtant, l'objection, selon laquelle l'inexistence de critères permettant de mesurer l'influence causale des différents facteurs implique le rejet du partage de responsabilité, peut être levée lorsqu'il s'agit de rechercher la part de la prédisposition dans la survenance de la maladie. En effet, l'évaluation du rôle respectif du facteur interne et du facteur extérieur est un problème scientifique, pour lequel les juges peuvent être éclairés par les experts. Ainsi, les juges n'hésitent-ils pas à faire appel à l'expertise afin de connaître la part du dommage

---

[1482] Hormis le cas du concours entre le fait imputé au défendeur et la faute de la victime, voir *infra* n°988 et s.

[1483] B. STARCK, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle), JCP* 1970.I.2339, spéc. n°6 ; J.-P. BRUNET, *Contribution à l'étude de la notion et des possibilités du partage de causalité, Gaz. Pal.* 1967.2.74, spéc. p.78 ; J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, RTDC* 1976.1 , préc., spéc. p.9 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Les obligations –1. Responsabilité délictuelle,* Litec, 5e éd. 1996, n°1117, p.461.

[1484] Certains auteurs ont néanmoins soutenu que le système de la causalité partielle était une application de la théorie de la causalité adéquate. Notamment, J. PRADEL, *La condition civile du malade,* LGDJ 1963, n°121, p.148 ; J. FLOUR et J.-L AUBERT, *Les obligations. 2- Le fait juridique*, Armand Colin, 8e éd. 1999, n°168, p.159. Pourtant, comme l'a relevé M. DEJEAN de LA BATIE « la théorie de la causalité adéquate (...) admet parfaitement qu'un dommage puisse avoir plusieurs causes au sens plein du terme, et ne s'oppose en rien à ce que le responsable de l'une d'entre elles soit exposé pour le tout à la poursuite de la victime » : AUBRY ET RAU, *Droit civil français,* Tome VI –2, *Responsabilité délictuelle,* Librairies techniques, 8e éd. par N. Dejean de la Bâtie, 1989, spéc. n°74, p. 136, note 57.

[1485] F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation,* LGDJ 1967, n°123 et s. p. 103 et s.

imputable à l'accident[1486], même s'il leur est refusé de limiter l'indemnisation de la victime dont l'état prédisposé explique une part importante du dommage[1487]. Quand bien même la détection de la prédisposition génétique permettra de connaître avec d'autant plus de précision la part du facteur génétique dans la survenance de la maladie, cette connaissance ne pourra donc pas servir de prétexte à la réintroduction du système de la causalité partielle.

971. Ne serait-ce pas plutôt l'indivisibilité du lien de causalité qui devrait conduire au rejet de tout partage de responsabilité ? On peut soutenir que « chaque événement a causé le dommage dans sa totalité et non pour une fraction » dans la mesure où « si l'événement n'avait pas eu lieu, le dommage ne se serait pas produit »[1488]. En présence d'une pluralité d'auteurs d'un même dommage, chacun d'eux étant censé avoir causé tout le dommage devrait être tenu *in solidum* à l'égard de la victime. Cet argument peut être aisément transposé lorsque la production d'un dommage résulte d'un concours entre une prédisposition de la victime et du fait extérieur d'un tiers. En effet, comme le relèvent certains arrêts[1489], bien que le développement d'une maladie ait été lié à une prédisposition pathologique sans manifestation extérieure, la maladie ne se serait pas déclenchée sans l'intervention de l'auteur de l'accident. Ce dernier doit donc être condamné à réparer tout le dommage sans pouvoir invoquer l'état préexistant de la victime.

Néanmoins, les détracteurs de la causalité partielle ont réfuté, parfois, eux-mêmes cet argument[1490]. Il s'agit d'une pétition de principe qui pourrait aussi bien conduire à la solution inverse, à savoir l'exonération totale de l'auteur d'une des

---

[1486] Cass. civ. 2e, 21 mai 1990, *Bull. civ.* II, n°112, p. 57 ; *RCA* 1990.comm.272 ; *D.* 1990.IR.156 ; *RTDC* 1990.488, obs. P. Jourdain : en l'espèce, il résultait du rapport de l'expert judiciaire que la part de l'accident dans la survenance du suicide était de l'ordre de 20%, compte tenu notamment de l'état psychologique préexistant et des antécédents de cette dernière ; Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *RCA* 1996.comm.163 ; *JCP* 1996.I.3985, n°15, obs. G. Viney : l'expertise avait fixé à 50% la causalité de l'accident dans la survenance de l'invalidité de la victime.

[1487] Cass. civ. 2e, 10 juin 1999, *JCP* 1999.IV.2461.

[1488] H., L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* tome 2, Montchrestien, 6e éd. par A. Tunc, 1970, n°1443, p. 536.

[1489] Cass. crim., 14 janvier 1971, *Bull. crim.* n°13, p.28 ; *D.*1971.164 ; rapport Robert, *RGAT* 1972.86 ; *RSC* 1971.423, G . Levasseur ; Cass. crim., 10 juin 1992, pourvoi n°31-86.106 ; Cass. civ. 2e, 27 février 1985, pourvoi n°83-16.618 ; Cass. civ. 2e, 15 décembre 1986, (2e espèce) *D.*1987.450, note Y. Lambert-Faivre ; Cass. civ. 2e, 21 mai 1990, *Bull. civ.* II, n°112, p. 57 ; *RCA* 1990.comm.272 ; *D.* 1990.IR.156 ; *RTDC* 1990.488, obs. P. Jourdain.

[1490] B. STARCK, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle), JCP* 1970.I.2339, spéc. n°15.

causes, si celui-ci soutenait que sans les autres causes, le préjudice aurait été évité[1491].

972. Si, en présence d'une pluralité d'auteurs d'un même dommage, la jurisprudence consacre l'obligation *in solidum* en permettant à la victime de demander la réparation de l'intégralité de son dommage à l'un de ses auteurs, c'est essentiellement afin de protéger la victime contre le risque d'insolvabilité d'un coauteur du dommage[1492]. De même, pourrait-on invoquer un impératif de protection de la victime afin d'expliquer l'interdiction faite à l'auteur d'un dommage de se prévaloir des prédispositions de sa victime comme une cause d'exonération partielle. Certes, ce serait davantage des considérations extrapatrimoniales, tirées de la protection de l'intégrité physique, que patrimoniales, qui imposeraient de ne pas prendre en compte les déficiences de la victime dans l'indemnisation de son dommage corporel[1493]. A défaut, le droit rendrait l'individu responsable de caractéristiques de son être et opérerait une discrimination en raison de l'état de santé des personnes. « Que nous soyons malades, infirmes ou biens portants, chacun de nous a le droit de ne pas voir sa disgrâce aggravée par le fait d'autrui »[1494] ? S'agissant des caractéristiques qui définissent l'identité génétique de la personne, il y a donc, *a fortiori,* d'autant plus de raisons de protéger l'intégrité de la personne contre les discriminations génétiques en refusant à celui qui a déclenché la maladie la possibilité d'invoquer la prédisposition génétique de sa victime comme une cause partielle d'exonération.

973. L'indivisibilité du lien de causalité, en vertu de laquelle l'auteur d'un accident est censé avoir causé tout le dommage subi par une personne prédisposée, sert non pas de fondement au refus de partage de responsabilité entre la victime et cet auteur, mais en constitue le résultat.

974. Puisque la responsabilité de l'auteur d'un dommage ne peut pas être diminuée *a priori* en raison de la prédisposition génétique de la victime, cette

---

[1491] G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité,* LGDJ, 2e éd. 1998, n°411, p.257.

[1492] J. BORE, *La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation « in solidum », JCP* 1971.I.2369, spéc. n°10 et s ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *préc.,* n°411, p. 258.

[1493] B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée,* Thèse, Paris, 1947, p.406-407 ; *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle), JCP* 1970.I.2339, spéc. n°85 ; C. LAPOYADE DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime,* Thèse Paris I, 1977, p. 431 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Les obligations –1. Responsabilité délictuelle,* Litec, 5e éd. 1996, n°1168, p.478 ; J. FLOUR et J.-L AUBERT, *Les obligations. 2- Le fait juridique*, Armand Colin, 8e éd. 1999, n°178, p.171.

dernière obtiendra une réparation intégrale de son préjudice. Néanmoins la règle de la réparation intégrale ne doit pas conduire à indemniser la victime d'un préjudice dans l'apparition duquel le tiers n'est pas intervenu. Le responsable doit réparer tout le dommage qu'il a causé, et uniquement celui-la[1495]. Lorsque l'action des prédispositions ne s'est pas conjuguée avec celle du défendeur pour produire la maladie génétique, la victime ne pourra pas demander au défendeur de l'indemniser du préjudice à la réalisation duquel il n'a pas participé.

B) La limitation de l'indemnisation de la victime prédisposée au seul préjudice causé par le défendeur.

975. Lorsque, avant l'intervention du défendeur, la maladie de la victime prédisposée était déjà survenue ou devait inéluctablement survenir, on ne saurait soutenir, que sans le fait du tiers, le risque de prédisposition génétique ne se serait pas réalisé. Le fait dommageable a néanmoins pu aggraver la maladie d'une personne prédisposée (1) ou précipiter l'apparition des symptômes de la maladie (2). Dans ce cas, le montant des dommages-intérêts alloués à la victime sera nécessairement inférieur à celui qu'elle aurait perçu si le fait du défendeur avait été une condition *sine qua non* du déclenchement de la maladie génétique.

(1) L'aggravation, par le fait dommageable, de la maladie de la victime prédisposée

976. En principe, lorsqu'une personne, déjà atteinte d'une maladie, voit celle-ci s'aggraver par un fait dommageable, l'auteur de ce dernier devra réparer le seul préjudice lié à l'aggravation de la maladie et non pas celui résultant de l'apparition de l'affection. Puisque l'apparition et l'aggravation sont deux préjudices distincts ayant deux causes différentes[1496], l'appréciation *in concreto* du préjudice impose aux juges de prendre en considération l'état préexistant de la victime, afin de limiter le droit à réparation au seul préjudice effectivement causé par l'auteur[1497]. Ainsi, en matière d'incapacité, est-il nécessaire de comparer l'état de santé de la victime avant et après l'accident et de calculer le montant de la réparation en

---

[1494] B. STARCK, *thèse préc.*, p. 407.
[1495] G. DURRY, *RTDC* 1971.659.
[1496] B. STARCK, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle), JCP* 1970.I.2339, spéc. n°86.
[1497] Cass. crim., 6 mars 1956, *Bull. crim.,* n°222, p. 403 : La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir tenu compte des « prédispositions pathologiques » de la victime (au sens large, d'état antérieur) pour évaluer son préjudice en fixant l'indemnité « en considération de l'âge de la victime, de son activité professionnelle, des ressources dont à la date de l'accident elle faisait bénéficier les siens et postérieurement à cette date, de celles dont la mort de son chef priverait la famille ».

soustrayant du dommage final la part liée à l'incapacité antérieure de la victime[1498]. Pour être déduite du préjudice final, cette incapacité doit être extériorisée ou, à tout le moins, se traduire par une diminution effective des capacités de la victime[1499]. En effet, si l'infirmité de la victime était surmontée avant l'accident et lui permettait de mener une vie normale et d'exercer une activité professionnelle régulière, les juges ne pourront pas en tenir compte pour diminuer le montant des dommages-intérêts[1500]. Appliquant cette solution aux accidents du travail occasionnant une invalidité, la Chambre sociale de la Cour de cassation, précise, pour déterminer la part du préjudice pris en charge par l'assurance maladie, que « lorsqu'un accident du travail entraîne l'aggravation d'un état pathologique préexistant n'occasionnant pas lui-même d'invalidité, la totalité de l'incapacité du travail résultant de cette aggravation doit être prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail »[1501].

977. La limitation de la réparation ne pourra s'appliquer que si la maladie de la personne, qui y était génétiquement prédisposée, s'est déclenchée avant l'intervention du défendeur et a été aggravée par celui-ci. Cette maladie antérieure, même si elle a pour conséquence d'aggraver les conséquences du dommage, n'a pas conditionné la production d'un tel dommage. En revanche, la limitation de la réparation se sera pas susceptible de s'étendre à la survenance de la maladie elle-même qui résultera d'une action conjointe d'une prédisposition génétique et du fait du défendeur. D'une part, avant l'apparition de cette maladie, la prédisposition génétique n'occasionne aucune diminution de la capacité de la victime. D'autre part, si le fait de l'auteur fait produire un effet dommageable à la prédisposition génétique, cette dernière a joué un rôle causal dans la réalisation du préjudice. Dès lors que la prédisposition génétique n'est plus étrangère à la production du

---

[1498] Cass. soc., 13 février 1964, *Bull. civ.* IV, n°128, p. 102 ; Cass. soc., 13 janvier 1966, *Bull. civ.* IV, n°44, p. 36 ; Cass. soc., 10 février 1966, *Bull. civ.* IV, n°168, p. 142 ; Cass. crim., 10 février 1976, *D.* 1976. 297, rapport Robert ; Cass. civ. 2e, 11 octobre 1989, *Bull. civ.* II, n°178, p. 91.

[1499] Ainsi, la perception d'un salaire normal avant un accident du travail n'exclut pas que la victime ait été atteinte d'une incapacité de travail effective. Cette incapacité antérieure ne pourra pas dès lors être indemnisée au titre de l'accident du travail : Cass. soc. 13 janvier 1966, *préc.,* Ass. Plén., 27 novembre 1970**,** *D.* 1971.181, concl. Lindon ; *JCP* 1972.II.17063, note J.-P. Brunet ; *RTDC* 1971.658, obs. G. Durry ; J-J. Dupeyroux *Le déclin de la présomption d'imputabilité (a propos de l'affaire Billy), D.* 1971.81 ; R. Mellottée, *Les états préexistants aux accidents du travail, D.* 1973.173.

[1500] Cass. crim., 29 avril 1981, *Bull. crim.* n°134, p.387 ; Cass. civ. 2e, 8 décembre 1993, pourvoi n°92-15.720 ; Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *RCA* 1996.comm.163 ; *JCP* 1996.I.3985, n°15, obs. G. Viney.

[1501] Cass. civ. 1re, 29 avril 1963, *JCP* 1963.II.13226, concl. Lindon ; Cass. soc. 5 mars 1964, *Bull. civ.* IV, n°208, p. 169 ; *D.* 1964.681, note R. Meurisse ; *S.* 1965.1.318 ; Cass. soc. 14 avril 1976, *Bull. civ.* V, n°217, p. 179.

dommage, le juge ne peut, sans réintroduire un partage de responsabilité *a priori*, la prendre en considération pour diminuer le droit à réparation de la victime[1502].

978. Ce n'est donc qu'en présence d'une maladie génétique déjà déclarée, avant que le fait dommageable ne vienne en aggraver les conséquences, que le juge, en vertu du principe de l'appréciation *in concreto* du préjudice, peut modérer la réparation due à la victime.

979. Le refus d'indemniser la victime des atteintes consolidées et extériorisées à l'intégrité physique dont elle souffrait avant le fait dommageable ne constitue pas une violation du principe de la réparation intégrale. En effet, il vise à imputer au responsable l'intégralité du dommage dont il est la cause, mais seulement celui-ci. Ainsi, les juges, qui tiennent compte de l'état antérieur de la victime pour apprécier l'étendue de son préjudice, traitent cet état, non pas comme une cause d'exonération *a priori* de responsabilité, mais plutôt comme un élément étranger à la réalisation du préjudice causé par le responsable. Ils en déduisent que cet état diminue *a posteriori* le montant de la réparation accordée à la victime[1503].

980. Il existe néanmoins un cas où l'état antérieur de la victime, même extériorisé, ne doit pas être pris en compte pour diminuer le quantum de la réparation : celui où l'intervention du responsable n'a pas seulement aggravée cet état mais a transformée radicalement sa nature[1504]. Ainsi, lorsqu'un borgne devient aveugle[1505], qu'un individu blessé par un premier accident décède à la suite du second[1506], ou plus généralement qu'une personne subit une modification complète de son état de santé[1507], c'est l'intégralité de leur dommage final qui devra être réparée. On peut justifier cette solution en avançant qu'un tel dommage, parce qu'il

---

[1502] N. DEJEAN DE LA BATIE, *Thèse préc.,* n°368, p. 280, qui distingue les particularités personnelles de la victime, qui aggravent les conséquences du dommage sans intervenir dans sa réalisation, des prédispositions, au sens étroit du terme, qui jouent un rôle causal dans la production même du dommage ; J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, RTDC* 1976.1, spéc. , p. 22 ; B. PULL, *Les caractères du fait non fautif de la victime, D.* 1980.157, qui distingue les prédispositions entraînant « une amplification complémentaire du dommage » de celles « entraînant une amplification autonome du dommage », lesquelles peuvent seules justifier une limitation de la réparation.

[1503] Cass. civ. 2e, 11 juillet 1966, *Bull. civ.* II, n°772, p. 542.

[1504] Cass. civ. 2e, 6 mai 1987, *Bull. civ.* II, n°106, p. 62 ; Cass. civ. 1re, 28 octobre 1997, *Bull. civ.* n°298, p. 200 ; *RTDC* 1998.123, obs. P. Jourdain ; *JCP* 1998.I.144, n°15, obs. G. Viney ; *D.* 1998.IR. 6 ; *D.* 1999.somm.383, obs. J. Penneau.

[1505] Cass. crim., 9 novembre 1933, *Gaz. Pal.* 1934.1.11 ; Cass. civ. 2e, 19 juillet 1966, *D.* 1966.598, note M. Le Roy ; *JCP*1966.II.14902, note R. Meurisse ; *RTDC* 1967.154, obs. G. Durry ; Cass. soc., 31 janvier 1973, *Bull. civ.* V, n°47, p. 41.

[1506] Cass. crim., 14 juin 1990*, Bull. crim.* n°244, p. 627 ; *RCA* 1990.comm.318 ; *RTDC* 1991.126, obs. P. Jourdain.

[1507] Cass. civ. 2e, 14 juin 1967, *Bull. civ.* II, n°220, p. 153 ; Cass. civ. 2e, 6 mai 1987, *Bull. civ.* II, n°107, p. 62

est sans commune mesure avec le préjudice initial, en a alors une nature tellement différente qu'il absorbe ce préjudice initial[1508]. En outre, un tel état antérieur de la victime est intervenu dans la réalisation du dommage en exerçant « sur un élément du préjudice une influence symétrique de celle du fait extérieur »[1509]. Ainsi, sans la perte antérieure de l'œil, le borgne ne serait pas devenu aveugle à la suite de l'accident. L'état initial n'étant plus étranger à la réalisation du préjudice final, il n'y a pas lieu de le soustraire du nouveau dommage dont souffre la victime après l'accident.

Moins qu'une exception à la règle de l'appréciation *in concreto* du préjudice, cette solution constitue un prolongement du principe de la réparation intégrale[1510]. Ce dernier principe s'oppose seulement à ce que la victime soit indemnisée d'un préjudice étranger à la réalisation du dommage.

981. Le défendeur pourra ainsi, afin de voir réduire le montant des dommages-intérêts, non seulement se prévaloir des risques de prédisposition qui étaient déjà réalisés avant son intervention, mais aussi de ceux qui devaient inéluctablement produire la maladie. Dans ce dernier cas, le fait dommageable peut néanmoins avoir précipité l'apparition d'une maladie inéluctable.

(2) La précipitation, par le fait dommageable, de l'apparition de la maladie d'une victime prédisposée

982. Lorsqu'elle suit un processus morbide inéluctable, la survenance d'une maladie a pour seule cause l'état antérieur de la personne[1511]. Si un tiers ne peut alors être rendu responsable de cette maladie, en revanche, on pourrait lui reprocher d'en avoir précipité l'évolution.

983. La prédisposition génétique, parce qu'elle ne détermine aucun dommage par elle-même sans l'intervention d'un facteur extérieur déclenchant, n'a pas une

---

[1508] P. JOURDAIN, *RTDC* 1998.124.
[1509] N. DEJEAN DE LA BATIE, *Thèse,* n°357, p. 274.
[1510] Cass. civ. 1re, 28 octobre 1997, *préc.*
[1511] Cass. civ. 1re, 21 mai 1996, pourvoi n°94-18.673. Ainsi que cela a été étudié (*Supra* n°932), la présomption d'origine professionnelle d'une lésion survenue pendant le travail est renversée lorsque cette lésion résulte de l'évolution normale d'un état pathologique antérieur.

issue « inéluctable »[1512]. Il n'en est pas de même lorsque la maladie génétique pour laquelle une personne était prédisposée a été déclenchée par un facteur extérieur, sans que ses manifestations cliniques soient encore perceptibles. Ainsi, dans le cas où le processus inéluctable pathogène aurait été précipité par l'intervention d'un tiers, la victime ne pourra prétendre qu'à la réparation du seul dommage causé par ce tiers, à savoir l'anticipation de la déclaration des manifestations cliniques de la maladie[1513]. Pour justifier cette solution la Chambre sociale de la Cour de cassation a, parfois, reproduit le motif selon lequel « si l'aggravation, due entièrement a un accident du travail, d'un état pathologique antérieur n'occasionnant auparavant aucune incapacité doit être indemnisée en sa totalité, au titre accident du travail, il en est différemment d'une aggravation postérieure imputée pour partie à un accident du travail et pour partie à une autre cause, notamment à l'évolution normale d'un état pathologique préexistant »[1514]. L'Assemblée Plénière, par un arrêt du 27 novembre 1970[1515], préféra énoncer qu'un salarié, victime d'un accident du travail, devait seulement être indemnisé « dans la mesure où son état antérieur avait été aggravé du fait de l'accident en cause à l'exclusion des conséquences d'une évolution normale de son état pathologique congénital ».

984. Pour certains auteurs, ces formulations traduisent un rattachement de la Cour de cassation à la théorie de la causalité partielle[1516]. Pourtant, il ne semble pas que la Cour de cassation ait opéré un partage de responsabilité *a priori* en fonction de l'influence causale des différents antécédents nécessaires au dommage. Au contraire, c'est toujours sur le terrain de l'étendue du préjudice causé à la victime par l'auteur du dommage que la Cour de cassation apprécie l'incidence de l'état pathologique antérieur dont l'évolution a causé une partie de l'incapacité, et ce, quelle que soit la formation dans laquelle elle statue. Ainsi la deuxième Chambre

---

[1512] J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, RTDC* 1976.1, spéc. p. 26.

[1513] Cass. civ. 2e, 23 juillet 1963, *Bull. civ.* II, n°570 ; p. 426 ; Cass. civ. 2e, 12 juin 1969, *Bull. civ.* II, n° 204, p. 147 ; J. NGUYEN THANH NHA, *préc.*

[1514] Cass. soc., 6 mai 1965, *Bull. civ.* IV, n°370, p. 308 ; Cass. soc., 30 novembre 1967, *Bull. civ.* IV, n°758, p. 642 ; Cass. soc., 30 janvier 1969, *Bull. civ.* V, n°71, p.58 ; Cass. soc., 9 juillet 1969, *Bull. soc.* V, n°485, p. 405 ; Cass. soc., 22 janvier 1970, *Bull. civ.* V, n°52, p. 39.

[1515] Ass. Plén., 27 novembre 1970, *D.* 1971.181, concl. Lindon ; *JCP* 1972.II.17063, note J.-P. Brunet ; *RTDC* 1971.658, obs. G. Durry ; J-J. Dupeyroux *Le déclin de la présomption d'imputabilité (à propos de l'affaire Billy), D.* 1971.81 ; R. Mellottée, *Les états préexistants aux accidents du travail, D.* 1973.173.

[1516] J.-J. DUPEYROUX, *chron. préc.,* spéc. p. 82 ; Y. SAINT-JOURS, *Accidents du travail : l'enjeu de la présomption d'imputabilité, D.* 1995.13, spéc. p.16 ; également, note sous Cass. soc., 14 mai 1998, *D.* 1998.534. *Contra*, J.-.C MONTANIER, *L'incidence*

civile de la Cour de cassation a-t-elle censuré des juges du fond qui avaient opéré un partage de responsabilité par moitié entre l'auteur d'un fait dommageable et la victime, laquelle présentait un état pathologique dont « l'évolution inéluctable » avait été précipitée par le défendeur mais qui « se serait de toute façon produite, bien que dans un délai impossible à préciser »[1517]. Cette censure ne serait certainement pas intervenue si les juges du fond, plutôt que d'opérer un partage de responsabilité *a priori*, avaient apprécié l'étendue du préjudice que l'auteur du dommage avait causé à la victime, à savoir la précipitation de l'évolution inéluctable de sa maladie, à l'exclusion de l'évolution elle-même.

985. En effet, une chose est d'affirmer que l'auteur d'un fait dommageable est responsable de la survenance de la maladie d'une personne, sans qu'il puisse s'exonérer partiellement en invoquant la prédisposition de la victime et une autre de refuser l'indemnisation d'un dommage dans la production duquel le tiers n'a joué aucun rôle puisque ce préjudice serait survenu tôt ou tard.

986. Si l'aggravation d'une maladie est un dommage distinct de son apparition, et ne doit être indemnisée qu'en tant que telle, on doit également considérer que la survenance de la maladie dont l'issue est inéluctable est un préjudice différent de la précipitation du processus évolutif pathogène.

* *

*

987. Alors qu'un partage de responsabilité ne saurait être justifié lorsqu'un tiers a déclenché la maladie d'une personne qui y était génétiquement prédisposée, un tel partage pourrait, en revanche, être ordonné dans le cas où cette dernière, par son initiative fautive, aurait favorisé la survenance de sa maladie.

---

des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage, thèse *préc.,* spéc. n°529, p. 475.

[1517] Cass. civ. 2e, 28 octobre 1991, *RCA* 1992.comm.3.

§ 2 - L'exception : la limitation ou l'exclusion de la réparation du préjudice en raison d'une initiative fautive de la victime prédisposée

988. Lorsque l'action du fait du défendeur s'est conjuguée avec la faute de la victime pour produire le dommage, la jurisprudence opère un partage de responsabilité. La réduction de l'indemnité semble moins se justifier par la volonté de libérer l'auteur du fait dommageable, que par celle de sanctionner le comportement fautif de la victime. Elle aurait alors la nature d'une peine privée[1518]. Or, à la condition d'être reconnu fautif, tout comportement de la victime même dénué de gravité permet, en principe, d'opérer un partage de responsabilité. Pourtant, la fonction préventive et répressive, attachée à la réduction d'indemnité en cas de faute de la victime, serait davantage remplie en exigeant que cette faute revête une certaine gravité.

Ainsi, à la faute simple de la victime prédisposée ne doit-il pas être préféré sa faute qualifiée pour ordonner un partage ?

A) La faute simple de la victime prédisposée

989. La faute de la victime ne peut être prise en considération qu'à une double condition : elle doit avoir participé à la réalisation du préjudice et traduire un comportement anormal.

990. Appliquée à la victime prédisposée, la première condition, qui impose de rechercher si elle a contribué au déclenchement de sa maladie, ne sera pas satisfaite dans deux cas, dont un seul est susceptible de concerner la prédisposition génétique.

991. En effet, la solution jurisprudentielle, selon laquelle la victime, à l'origine de sa réceptivité au dommage, ne peut être déclarée fautive si un tiers a

---

[1518] B. STARCK, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle), JCP* 1970.I.2339, spéc. n°57 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Les obligations –1. Responsabilité délictuelle,* Litec, 5e éd. 1996, n°1147, p. 471 ; B. PULL, *Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile, D.*1984.58, spéc. 61 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité,* LGDJ, 2e éd. 1998, n°426, p. 286 et 287 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations, théorie générale,* Montchrestien, 9e éd. par F. Chabas, 1998, n°449,

déclenché sa maladie[1519], n'intéresse pas la prédisposition génétique, puisque cette dernière, portée dans les gènes, existe indépendamment de toute intervention de la victime.

992. En revanche, le second cas, dans lequel la jurisprudence refuse d'imputer une faute à la victime prédisposée, peut s'appliquer lorsque la prédisposition a une origine génétique : il s'agit de l'hypothèse où la victime, après que sa maladie a été déclenchée par l'intervention d'un tiers, n'a pas, par une attitude préservatrice de son intégrité, limité l'ampleur de son dommage. Ainsi, s'il se confirmait que des gènes de prédisposition génétique étaient impliqués dans la survenance d'états dépressifs graves susceptibles de conduire au suicide de la personne[1520], le suicide, subséquent à un accident, qui aurait agi comme le facteur déclenchant de troubles psychiques de la victime, ne devrait pas être traité, en l'état actuel de la jurisprudence[1521], comme une faute. Certains auteurs n'excluent pas néanmoins une telle qualification[1522]. Ainsi M. Dejean de la Bâtie considère-t-il que celui qui attente à ses jours commet une faute puisque son comportement diffère de celui d'un homme avisé placé dans les mêmes circonstances, et ce alors même que cette « faute serait la conséquence » de celle l'auteur du fait accidentel[1523]. Une telle opinion est contestable dans la mesure où elle introduit une discrimination selon la nature du dommage causé à la victime prédisposée. Alors que le dommage, qui se

---

p.461 et n°591, p. 681 ; Ph. JACQUES, note sous Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *Gaz. Pal.* 1997.1.86, spéc. p. 88.

[1519] Paris, 5 mai 1962, *Gaz. Pal.* 1962.2.172 ; Paris, 12 février 1963, *Gaz. Pal.* 1963.2.149 ; Cass. civ. 2e, 13 janvier 1982, *JCP* 1983.II.20025, note N. Dejean de la Bâtie ; Cass. civ. 2e, 28 octobre 1991, *Bull. civ.* II, n°259, *RCA* 1992.comm.3 : une victime, en état d'imprégnation alcoolique, ne peut être reconnue fautive lorsqu'un tiers lui a causé un dommage dont l'ampleur aurait été moindre si la victime ne s'était pas enivrée. Cette analyse conduit à placer l'auteur du dommage et la victime dans une situation différente. En effet, avant même que la loi du 3 janvier 1968 ne rende, par l'article 489-2 du Code civil, responsable l'auteur d'un dommage causé sous l'empire d'un trouble mental, la jurisprudence retenait la responsabilité de ceux dont la démence trouvait leur source dans l'usage fautif d'alcool ou de drogue : Paris, 14 mars 1935, *DH* 1935.241 ; Nancy, 28 novembre 1955, *D.* 1956.30 ; Cass. civ. 2e, 15 décembre 1965, *D.*1966.397 ; *RTDC* 1966.534, obs. R. Rodière ; *Gaz. Pal.* 1966.1.384.

[1520] J. RUFFIE, *La médecine prédictive, Bio-éthique,* vol.2, n°3, mai-juin 1991, p. 132, spéc., p.142.

[1521] La jurisprudence place le débat sur le terrain de la causalité, comme nous l'avons précédemment étudié, et non sur celui de la faute de la victime. Un arrêt isolé a néanmoins qualifié le suicide de faute de la victime entrant en concours avec celle du défendeur et la prédisposition elle-même : Poitiers, 17 décembre 1968, *préc.* , *Gaz. Pal.* 1969.1.171, note H. M. ; *RTDC* 1969.794, obs. G. Durry ; Nayral de Puybusque, *Prédispositions de la victime et partage de responsabilité, Gaz. Pal.*1969.2.1.

[1522] NAYRAL de PUYBUSQUE, *chron. préc. ; Contra* G. DURRY, *obs. préc* et *RTDC* 1971.660.

[1523] N. DEJEAN de la BATIE, note sous Cass. civ. 2e, 13 mai 1969, *JCP* 1970.II.16470 : l'auteur réserve néanmoins l'hypothèse du sujet parfaitement équilibré avant l'accident dont *seul* le traumatisme cervical aurait bouleversé le psychisme.

réalise par le seul concours d'une prédisposition et du fait d'un tiers, ne permettrait pas de rechercher la faute de la victime prédisposée, il en serait différemment de celui qui implique l'intervention de la victime prédisposée, tel le suicide, après que l'intervention d'un tiers a agi comme un facteur extérieur déclenchant d'une maladie psychique. Or, même lorsque le dommage suppose un fait positif de la victime, on ne saurait nier qu'un tel préjudice ne se serait pas réalisé sans une immixtion d'un tiers dans l'intégrité de la personne, immixtion qui n'était pas recherchée par cette dernière. En conséquence, puisqu'un tiers a porté atteinte au droit au respect de l'intégrité d'une personne, il doit en assumer toutes les conséquences dommageables, sans pouvoir invoquer une quelconque faute de la victime. Le droit ne doit donc pas qualifier de fautif le comportement de la personne qui, après qu'un tiers a perturbé son équilibre psychique, se cause un dommage corporel à elle-même en se suicidant[1524].

Cette situation est comparable à celle dans laquelle la victime d'un dommage refuse une intervention médicale susceptible d'améliorer son état et, ce faisant, de diminuer le montant de l'indemnité mise à la charge de l'auteur du dommage. Un tel refus ne sera pas, en principe, jugé fautif[1525].

993. Les tribunaux, s'ils refusent de reconnaître une faute dans le comportement de la victime qui intervient postérieurement au déclenchement de sa maladie pour accroître le dommage final, accueillent, en revanche, une telle qualification lorsque la victime a participé à la réalisation de son risque de prédisposition, à la condition supplémentaire que cette participation traduise une attitude anormale de sa part.

994. La victime aurait un comportement anormal lorsque, connaissant sa prédisposition génétique, elle ne prendrait pas les précautions qu'une personne normalement diligente aurait prises afin d'éviter la survenance de la maladie. On enseigne que la faute de la victime s'apprécie, comme celle de l'auteur du

---

[1524] C. LAPOYADE DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime,* Thèse Paris I, 1977, p. 427 ; *Droit des obligations,* Ellipses, 1998, p.183 : « l'acte du désespéré n'entraîne pas normalement de conséquences juridiques directes, car il manque l'élément d' "altérité" nécessaire à l'existence d'une règle de droit : la faute suppose d'être commise contre autrui et le passage du suicide reste un chemin mystérieux ».

[1525] Cass. civ. 2e, 19 mars 1997, *Bull. civ.* II, n°86, p. 48 ; *RTDC* 1997. 632 et 675, obs. J. Hauser et P. Jourdain ; *Les petites affiches*, 8 mars 1999, n°47, p. 16, note I. Lucas-Gallay ; *JCP* 1997.IV.1006 ; *JCP* 1998.I.139, n°2, obs. C. Byk ; *DPBB*, Bull. 47, 8890 et 8896 ; Voir *supra* n°170 et s. Nous avons néanmoins réservé l'hypothèse où la victime commettait un abus de droit.

dommage, *in abstracto*[1526]. Cette appréciation *in abstracto* implique de comparer le comportement de la victime avec celui d'un individu placé dans les mêmes circonstances externes[1527]. Pour savoir si la comparaison doit, ou non, être faite par rapport à un individu indemne de toute affection, il est donc nécessaire de déterminer si « les circonstances externes » visent les infirmités et les prédispositions de la victime.

995. La jurisprudence semble intégrer les infirmités[1528] dans les « circonstances externes »[1529], car elle apprécie la faute de la victime en comparant sa conduite à celle d'un sujet avisé affecté des mêmes déficiences, « plutôt qu'à celle d'un homme normal »[1530].

On pourrait justifier cette solution en considérant, non pas qu'elle résulte d'une appréciation *in abstracto* de la faute, grâce à laquelle les particularité physiques seraient appréhendées comme des circonstances externes, mais qu'elle traduit une concession à la méthode d'appréciation *in concreto*[1531].

996. Il ne résulte pas pour autant de cette solution qu'elle se fasse à l'avantage de la victime. En effet, l'état déficient de la victime oblige celle-ci à prendre des précautions particulières pour se livrer à certaines activités qu'une personne « normale » pourrait exercer sans contrainte[1532]. Il a ainsi été reconnu qu'une personne atteinte d'albuminurie et qui n'ignorait pas son état avait commis une faute en ne prenant pas les précautions nécessaires pour éviter de s'exposer au froid[1533]. De même, une personne atteinte de demi-surdité l'empêchant d'entendre les signaux sonores d'une automobile, commet une faute en traversant une chaussée sans tenir compte de l'approche rapide de la voiture qui l'a renversée[1534]. Si une victime commet une faute en n'adaptant pas son comportement à son état de santé

[1526] J. FLOUR et J.-L AUBERT, *Les obligations. 2- Le fait juridique*, Armand Colin, 8e éd. 1999, n°177, p.170 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Les obligations –1. Responsabilité délictuelle,* Litec, 5e éd. 1996, n°1149, p.471.

[1527] H. MAZEAUD, *La faute objective et la responsabilité sans faute, D.* 1985.13 ; H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations, théorie générale,* Montchrestien, 9e éd. par F. Chabas, 1998, n°449, p. 459.

[1528] Cass. civ., 17 novembre 1941, *S.* 1942.1.13 ; Paris, 29 avril 1961, *JCP* 1961.II.12331ter ; Cass. civ. 2e, 22 janvier 1964, *Bull. civ.* II, n°76, p. 55 ; Cass. civ. 1re, 6 octobre 1964, *D.* 1965.21, note P. Esmein ; Paris, 1er mars 1974, *JCP* 1975.II.17922, note A.C.

[1529] N. DEJEAN de la BATIE, *Thèse préc.*, n°40, p.40.

[1530] N. DEJEAN de la BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français,* thèse LGDJ, 1965, n°37, p.36.

[1531] G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité,* LGDJ, 2e éd. 1998 n°468, p.357.

[1532] Cass. Req. 11 novembre 1942, *Gaz. Pal.* 1943.1.42 ; Cass. soc., 9 juillet 1968, *Bull. civ.* V, n°384, p. 313.

[1533] Trib. civ. Rouen, 17 novembre 1937,*Gaz. Pal.* 1938.2.496 (sous Paris, 24 juin 1938).

précaire, c'est parce qu'elle viole une « obligation de veiller à sa propre sécurité »[1535]. On pourrait également justifier cette solution par la notion d'acceptation des risques auxquels la victime s'est exposée, acceptation que la jurisprudence ne déclare fautive que si les risques, connus par la victime, sont excessifs[1536].

997. Les espèces, pour lesquelles la jurisprudence a reconnu la faute de la victime à ne pas prendre des précautions particulières pour éviter une maladie, concernent essentiellement des cas où la victime était atteinte d'une infirmité. Toutefois les fondements de ces décisions commandent d'étendre une telle solution à la victime qui se sait porteuse d'une prédisposition génétique. Ainsi lorsqu'une telle personne s'exposerait au facteur extérieur déclenchant la maladie génétique, elle commettrait une faute si, connaissant les moyens de prévenir l'apparition de la maladie, elle ne les avait pas adoptés[1537]. Cependant, il est nécessaire de nuancer la solution en fonction de la gravité de ce risque, de sa fréquence et de la contrainte imposée par le suivi des mesures de préventions. Il semble, en effet, difficile de qualifier d'anormale l'attitude de la victime qui, encourant un risque limité d'apparition d'une maladie génétique, n'adopterait pas des mesures de prévention dont le caractère contraignant l'empêcherait de mener une existence normale. En revanche, en présence d'une prédisposition indiquant un risque important de maladie qui peut être prévenu efficacement par des mesures peu contraignantes, la faute de la victime, ignorant de telles mesures, sera caractérisée si le risque génétique s'est réalisé.

[1534] Cass. crim. 21 décembre 1939, *Gaz. Pal.* 1940.1.322.

[1535] Colmar, 3 novembre 1934, *Gaz. Pal.* 1935.1.146 (sous Colmar 8 décembre 1934) ; Paris, 29 avril 1961, *préc.*; C. LAPOYADE DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime,* Thèse Paris I, 1977, p . 56 et s. Il s'agit d'une obligation générale dont l'application n'est pas limitée au cas où une personne ne prend pas les précautions particulières exigées par son état de santé : Cass. civ. 1re, 21 novembre 1995, *Bull. civ.* I, n°424, p. 296 ; *RCA* 1996.comm.28 (accident d'une personne survenu dans un club sportif); Cass. civ. 2e, 8 mars 1995, *Bull. civ.* II, n°82, p.47 ; *RCA* 1995. comm. 196 (blessure d'une personne, tombée d'une chaise alors qu'elle n'avait pas vérifié si cette chaise pouvait la supporter).

[1536] Cass. ch. mixte, 28 janvier 1972, *Bull. crim.* n°37, p. 87 ; *JCP* 1972.II.17050, concl. Lindon ; *RTDC* 1972.406, obs. G. Durry ; *RGAT* 1972.227, obs. A.B. (faute d'une personne qui avait accepté de se faire transporter en automobile par un conducteur qu'elle savait démuni du permis de conduire et en état d'ébriété). La critique, selon laquelle l'acceptation des risques est un fondement inapproprié, « dans la mesure où l'on peut dire que tout piéton, même bien portant, s'expose aujourd'hui à un risque d'accident » (C. LAPOYADE DESCHAMPS, *thèse préc.,* p . 425, également P. ESMEIN, note sous Cass. civ. 1re, 6 octobre 1964, *préc.)*, n'apparaît plus convaincante puisque seule l'acceptation des risques excessifs est sanctionnée : Cass. civ. 2e, 14 novembre 1956, *D.* 1957.74 ; Cass. civ. 3e, 25 février 1971, *JCP* 1971.II.16812, note J. Personnaz.

[1537] L. MORDEFROY, *Le dommage génétique,* thèse Dijon, 1997, n°437, p. 279.

998. L'appréciation de la faute de la victime prédisposée, dès lors qu'elle doit, en principe[1538], être faite *in abstracto*, interdit de se référer à sa capacité de discernement. En effet, depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984[1539], les juges du fond ne sont plus tenus de rechercher si un mineur, victime d'un dommage, est capable de discerner les conséquences de ses actes pour être jugé fautif. La jurisprudence fait preuve d'une rigueur excessive en n'hésitant pas à caractériser la faute d'un enfant alors que son comportement apparaît conforme à ce que l'on peut attendre de lui[1540].

999. Une telle conception objective de la faute de la victime est critiquable. L'objectif de « pénalisation » de la victime fautive, poursuivi par la diminution de son indemnisation, ne peut être réalisée que si la personne avait conscience de ses actes, car à défaut elle ne peut comprendre la sanction. « La faute de la victime, peine privée, suppose chez elle le discernement ; elle est, par fonction, irréductiblement subjective »[1541].

1000. En outre, en raison du développement de l'assurance de l'auteur du dommage, le partage de responsabilité conduit à ne faire peser les conséquences financières du dommage que sur la seule victime fautive, déjà affligée dans sa chair par le dommage. Dénonçant l'injustice d'une telle situation qui accable les victimes, certains auteurs ont proposé de refuser un quelconque effet exonératoire à la faute simple de la victime[1542]. Seule une faute présentant un certain degré de gravité devrait pouvoir limiter son droit à réparation.

[1538] Voir *Supra* n°994 et 995.

[1539] Ass. Plén. 9 mai 1984, *Lemaire* et *Derguini,* 2 arrêts, *Bull. Ass. Plén.,*n°2, p. 1 et n°3, p.2 ; *JCP* 1984.II.20256, note P. Jourdain ; *JCP* 1984.II.20291, rapport Fedou ; *D.* 1984.525, concl. J. Cabannes , note F. Chabas ; *RTDC* 1984.508, obs. J. Huet ; G. Viney, *La faute de la victime d'un accident corporel : le présent et l'avenir, JCP* 1984.I.3155.

[1540] Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *Bull. civ.* II, n°54, p. 34 ; *D.* 1996.602, note F. Duquesne ; *RCA* 1996.comm.157 ; *Gaz. Pal.* 1997.1.86, note Ph. Jacques ; *RTDC* 1996.628, obs. P. Jourdain ; *JCP* 1996.I.3985, n°14, obs. G. Viney ; *D.* 1997.somm. 28, obs. D. Mazeaud (Un enfant de 8 ans qui court vers un camarade portant une casserole est fautif) ; Cass. civ. 2e, 19 février 1997, *Bull. civ.* II, n°54, p. 30 ; *RCA* 1997.comm.154 (*idem* pour un *infans* s'approchant d'une balançoire en mouvement).

[1541] PH. JACQUES, note sous Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *préc.* spéc. p.88.

[1542] A. TUNC, notamment : *La sécurité routière. Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, Dalloz, 1966, n°39 et s., p. 35 et s. ; *Accidents de la circulation : faute ou risque, D.* 1982.103 ; *La responsabilité civile,* Economica, 2e éd. 1989, spéc. n°156, p.128 ; C. LAPOYADE DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime,* Thèse Paris I, 1977, p. 625 et s. ; G. VINEY, *La faute de la victime d'un accident corporel : le présent et l'avenir, JCP* 1984.I.3155 ; PH. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité,* Dalloz, 1998, n°965, p. 313 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité,* LGDJ, 2e éd. 1998, n°426, p. 287.

B) La faute qualifiée de la victime prédisposée

1001. Les effets de la faute qualifiée de la victime dépendent de son degré de gravité : alors que la faute inexcusable de victime prédisposée limite l'étendue du droit à réparation de la victime (1), sa faute intentionnelle supprime, en principe, l'indemnisation de son dommage (2).

(1) La faute inexcusable

1002. De même que la loi du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des victimes de la circulation refuse d'opposer aux victimes non-conductrices de véhicule, s'agissant d'atteintes à leur personne, leur propre faute, sauf si celle-ci est inexcusable et exclusive de l'accident (article 3 alinéa 1), le droit des accidents du travail et des maladies professionnelles a prévu que la faute inexcusable de la victime était seule susceptible d'entraîner une réduction de sa rente (article L.453-1 du Code de la sécurité sociale). A l'inverse, celle de l'employeur engage la responsabilité personnelle de ce dernier en permettant à la victime d'obtenir une indemnisation complémentaire aux prestations auxquelles elle peut ordinairement prétendre (article L.452-1 du Code de la sécurité sociale)[1543].

Ces régimes spéciaux d'indemnisation subordonnent donc la diminution de la réparation à la faute inexcusable de la victime (a).

Le droit commun, s'il sanctionne toute faute, même légère de la victime, n'ignore pas pour autant sa faute inexcusable. En effet, en modulant l'étendue du droit à réparation de la victime en fonction de la gravité des fautes respectives, il pourra faire produire un effet à la faute inexcusable de la victime prédisposée (b).

[1543] L'indemnisation complémentaire est payée par la caisse qui en récupère le montant sur l'employeur (articles L.452-2 alinéa 6 et L. 452-3 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale) ; Y. SAINT-JOURS, *Le remodelage des effets de la faute inexcusable en matière d'accidents du travail, JCP* E.1987.II.14972.

a - La faute inexcusable de la victime prédisposée dans les régimes spéciaux d'indemnisation

1003. Depuis un arrêt du 15 juillet 1941, la définition de la faute inexcusable par la Cour de cassation n'a pas varié. Elle s'entend d'une « faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative » et se distingue de la faute intentionnelle par l'absence de volonté de son auteur de causer le dommage[1544]. Ces critères, définis à propos de la faute de l'employeur, sont identiques lorsque la faute inexcusable est commise par le salarié, victime du dommage[1545], ou par la personne, victime non-conductrice d'un accident de la circulation[1546].

1004. Les exemples permettant d'illustrer la faute inexcusable de la victime prédisposée seront tirés du droit du travail dans la mesure où les facteurs ambiants du travail constituent un facteur connu du déclenchement de la maladie génétique. Même si la jurisprudence n'a pas encore eu à connaître de l'hypothèse d'une faute inexcusable commise par une personne dont la prédisposition aurait été détectée par une étude génétique, une telle faute pourrait néanmoins être retenue si elle réunissait les éléments subjectifs et objectifs qui la caractérise.

1005. Le premier aspect subjectif de la faute inexcusable apparaît dans l'exigence d'une action ou d'une omission volontaire, ce qui implique que son auteur soit doté de discernement. En revanche, il n'est pas nécessaire que la personne ait recherché le résultat dommageable. Le deuxième élément subjectif de la faute inexcusable consiste dans « la conscience du danger » que « devait avoir » son auteur. Une telle formulation implique que la faute soit appréciée *in*

[1544] Ch. Réunies, 15 juillet 1941, *D.C.*1941.117, note A. Rouast ; *JCP* 1941.II.1705, note J. Mihura ; *Gaz. Pal.* 1941.2.254 ;*RGAT* 1941.468, note A. B ; Ass. Plén. 18 juillet 1980, *D.* 1980.394, concl. Picca, note P.G. ; *JCP* 1981.II.19642, note Y. Saint-Jours.
[1545] Cass. soc., 17 mars 1960, *Bull. civ.* IV, n°269, p. 214.
[1546] Ass. Plén., 10 novembre 1995, *D.* 1995.633, rapport Y. Chartier ; *JCP* 1996.II.22564, concl. M. Jéol, note G. Viney ; *Gaz. Pal.* 1996.1.174, concl. M. Jéol ; *Gaz. Pal.* 1997.1.82, note F. Chabas ; *Defrénois* 1996.762, obs. D. Mazeaud *; RTDC* 1996.187, obs. P. Jourdain : La faute inexcusable est une « faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience ».

abstracto[1547] en recherchant, non pas si l'agent connaissait effectivement les dangers, mais seulement s'il aurait dû en avoir conscience[1548].

Néanmoins, pour l'application de ce critère, la jurisprudence fait preuve d'indulgence lorsque l'auteur de la faute est le salarié victime[1549]. Il s'agit d'éviter d'accabler la victime en lui faisant supporter trop aisément les conséquences de ses actes fautifs par la diminution de l'indemnisation de son dommage, qui n'est déjà que forfaitaire[1550]. On peut même se demander si la jurisprudence n'a pas tendance à sacrifier l'appréciation in *abstracto* au profit d'une appréciation *in concreto* en recherchant si le salarié a, effectivement, conscience des risques[1551].

Une telle indulgence ne se rencontre pas à l'égard de l'employeur. Ainsi, dans l'hypothèse où l'employeur expose ses salariés sans protection à l'inhalation des poussières d'amiante, la Cour de cassation décide-t-elle que celui-ci aurait dû avoir conscience des dangers qu'il faisait courir au salarié à partir de la date où l'asbestose, dont avait été atteint le salarié à l'issue de cette exposition, avait été inscrite dans la liste des maladies professionnelles (en l'espèce 1950)[1552]. On peut néanmoins se demander si une telle décision n'est pas d'une sévérité excessive dans la mesure où ce n'est qu'à partir du décret n°77-949 du 17 août 1977 que des

---

[1547] G. BRIERE de L'ISLE, *La faute inexcusable, D.* 1970.73, spéc. p. 74 ; G. VINEY, *Remarques sur la distinction entre la faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde, D.* 1975.263, spéc. 266 ; Y. SAINT-JOURS, *Le remodelage des effets de la faute inexcusable en matière d'accidents du travail, JCP* E.1987.II.14972 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, préc.,* n°616, p. 574.

[1548] Cass. soc. 27 février 1985, *Bull. civ.* V, n°131, p. 95 ; *RDPS* 1985.somm. 340. La condamnation pénale de l'employeur pour non-respect des règles de sécurité, si elle ne suffit pas toujours à caractériser tous les éléments de la faute inexcusable, notamment sa gravité exceptionnelle (Cass. soc., 24 mars 1982, *Bull. civ.* V, n°219, p. 161), implique nécessairement la conscience du danger qu'il aurait dû en avoir : Cass. soc., 12 octobre 1988, *Bull. civ.* V, n°481, p. 311.

[1549] Comme en matière d'accident du travail, la jurisprudence, dans le domaine des accidents de la circulation, accepte très rarement de qualifier d'inexcusable le comportement de la victime non-conductrice : ainsi dans l'arrêt du 10 novembre 1995, *préc.,* l'Assemblée plénière considéra que n'avait pas commis une faute inexcusable la victime qui avait été heurtée par une automobile alors que, en état d'imprégnation alcoolique, vêtue de sombre et venant précédemment d'éviter d'être renversée par un autocar sur la route non éclairée à une heure de fréquentation importante, elle s'était, de nuit et par temps pluvieux, maintenue au milieu d'une chaussée afin d'arrêter un automobiliste pour regagner son domicile.

[1550] R. JAILLET, *La faute inexcusable en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle,* LGDJ, 1980, n°479 et s, p. 215 et s, spéc. n°496, p. 221 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité,* LGDJ, 2e éd. 1998, n°616, p. 574.

[1551] Cass. soc., 17 mars 1960, *préc.* : qui relève une faute inexcusable à l'encontre d'un salarié, victime d'un accident du travail, qui était monté au haut d'un pylône électrique supportant une ligne haute tension, contrairement aux consignes de l'employeur et malgré les objurgations de ses collègues de travail qui l'avaient averti du grave danger encouru par lui.

mesures particulières d'hygiène et de sécurité ont été imposées dans les établissements où le personnel est exposé à l'action des poussières de l'amiante. En effet, si la date où une affection est inscrite dans la liste des maladies professionnelles peut suffire à caractériser la conscience du danger qu'aurait dû avoir l'employeur des risques ambiants du travail[1553], en revanche, sauf dans l'hypothèse où l'employeur pourrait prévenir les risques d'une manière évidente en n'affectant pas, par exemple, le salarié prédisposé à un poste nuisible à sa santé[1554], ce n'est qu'au jour où la législation impose des précautions particulières que l'employeur, qui ne les respecterait pas, commettrait une faute d'une gravité exceptionnelle[1555] (en l'espèce 1977).

1006. En effet, la gravité exceptionnelle de l'acte est l'une des composantes objective de la faute inexcusable. Il est néanmoins difficile de déterminer à partir de quel degré la faute revêt un caractère de gravité exceptionnelle[1556]. Un tel caractère est en général reconnu à l'encontre d'une imprudence, d'une négligence ou d'une violation de règles de prudence et de sécurité ayant entraîné une atteinte à l'intégrité corporelle des salariés. C'est donc moins le degré de gravité de la faute que sa nature[1557] qui permet de qualifier d'inexcusable tout acte ou omission de nature à créer un risque important de dommage corporel[1558].

Ainsi, un salarié, porteur d'une prédisposition génétique, qui, au mépris d'un ordre formel ou une consigne générale de sécurité[1559], s'exposerait aux risques

---

[1552] Cass. soc., 3 décembre 1992, *Gaz. Pal.* 1998.1.199.

[1553] Certaines décisions des juges du fond semblent néanmoins considérer que ce n'est qu'à partir du décret de 17 août 1977 que l'employeur devait avoir conscience des dangers liés à l'amiante : Aix-en-Provence, 20 novembre 1995 ; Trib. aff. san. soc. Valenciennes, 16 décembre 1997 et Trib. aff. san. soc. Bouches-du-Rhône, 7 février 1995, *Gaz. Pal.* 1998.1. somm. 137 et s., note J.-G. Moore ; Dijon, 18 décembre 1997, *Gaz. Pal.* 1998.1.71, note J.-G. Moore.

[1554] Cass. soc., 13 juin 1991, *Bull. civ.* V, n°302, p. 184. En effet, l'absence de réglementation spécifique ne dispense pas l'employeur de veiller à la sécurité de son personnel : Cass. soc., 26 juin 1997, *CSB* 1997.247, S.139.

[1555] Cass. soc., 19 mai 1994, *Gaz. Pal.* 1998.1.198 qui, pour écarter la faute inexcusable de l'employeur, relève que ce n'est qu'après la cessation de l'exposition du salarié au risque que les travaux portant sur des produits d'amiante ont été inscrits dans les tableaux des maladies professionnelles et que les mesures de sécurité ont été imposées dans les établissements où le personnel était exposé à l'action de ces poussières.

[1556] L.MILET, *La faute inexcusable de l'employeur, RDPS* 1998.359, spéc. p. 360.

[1557] O. GODARD, *note sous* Cass. soc., 14 juin 1990 et 17 mai 1990, *JCP* E 1990.II.15866, spéc. p. 584.

[1558] G. VINEY, *Remarques sur la distinction entre la faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde, D.* 1975.263, spéc. 266 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, ,préc.* n°616-1, p. 576 : les auteurs distinguent ainsi la faute inexcusable qui impliquerait que l'agent ait eu conscience de la probabilité du dommage, et la faute lourde qui se satisferait de la conscience d'une simple possibilité d'un dommage lorsque les risques paraissent moindres.

[1559] Cass. soc., 17 mars 1960, *préc.*

nocifs du travail, commettrait une faute inexcusable et ne pourrait pas, si une maladie devait le frapper à l'issue d'une telle exposition, obtenir l'intégralité de l'indemnisation forfaitaire à laquelle il aurait dû avoir droit.

1007. Néanmoins, encore faut-il que cette faute ne soit pas couverte par une cause justificative, car l'absence de cause justificative de la faute constitue l'autre composante objective de la faute inexcusable. Si cette condition ne semble pas caractériser la faute inexcusable[1560], la jurisprudence l'a néanmoins entendue dans un sens large en présence d'un concours de fautes. En effet, la Cour de cassation décide que la faute inexcusable de l'employeur absorbe la faute du salarié[1561] lorsqu'elle a été la cause déterminante de l'accident, en ce sens que, sans elle, l'imprudence du salarié n'aurait pas été commise[1562]. Il sera donc impossible de qualifier d'inexcusable l'attitude de la victime qui s'est bornée à obéir à son employeur quelque conscience qu'elle ait pu avoir du danger auquel elle allait être exposée[1563]. Bien au contraire, l'employeur ne pourra pas s'exonérer de sa faute inexcusable en prétendant que la victime aurait accepté de travailler dans des conditions qui mettaient en péril sa santé[1564] ou aurait dû d'elle-même prendre les précautions suffisantes[1565]. Il commet ainsi une faute inexcusable en cas de maladie professionnelle provoquée par le maintien d'un salarié à un poste dangereux pour sa santé au mépris des observations du médecin du travail préconisant, en raison d'une prédisposition de l'individu à une maladie professionnelle, une mutation de poste[1566]. En outre, même en l'absence d'un avis d'inaptitude définitive à un poste, l'employeur qui connaît néanmoins les risques du poste pour le salarié, ne saurait, sans commettre une faute inexcusable, l'y maintenir[1567].

Loin de commettre une quelconque faute, le salarié, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, qui aurait accepté de travailler dans des conditions nuisibles pour sa santé, pourrait, de droit, invoquer la faute inexcusable

---

[1560] G. VINEY, *chron. préc.* et G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité préc.*
[1561] Cass. soc., 6 mars 1985, *Bull. civ.* V, n°151, p 110.
[1562] Cass. soc., 11 mars 1993, *Bull. civ.* V, n°85, p. 59 ; Cass. soc., 13 février 1997, *Bull. civ.* V, n°65, p. 45 ; Cass. soc., 19 mars 1998, *Bull. civ.* V, n°166, p. 122 ; *RDPS* 1998.372 ; *Gaz. Pal.* 1998.2.panor. 257 ; Cass. soc., 5 février 1998, *Bull. civ.* V, n°69, p. 49 ; *D.* 1998.IR.71 ; *Gaz. Pal.* 1998.2.panor.225 ; L. MILET, *La faute inexcusable de l'employeur, RDPS* 1998.359, spéc. p. 365.
[1563] Cass. soc., 13 janvier 1982, *Bull. civ.* V, n°12, p. 8.
[1564] Cass. soc., 15 octobre 1981, *Bull. civ.* V, n° 798, p. 593 ; Cass. soc., 13 janvier 1982, *Bull. civ.* V, *préc.*
[1565] Cass. soc., 12 octobre 1983, n°488, p.349 ; Cass. soc., 3 novembre 1988, (deux arrêts) *Bull. civ.* V, n°556, p. 358.
[1566] Cass. soc., 10 juillet 1975, *Dr. soc.* n° spécial avril 1980. 96 ; Cass. soc., 3 novembre 1988, n°555, p. 357.
[1567] Cass. soc., 13 juin 1991, *Bull. civ.* V, n°302, p. 184.

de l'employeur si lui-même ou un membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail « avaient signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé » (article L.231-8-1 du Code du travail)[1568].

1008. Pourtant, si l'imprudence du salarié est telle qu'elle apparaît comme la cause déterminante de l'accident, elle atténue la gravité de la faute de l'employeur en lui enlevant son caractère inexcusable[1569]. Lorsque l'employeur, après avoir informé les salariés des mesures de sécurité à prendre, ne s'assure pas que de telles mesures sont respectées, sa faute ne peut, en effet, être retenue comme inexcusable, s'il est établi que le salarié, qui connaissait l'obligation de respecter ces règles, s'est abstenu délibérément d'utiliser le matériel mis à sa disposition et nécessaire pour les appliquer[1570]. Pour qualifier de déterminante la faute de la victime, la jurisprudence recherche si la victime avait la compétence adaptée pour éviter le dommage. Ainsi la faute inexcusable de l'employeur ne peut-elle être écartée qu'à la condition que la violation des consignes de sécurité est commise par un professionnel averti[1571] et non par un salarié inexpérimenté[1572].

Il résulte de cette jurisprudence qu'un salarié génétiquement prédisposé à une maladie professionnelle, mais affecté à un poste qui, pour ne pas être dangereux à sa santé, lui impose de respecter des règles de sécurité, ne pourra pas invoquer la faute inexcusable de l'employeur si ce salarié viole délibérément de telles règles que sa compétence lui permettait néanmoins d'appliquer.

1009. Même déterminante, la faute de la victime n'est pas qualifiée d'inexcusable lorsque l'employeur a lui-même commis une faute. Il semble donc que la faute inexcusable de la victime doit être la cause exclusive de l'accident pour pouvoir être retenue à son encontre[1573].

[1568] Cass. soc., 17 juillet 1998, *RDPS* 1998.372 ; *Gaz. Pal.* 1998.2.panor. 289.
[1569] Cass. soc., 17 janvier 1980, *Bull. civ.* V, n°59, p. 41 ; Cass. soc., 13 février 1980, *Bull. civ.* V, n°137, p. 102 ; Cass. soc., 21 octobre 1985, *Bull. civ.* V, n°468, p.339.
[1570] Cass. soc., 16 février 1979, *Bull. civ.* V, n°150, p. 106 ; Cass. soc., 17 janvier 1980, *Bull. civ.* V, n°59, p. 41 ; Cass. soc., 1er février 1984, *Bull. civ.* V, n°40 , p. 33.
[1571] Cass. soc., 12 mai 1966, *Bull. civ.* IV, n°454, p. 381 ; Cass. soc., 7 juillet 1982, *Bull. civ.* V, n°468, p. 347 ; Cass. soc., 21 octobre 1985, *préc.*
[1572] Cass. soc., 17 janvier 1980, *Bull. civ.* V, n°58, p.40 ; Cass. soc., 5 février 1998, *Bull. civ.* V, n°69, p.49 ; *D.* 1998.IR.71 ; *Gaz. Pal.* 1998.2.panor.cass.225.
[1573] La solution est donc similaire à celle prévue par le législateur dans le domaine des accidents de la circulation, puisque seule la faute inexcusable de la victime non-conductrice, qui a été la cause exclusive d'un tel accident, est susceptible de supprimer l'indemnisation de son préjudice (article 3 alinéa 1 de la loi du 5 juillet 1985).

1010. Si la faute inexcusable du salarié est une condition pour diminuer, sans la supprimer[1574], la rente qui aurait dû normalement lui être allouée, celle qui ne revêt pas un tel caractère peut néanmoins avoir un effet sur le droit à réparation de la victime d'un accident du travail. En effet, lorsque la faute du salarié entre en concours avec celle inexcusable de l'employeur, la victime n'obtiendra pas pour autant le maximum de la majoration de la rente auquel elle peut prétendre en cas de faute inexcusable de l'employeur : le montant de la majoration est apprécié en fonction de la gravité de la faute inexcusable de l'employeur, « laquelle peut être atténuée par l'existence d'une faute de la victime ayant concouru à la réalisation du dommage »[1575]. Les juges du fond sont donc fondés à évaluer, comme en droit commun, l'étendue de la réparation en fonction de la gravité des fautes en concours[1576].

b - La faute inexcusable en droit commun

1011. Même si, en droit commun, toute faute de la victime, même légère est sanctionnée, la jurisprudence tient compte de la gravité des fautes respectives pour moduler l'étendue de la réparation[1577]. A ce titre, elle fait produire un effet indirect à la faute inexcusable puisque la victime subit une diminution de son indemnité à la mesure de la gravité de sa faute. Inversement, en reconnaissant aux juges du fond un pouvoir souverain d'apprécier suivant quelle proportion le partage doit s'opérer[1578], la Cour de cassation leur permet de ne sanctionner que symboliquement une faute légère de la victime. La fonction préventive et répressive attachée à la sanction de la faute de la victime peut ainsi être restituée[1579].

[1574] Cass. soc., 28 avril 1980, *Bull. civ.* V, n°366, p. 27. En revanche, en matière d'accident de la circulation, la faute inexcusable de la victime non-conductrice, cause exclusive de l'accident, supprime son droit à réparation.
[1575] Cass. soc., 25 mars 1993, *Bull. civ.* V, n°100, p. 67 ; Egalement, Cass. soc., 11 mars 1993, *Bull. civ.* V, n°85, p. 59 ; Cass. soc., 12 juin 1997, *Bull. civ.* V, n°220, p. 159-160 ; *CSB* 1997.233, B.152 ; *D.* 1997.IR.161 ; *Gaz. Pal.* 1998.1.panor.65.
[1576] Cass. soc., 22 novembre 1990, *D.* 1991.263, note Y. Saint-Jours.
[1577] Req., 30 janvier 1929, *S.* 1929.I.191 ; Req. 15 juillet 1935, *S.* 1935.I.343 ; Cass. civ., 27 octobre 1948, *JCP* 1949.II.4793, note P. Esmein, *S.* 1949.I.119 ; Cass. civ. 1re, 3 avril 1973, *JCP* 1973.IV.6321.
[1578] Cass. ch. Mixte, 28 janvier 1972, *Bull. crim.* n°37, p. 87, *JCP* 1972.II.17050, concl. Lindon ; *RTDC* 1972.406, obs. G. Durry, *RGAT* 1972.227, obs. A.B.
[1579] B. PULL, *Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile, D.* 1984.58, spéc. p. 61.

1012. Certains auteurs, soutenant que moduler le partage en fonction de la gravité de la faute heurte tant le principe de la réparation intégrale, quelle que soit la gravité de la faute, que celui de l'appréciation *in abstracto* de la faute, auraient préféré que ce partage s'opérât selon le rôle causal des fautes respectives[1580].

1013. Pourtant, d'une part, on ne voit pas pourquoi le critère de la gravité des fautes conduirait nécessairement à une appréciation *in concreto* de la faute. Certes, il ne saurait être nié qu'un tel partage puisse être l'heureuse occasion pour les juges de tenir compte de la culpabilité subjective de la victime afin d'apprécier la gravité de sa faute, comme ils semblent le faire en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles. Cela permettra aux juges de ne pas faire subir à la victime prédisposée une diminution de son indemnisation lorsque, connaissant sa prédisposition génétique, elle n'a pas, par inadvertance, pris les précautions qui auraient permis d'éviter le déclenchement de sa maladie par la faute d'un tiers. Mais, en lui-même, le partage en fonction de la gravité des fautes en concours est totalement indépendant de la méthode d'appréciation de ces fautes. En effet, rien ne s'oppose à ce que la gravité de la faute de la victime soit appréciée objectivement selon, par exemple, la gravité du risque génétique que la victime encourait en s'exposant aux facteurs extérieurs déclenchant la maladie.

1014. D'autre part, un tel critère ne méconnaît pas le principe selon lequel l'auteur doit réparation intégrale du dommage, indépendamment de la gravité des fautes. Une fois acquis le rôle causal de la victime dans la production du dommage, l'étendue du droit à réparation peut-être modulée selon la gravité des fautes respectives. Même si la jurisprudence traitait la victime d'un dommage d'une manière différente de l'auteur en ne faisant produire d'effet exonératoire qu'à la faute qualifiée de la victime, cette solution ne heurterait pas l'obligation de sanctionner toutes fautes, mêmes légères commises par l'auteur d'un dommage, puisque cette obligation ne s'étend pas à la victime. Le libellé des articles 1382 et 1383 du Code civil, duquel est tirée l'obligation de l'auteur d'un dommage à réparer celui-ci sans distinction de la gravité de ses fautes, ne concerne, nullement la victime[1581].

[1580] C. LAPOYADE DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime,* Thèse Paris I, 1977, p. 195 et s. ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité,* Dalloz, 1998, n°975 et s., p. 316 et s.

[1581] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Les obligations –1. Responsabilité délictuelle,* Litec, 5e éd. 1996, n°1148, p.471.

1015. Ce n'est donc qu'accessoirement que les juges du fond peuvent moduler le droit de la réparation de la victime en fonction du rôle causal de sa faute[1582]. En effet, s'ils font totalement abstraction du critère de la gravité, leur décision sera, en principe, censurée par la Cour de cassation[1583].

1016. Ainsi, à la différence des régimes spéciaux des accidents du travail et des accidents de la circulation dans lesquels la faute inexcusable de la victime est une condition de diminution ou de suppression de son indemnisation, le droit commun ne subordonne pas la « responsabilité » de la victime envers elle-même à une telle faute. Pourtant les modalités du partage, dès lors qu'elles sont fondées sur la gravité des fautes de la victime et de l'auteur, permettent indirectement de produire un effet similaire à la faute inexcusable de la victime.

Cette similitude devient absolue lorsque la faute de la victime prédisposée atteint un degré de gravité supérieur en étant intentionnelle.

(2) La faute intentionnelle de la victime prédisposée

1017. La gravité de la faute intentionnelle est telle que les régimes spéciaux des accidents du travail et des accidents de la circulation, alors même qu'ils atténuent ou excluent l'effet exonératoire de certaines fautes de la victime, écartent l'indemnisation de son dommage en présence d'une faute intentionnelle de la victime. La faute intentionnelle produit ainsi le même effet qu'en droit commun. Commise par la victime, elle écarte son droit à réparation. Imputée à l'auteur du dommage, elle aggrave la situation du responsable, en lui interdisant de se prévaloir d'une faute non intentionnelle de la victime pour diminuer le montant de l'indemnité mise à sa charge. Pour produire de tels effets, la faute intentionnelle doit être caractérisée. Or, comme cela a été indiqué à propos du droit des assurances[1584], on peut opter entre une conception restrictive et une conception extensive de la faute intentionnelle.

[1582] Voir cependant, Cass. crim., 24 juin 1992, *RCA* 1992.comm. 416 ; *RTDC* 1993.142, obs. P. Jourdain ; M.-A. Péano, *Le juge pénal, prisonnier du droit commun (A propos de l'indemnisation du conducteur), RCA* 1992.chr.38 : cet arrêt rendu, en matière d'accident de la circulation, fait exception en décidant que « lorsque deux personnes ont, par leurs seules fautes conjuguées, causé réciproquement des dommages, soit à elles-mêmes, soit à leurs commettants respectifs, le partage de responsabilité qui en résulte ne peut être instauré que dans une proportion unique ».

[1583] J. FLOUR et J.-L AUBERT, *Les obligations. 2- Le fait juridique*, Armand Colin, 8e éd. 1999, n°175, p.168 ; Cass. civ. 3e, 21 février 1984, *Bull. civ.* III, n°43, p.33.

[1584] *Supra* n°778 et s. .

1018. Dans une conception restrictive, la faute intentionnelle est celle par laquelle l'auteur a recherché le dommage causé. Une telle définition de la faute intentionnelle, à laquelle se réfère expressément la loi de 1985 en matière d'accidents de la circulation en excluant l'indemnisation du « dommage volontairement recherché » par la victime, est, en principe, celle retenue par les Chambres civiles de la Cour de cassation. Ainsi la Chambre sociale de la Cour de cassation exige-t-elle un acte volontaire de son auteur commis dans l'intention de causer des lésions corporelles[1585]. Il s'agira souvent de l'hypothèse du suicide conscient de la victime[1586]. Mais puisque la présence d'une prédisposition au suicide ôte nécessairement au suicide son caractère conscient et réfléchi[1587], il ne saurait être reproché à la victime, porteuse d'une telle vulnérabilité, de commettre une faute intentionnelle en se suicidant.

1019. Cette faute ne pourrait être caractérisée que si la personne prédisposée décidait de s'exposer consciemment aux facteurs déclenchant la maladie en sachant, qu'en raison de sa prédisposition, la survenance de la maladie génétique devait immanquablement résulter de cette exposition[1588]. Si les conséquences dommageables dépassaient, par leur ampleur, celles que la personne prédisposée avait prévues, le caractère intentionnel de sa faute ne devrait pas pour autant être effacé[1589]. En revanche, si l'apparition de la maladie demeurait incertaine malgré l'exposition volontaire de la personne prédisposée au facteur extérieur, il serait difficile d'établir que celle-ci avait voulu le dommage lui-même, sauf à considérer que le fait de se mettre dans la situation d'être blessé suffirait à caractériser la

---

[1585] Cass. soc., 13 janvier 1966, *Bull. civ.* IV, n°63, p. 53 ; Cass. soc., 26 janvier 1972, *Bull. civ.* V, n°66, p. 61 ; Cass. soc. 20 avril 1988, *Bull. civ.* V, n°241, p. 158 . Cependant, Cass. soc., 24 avril 1969, *Bull. civ.* V, n° 265, p. 219 ; *D.* 1969.649, note Y. Saint-Jours, qui procède d'une conception extensive de la faute intentionnelle en retenant que le dommage qu'un salarié s'était involontairement causé à lui-même, résultait de sa faute intentionnelle au motif que ses lésions « étaient la conséquence directe des violences qu'il avait volontairement exercées » sur un autre salarié (l'auteur de la faute, en précipitant un ouvrier dans une cuve contenant un liquide caustique, avait été atteint lui-même par les projections du liquide.) Cet arrêt s'explique, sans doute, par les hésitations marquant la jurisprudence après qu'un arrêt du 4 février 1969 a abandonné, en matière contractuelle, une définition stricte de la faute intentionnelle (Cass. civ. 1re, 4 février 1969, *JCP* 1969.II.16030, note R.Prieur, *D.* 1969.601, note J. Mazeaud ; Cass. com., 19 janvier 1993, *Bull civ.* IV, n°24, p.14). Néanmoins, aujourd'hui, la conception élargie de la faute intentionnelle est cantonnée au domaine contractuel.

[1586] En matière d'accident de la circulation : Cass. civ. 2e, 24 février 1988, *Bull. civ.* II, n°49, p.25 ; *JCP* 1988.IV.167 ; Cass. civ. 2e, 21 juillet 1992, *Bull. civ.* II, n°218, p.108, *RCA* 1992.comm.415 ; *D.* 1993.somm. 212, obs. J.-L. Aubert. En matière d'accident du travail et de maladie professionnelle : Cass. soc., 20 avril 1988, *préc.*

[1587] Cass. soc., 13 juin 1979, *Bull. civ.* V, n°535, p. 393 ; Cass. soc., 23 septembre 1982, *Bull. civ.* V, n°524, p. 386.

[1588] *Supra* n°786.

faute intentionnelle, ce qui est très incertain : si certains juges du fond admettent la faute intentionnelle dans cette dernière hypothèse[1590], la Cour de cassation a rejeté une telle solution[1591].

1020. La conception restrictive de la faute intentionnelle de la victime, adoptée par les Chambres civiles de la Cour de cassation, empêchera souvent de caractériser celle de la personne, porteuse d'une prédisposition génétique, à l'inverse de son acception extensive, vers laquelle s'est orientée la Chambre criminelle. Ainsi, dans une espèce, un employé avait, pour plaisanter, enflammé un solvant qu'il avait fait couler sous la porte des toilettes où s'était rendu un salarié et ce dernier avait subi de graves blessures : la Cour de cassation a retenu la faute intentionnelle de l'auteur, alors même que « son comportement relevait davantage de la stupidité que de la méchanceté et qu'il n'avait pas voulu le dommage qui en était résulté », au motif que la « faute qui sert de fondement à une condamnation du chef de coups ou violences volontaires est nécessairement intentionnelle au sens de l'article L.452-5 du Code de la sécurité sociale »[1592]. En retenant l'autorité de la chose jugée d'une telle condamnation pénale pour coups et blessures volontaires, la Chambre criminelle oppose à celui qui a pris un risque délibéré, sans pour autant vouloir le dommage qui en est résulté, les conséquences civiles de la faute intentionnelle. Une telle faute commise par l'employeur ou son préposé autorise la victime à leur demander la réparation du préjudice subi non couvert par la sécurité sociale, et la caisse, qui a versé les indemnités, a exercé un recours contre l'auteur de l'accident (L.452-5 C.S.S.).

1021. La solution s'applique dans l'hypothèse où un agent a fait l'objet d'une condamnation pénale en causant un dommage à autrui, et non dans celle où l'auteur de la faute en est la victime, dans la mesure où celui qui se cause un dommage à lui-même ne peut être pénalement sanctionné. Néanmoins, si la personne prédisposée, condamnée pénalement pour avoir exposé volontairement un tiers à un risque de dommage, était victime de sa propre faute, elle devrait être privée de

---

[1589] Cass. civ. 1re, 7 juin 1974, *Bull. civ.* I, n°168, p. 147 ; *RTDC* 1975.120, obs. G. Durry ; *RGAT*. 1975.213, note A.B.

[1590] Rennes, 18 mars 1986, *D.* 1986.IR.264 ; Paris, 28 février 1992, *Gaz. Pal.* 1992.1.539, note F. Chabas ; *RTDC* 1992.574, obs. P. Jourdain.

[1591] Cass. civ. 2e, 17 février 1988, *Bull. civ.* II, n°44, p. 23 ; *JCP* 1988.IV.155 ; *Gaz. Pal.* 1988. somm. 315, obs. F.C., cassant Rennes 18 mars 1986.

[1592] Cass. crim., 17 mai 1990, *JCP* E. 1990.II.15866, note O. Godard ; *RCA* 1990.comm. 282 ; H. Groutel, *La faute intentionnelle vue par la chambre criminelle et la 1re chambre civile : confirmation d'une divergence, RCA* 1990.chr.16 ; voir également, Cass. crim., 3 janvier 1958, *Bull. crim.,* n°3, p. 5 ; Cass. crim., 7 juin 1961, *Bull. crim.* n°290, p. 559 ; Cass. crim, 21 octobre 1969, *Bull. crim.* n°258, p. 618 ; Cass. crim., 15 mars 1977, *Bull. crim.* n°94, p. 225 ; *JCP* 1979.II.19148, note B. Bonjean.

toute indemnisation lorsque le déclenchement de sa maladie aurait résulté de son action, et ce, alors même qu'elle n'aurait pas recherché un tel dommage. En effet, puisque dans la conception extensive de la faute intentionnelle, il suffit que l'auteur ait agi volontairement, il importe peu que les conséquences dommageables qui résultent de son acte soient subies par lui-même ou par un tiers.

1022. Une telle conception extensive est regrettable, non seulement parce qu'elle traduit une divergence au sein des Chambres de la Cour de cassation et fait de la faute intentionnelle une notion « à contenu variable »[1593], mais surtout parce que, opposée à la victime, la faute intentionnelle supprime son droit à réparation. Pour justifier un tel refus d'indemnisation, on avance généralement que la faute intentionnelle absorbe toute la causalité lorsqu'elle entre en concours avec une faute d'une moindre gravité[1594]. Or, seule la définition stricte de la faute intentionnelle, par laquelle l'auteur doit non seulement avoir voulu l'acte mais aussi le dommage, peut s'harmoniser avec l'idée que cette faute est l'unique cause du dommage. En effet, le fait d'un tiers, alors même qu'il aurait déclenché la maladie d'un individu prédisposé, ne peut être traité comme une cause juridique de la maladie lorsque c'est la victime elle-même qui a volontairement recherché la réalisation de son risque génétique. Dans ce cas, la faute intentionnelle de la victime n'est pas la seule cause de la maladie, mais c'est la seule qui doit être retenue[1595], car, telle la force majeure, cette faute est à l'origine de l'accident qui a entraîné la réalisation du risque de prédisposition. L'exonération du défendeur doit être totale sauf si ce dernier a lui-même commis une faute intentionnelle en blessant volontairement la victime qui le lui aurait demandé[1596].

1023. En revanche, si l'on se contente d'une conception extensive de la faute intentionnelle, on ne voit pas pourquoi la faute de la victime prédisposée qui se serait volontairement exposée au risque d'une maladie sans en rechercher la

---

[1593] G. BRIERE DE L'ISLE, « *La faute intentionnelle, ou cent fois sur le métier… » (Réflexions à propos d'un arrêt : Civ.1re, 17 déc. 1991, Winterthur c/ Tournaire et autres), D.*1993.75, spéc. p.78.

[1594] Notamment, B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Les obligations –1. Responsabilité délictuelle,* Litec, 5e éd. 1996, n°1150, p.472 ; H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations, théorie générale,* Montchrestien, 9e éd. par F. Chabas, 1998, n°594, p.683 ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité,* Dalloz, 1998, n°970, p. 315. On peut également justifier l'exonération totale du défendeur par la volonté de punir sévèrement la victime en raison de la gravité particulière de sa faute intentionnelle. Sur les deux fondements possibles : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité,* LGDJ, 2e éd. 1998, n°432, p.295.

[1595] J. FLOUR et J.-L AUBERT, *Les obligations. 2- Le fait juridique*, Armand Colin, 8e éd. 1999, n°175, p.169.

réalisation devrait être la cause exclusive de sa maladie. Une telle faute est inexcusable mais en aucun cas elle ne devrait justifier l'exonération totale du défendeur. En effet, si la victime n'a pas recherché son dommage, on ne peut alors soutenir que sa faute absorbe celle du défendeur qui a participé au déclenchement de la maladie. La faute de la victime prédisposée retrouve alors son autonomie par rapport à celle de défendeur et ne devrait permettre qu'une exonération partielle.

* *

*

1024. Ainsi, seule la faute inexcusable ou intentionnelle de la victime, porteuse d'une prédisposition génétique à la maladie, devrait limiter ou supprimer son droit à réparation. En effet, à défaut d'être fondée sur la gravité de la faute, la fonction préventive et punitive, attachée à la diminution ou exclusion de la réparation du préjudice dans la réalisation duquel la faute de victime a participé, ne peut pas être remplie.

1025. La définition large, que nous avons retenue, de la prédisposition génétique comme étant celle indiquant un risque génétique d'une personne, non seulement à contracter une maladie, mais également à transmettre une maladie à sa descendance, conduit à rechercher si la responsabilité de ceux, qui n'ont pas permis à la personne prédisposée d'éviter de donner naissance à des enfants atteints d'une maladie génétique, pourrait être engagée.

[1596] H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations, théorie générale,* Montchrestien, 9e éd. par F. Chabas, 1998, n°449, p.461 et n°594, p. 683.

CHAPITRE II - LA RESPONSABILITE DE LA TRANSMISSION DE LA MALADIE A LA DESCENDANCE DE LA PERSONNE GENETIQUEMENT PREDISPOSEE

1026. La naissance d'un enfant atteint d'une maladie autosomique récessive[1597] témoigne de ce que le risque d'une personne, lié à sa prédisposition à transmettre une maladie à sa descendance, s'est réalisé. Or, la personne prédisposée peut avoir tenté d'éviter cette transmission en recherchant auprès de tiers des informations qui se sont révélées inexactes.

1027. En effet, un médecin peut avoir été sollicité par un couple qui désirait connaître, en raison de leurs antécédents familiaux, si chacun d'eux était ou non prédisposé à transmettre une maladie récessive à ses enfants. La survenance de cette maladie chez l'enfant impliquant qu'il ait reçu de ses deux parents un gène défectueux, le risque pour le couple prédisposé d'avoir un enfant malade est de 1 sur 4. Le couple pourrait alors choisir soit de renoncer à la procréation naturelle, soit de prendre le risque d'une telle procréation dans la perspective qu'un diagnostic prénatal lui permette de décider, en cas de résultats indiquant l'affection de fœtus, de mettre un terme à la grossesse.

Dans l'hypothèse où le médecin aurait assuré de manière inexacte aux parents qu'ils n'étaient pas porteurs de prédisposition ou que, malgré leur prédisposition, ils n'avaient pas transmis la maladie à leur enfant, la responsabilité du praticien devrait pouvoir être engagée lorsque les parents ont donné naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique. En revanche, si le médecin a délivré une information exacte aux parents, il ne saurait être question de mettre en cause sa responsabilité dans la transmission d'une maladie génétique à la descendance des personnes prédisposées.

1028. Mais, se pose alors le problème d'une divulgation asymétique de l'information génétique au sein du couple : si l'un des partenaires informe l'autre partenaire de sa propre prédisposition et si ce dernier s'abstient de divulguer au premier la prédisposition dont il est lui-même porteur, on peut se demander si la naissance de l'enfant atteint de la maladie génétique ne pourrait pas alors être reprochée au parent ayant dissimulé sa prédisposition.

[1597] Voir *Supra*, n°11 et 24.

1029. Le succès de l'action en responsabilité dirigée soit contre le médecin (section I), soit contre l'autre parent (section II), est alors subordonné à ce que les conditions de leur responsabilité se trouvent réunies, ce qu'il convient de vérifier.

SECTION I - LA RESPONSABILITE DU MEDECIN

1030. Le médecin peut avoir donné aux parents une information inexacte soit, avant qu'ils ne décident de concevoir un enfant, en omettant de leur indiquer les risques génétiques que leur union pouvait faire courir à leur descendance, soit, après la conception de cet enfant, en ne les informant pas de ce que leur risque s'était réalisé.

Quel que soit le moment où elle a été délivrée par le praticien, l'information inexacte, parce qu'elle n'a pas pu permettre aux parents d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'une maladie génétique, soulève la question de la responsabilité du médecin à l'égard des parents (§1), mais aussi à l'égard de l'enfant lui-même (§2). Si, concernant la réparation du préjudice des parents, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation adoptent une position identique, en revanche, une divergence apparaît entre les deux ordres de juridiction lorsqu'il s'agit de déclarer le médecin responsable du préjudice de l'enfant.

§ 1 - La responsabilité du médecin à l'égard des parents

1031. Par deux arrêts récents, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont accueilli l'action des parents dirigée contre le médecin en réparation du préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'une maladie génétique grave.

1032. Ainsi le litige soumis à la Cour de cassation le 26 mars 1996[1598] concernait-il un couple qui avait consulté un professeur en médecine en 1982 afin de connaître leur risque éventuel d'avoir un enfant porteur de troubles neurologiques identiques à ceux dont était atteint le mari. Le médecin, négligeant le problème neurologique qui existait chez le frère utérin du mari, émit un diagnostic

[1598] Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *Bull. civ*. I, n°155, p. 109 ; *D*. 1997.35, J. Roche-Dahan ; *RTDC* 1996.625, obs. P. Jourdain ; *JCP* 1996.I 3985, n°19 obs. G. Viney ; *D*. 1997.somm. 322, obs. J. Penneau ; *RCA* 1996.comm.229 ; *Les petites affiches*, 6 décembre 1996, n°147, p. 22, note Y. Dagorne Labbée ; F. Bellivier, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique,* Thèse Paris I, dact., 1997, n°485, p. 424 et s.

favorable en indiquant que la maladie dont souffrait ce dernier n'était pas héréditaire. Cinq ans après, sa femme mit au monde un enfant atteint d'un handicap semblable à celui du mari. Par un arrêt confirmatif, la Cour d'appel avait déclaré le médecin responsable de l'entier préjudice subi par les parents. Au soutien de son pourvoi, le médecin soutenait, d'une part, qu'en manquant d'éclairer les époux sur les risques éventuels de la naissance, il aurait seulement pu leur faire perdre une chance d'éviter, par un refus de projet parental, les conséquences préjudiciables de cette naissance et d'autre part, que le lien de causalité entre la faute, qui lui était imputée, et le préjudice était hypothétique car la naissance de l'enfant n'était pas nécessairement la conséquence de la consultation génétique donnée 5 ans auparavant. Déclarant irrecevable, parce que nouveau, le grief tiré de la perte d'une chance, la Cour de cassation rejeta le pourvoi en relevant que l'erreur commise était en relation directe de causalité avec la décision des époux de concevoir un enfant puisque ceux-ci avaient cherché auprès du spécialiste « un conseil déterminant et une certitude quant à l'absence du risque ». En outre, « la consultation génétique donnée cinq avant la naissance était en relation directe avec celle-ci dès lors qu'il n'était allégué ni que les troubles actuels eussent eu une autre cause, ni que d'autres conseils médicaux déterminants eussent été donnés ».

Même si les faits de l'arrêt révèlent que la maladie de l'enfant a été transmise par le seul père selon un mode dominant, la solution aurait certainement été identique dans l'hypothèse où les parents, donnant naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique autosomique récessive, auraient été prédisposés à transmettre une telle maladie sans que le spécialiste consulté les ait informés de leur prédisposition.

1033. La solution du Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 14 février 1997[1599], est également susceptible d'intéresser les personnes, qui se sachant porteuses saines d'une maladie, souhaitent connaître, à l'occasion d'un diagnostic prénatal, si leur risque s'est réalisé par la transmission de la maladie génétique à l'enfant conçu. En effet, l'espèce concernait un centre hospitalier qui, après avoir pratiqué une amniocentèse sur une femme enceinte, âgée de 42 ans, n'informa pas cette dernière du fait que les résultats rassurants de cet examen, « compte tenu des conditions

[1599] CE, 14 février 1997, *Centre hospitalier de Nice c/ ép.Quarez* : *Rec. CE*, p.44, concl. V. Pécresse ; *RFDA* 1997.374, concl. V. Pécresse et note B. Mathieu ; *AJDA* 1997.480 et 430, chr. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *RDPubl.* 1997.1139, notes J.-M. Auby et J. Waline ; *JCP* 1997.II.22828, note J. Moreau ; *Les petites affiches*, 28 mai 1997, n°64, p. 23, note S. Alloiteau ; *Les petites affiches*, 9 juillet 1997, n°82, p. 41, note N'Guyen Van Thuong ; *RDSS* 1997.255, obs. J.-S. Cayla ; *JCP* 1997.I.4025, n°19, obs. G. Viney ; *D.*

dans lesquelles il avait été conduit », pouvaient néanmoins « être affectés d'une marge d'erreur inhabituelle ». Or, ces résultats étaient erronés. La mère donna, en effet, naissance à un enfant atteint d'une trisomie 21, alors qu'elle avait clairement manifesté sa volonté d'éviter le risque d'un accident génétique chez l'enfant conçu. Pour ordonner la réparation du préjudice causé aux parents par la naissance de cet enfant, le Conseil d'Etat[1600] reconnut que la faute du centre hospitalier avait faussement conduit les parents, qui recherchaient « un diagnostic déterminant quant à l'absence de risque », à la certitude que l'enfant n'était pas porteur d'une trisomie. Rendant sans objet une nouvelle amniocentèse qui eût permis de faire pratiquer une interruption de grossesse pour motif thérapeutique, cette faute « était la cause directe des préjudices entraînés pour (les parents) par l'infirmité dont est atteint leur enfant ».

1034. Les personnes prédisposées à transmettre une maladie génétique à leur descendance peuvent donc rechercher la responsabilité du médecin, si leur risque s'est réalisé, lorsque le praticien commet une faute en relation de causalité avec leur préjudice.

1035. La faute du médecin ne résulte pas de la seule erreur de diagnostic pré-conceptuel ou prénatal. En effet, hors le cas des analyses courantes de laboratoire qui ne comportent aucun aléa[1601], le médecin est tenu d'une obligation de moyens dans l'élaboration de son diagnostic[1602]. Ainsi, dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, la faute résulte de ce que le spécialiste, pour affirmer que les troubles neurologiques n'étaient pas de nature héréditaire, n'avait pas pris en compte ceux présentés par le frère utérin du mari. Ce n'est donc pas tant l'erreur de diagnostic

---

1997.somm. 322, obs. J. Penneau ; *RDSS* 1998.94, note F. Maillol ; *D.* 1998.somm. 294, obs. S. Henneron ; *D.* 1999.somm. 60, obs. P. Bon et D. de Béchillon.

[1600] L'arrêt de la Cour administrative qui avait fait droit à la demande des parents fut, comme nous l'étudierons dans le paragraphe suivant, annulé au motif que la Cour avait ordonné la réparation du préjudice de l'enfant.

[1601] Toulouse, 14 décembre 1959, *D.* 1960 .181 ; *JCP* 1960.II. 11402, note R. Savatier, *RTDC* 1960.298, obs. H. et L. Mazeaud ; (réformant Trib. civ. Toulouse, 7 novembre 1957, *JCP* 1959.II.10972, note R. Savatier) rendu à propos de la détermination du groupe sanguin et du facteur rhésus. M. J. Penneau remarque néanmoins que cette solution ne sera peut-être plus retenue aujourd'hui car, en raison de l'existence de multiples sous-groupes, la détermination du groupe sanguin s'avère plus délicate qu'il n'y paraissait à l'époque : *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 2e éd. 1996, p. 10, également Rép. civ. Dalloz, *v° Médecine*, 1993, spéc. n°493 ; TGI Colmar, 25 octobre 1989, *RDSS* 1991.29, note L. Dubouis (Résultat erroné dans le titrage des anti-corps anti-VIH).

[1602] Cass. civ. 1re 4 janvier 1974, *Bull. civ.* I, n°4, p. 4 ; *D.* 1974.somm. 79 ; *RTDC* 1974. 822.obs. G. Durry (Interprétation histologique d'une tumeur) ; TGI Montpellier, 15 décembre 1989, *JCP* 1990.II.21556, note J.-P. Gridel ; *Gaz. Pal.* 1994.1.somm. 211, obs. J.Guigue ; *RDSS.* 1991, 29, note L. Dubouis (Examen anténatal pour vérifier que l'enfant n'est pas trisomique) ; Versailles, 28 mars 1996, *D.* 1996.IR.138 (Coronarographie nécessitant une technicité et une précision certaine).

en elle-même, qui lui est reprochée, que l'emploi d'une méthode inadaptée, non conforme aux données de la science et à la source de cette erreur. En effet, si l'on peut comprendre, eu égard à la complexité des maladies génétiques, qu'un spécialiste puisse se tromper sur le diagnostic d'une maladie héréditaire en indiquant qu'il s'agit de telle maladie génétique plutôt que de telle autre, en revanche, il est impardonnable qu'il ait oublié de reconstruire l'arbre généalogique familial du patient pour s'assurer que l'affection de ce dernier n'était pas héréditaire.

Dans l'espèce soumise au Conseil d'Etat, la faute imputée au centre hospitalier ne consiste pas dans l'inexactitude des résultats du diagnostic prénatal, mais dans le défaut d'information du patient sur la marge d'erreur inhabituelle des résultats, eu égard aux conditions dans lesquelles le diagnostic avait été conduit.

1036. Alors que la faute du médecin peut être facilement cernée, en revanche son lien de causalité direct et certain avec le préjudice des parents est plus délicat à établir.

1037. Le lien direct de causalité est exclu entre la faute du médecin et l'affection de l'enfant, lorsque sa transmission par les parents lors de sa conception ne peut être imputée à l'action du médecin[1603]. Il en serait différemment si le handicap de l'enfant avait été causé par l'activité du médecin[1604] qui, par exemple, aurait exposé de manière fautive le fœtus, porteur d'une prédisposition génétique au facteur déclenchant sa maladie[1605].

1038. Le préjudice dont se plaignent les parents, en l'espèce, consiste à ne pas avoir pu empêcher, par la faute du médecin, la naissance d'un enfant atteint d'une maladie grave. En effet, correctement informés par le praticien du risque génétique du mari, les parents auraient choisi de ne pas concevoir un enfant selon un processus naturel, plutôt que de prendre le risque de lui transmettre une maladie génétique. Avertie de la non-fiabilité du diagnostic prénatal, la mère aurait décidé de se soumettre à une nouvelle amniocentèse dont les résultats défavorables l'auraient conduite à faire pratiquer un avortement pour motif thérapeutique. Le préjudice des parents en relation causale directe avec la faute du médecin consiste

---

[1603] J. ROCHE-DAHAN, *D.* 1997.35, spéc. p.37 ; J. PENNEAU, *D.* 1997.somm.322, spéc. p.323.

[1604] CE, 27 septembre 1989, *Rec. CE*, p. 176 ; *AJDA* 1989. 808 et p. 776, chr. E. Honorat et E. Baptiste ; *RFDA* 1991.325, note P.-M. Deswarte ; *D.* 1991.80, note M. Verpeaux ; *D.*1990.somm. 298, obs. P. Bon et P. Terneyre ; *Gaz. Pal.* 1990.2.421, concl. Fornacciari (Echec d'une tentative d'avortement ayant provoqué l'infirmité de l'enfant).

donc dans la naissance d'un enfant non désiré, parce qu'atteint d'une anomalie génétique.

1039. Auparavant, tant le Conseil d'Etat que la Cour de cassation avaient posé le principe selon lequel la naissance d'un enfant ne pouvait pas, en elle-même, constituer un préjudice indemnisable pour ses parents, tout en réservant une exception qui n'avait pas alors trouvé à s'appliquer. En effet, le Conseil d'Etat, par un arrêt du 2 juillet 1982[1606] avait décidé que « la naissance d'un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans succès, en vue de l'interruption d'une grossesse demandée dans les conditions requises aux articles L. 162-1 à L. 162-6 du code de la santé publique pour une femme enceinte, n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation par l'établissement hospitalier où cette intervention a eu lieu, à moins qu'existent, en cas d'échec de celle-ci, des circonstances ou une situation particulières susceptibles d'être invoquées par l'intéressée. ». La Cour de cassation, le 25 juin 1991[1607], quant à elle, énonçait que « l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse » en « l'absence d'un dommage particulier qui, ajouté aux charges normales de la maternité, aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité ».

1040. Dans le cas où des circonstances ou un dommage particuliers auraient pu être invoqués, ces arrêts introduisaient donc une exception au principe. La Cour de cassation, le 26 mars 1996 et le Conseil d'Etat, le 14 février 1997, viennent de décider que la naissance d'un enfant atteint d'une maladie génétique constitue une telle exception. Encore faut-il, même si cela n'est pas directement exprimé, que cette maladie soit grave et incurable. En effet, dans l'espèce soumise au Conseil d'Etat, la trisomie de l'enfant à naître, parce que, si elle avait été diagnostiquée, justifiait le recours à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique,

---

[1605] Cass. civ. 1re, 5 février 1991, *Bull. civ.* I, n°55, p.35 : En l'espèce l'indemnisation a néanmoins été refusée car le lien de causalité entre l'exposition au facteur déclenchant et le handicap de l'enfant n'était pas certain.

[1606] CE, Ass. 2 juillet 1982, *Rec. CE* p. 266 ; *AJDA* 1983.206, obs. J.C. ; *D.* 1984.425, note J.-B. d'Onorio ; *RDSS* 1983.95, concl. M. Pinault ; *Gaz. Pal.*, 1983.1.193, note F. Moderne ; *D.* 1984.IR.21, obs. P. Bon et F. Moderne ; CAA Nancy, 30 avril 1997, *Les petites affiches*, 21 janvier 1998, n°9, obs. P.T. ; *Gaz. Pal.* 1998.2. panor.adm.130 ; *RDSS* 1998.830.

[1607] Cass. civ.1re, 25 juin 1991, *Bull. civ.* I, n°213, p. 139 ; *D.*1991.566, note Ph Le tourneau ; *JCP* 1992.II.21784, note J.-F. Barbièri ; *D.* 1993.somm. 27, obs. J. Penneau ; *RTDC* 1991.753, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1992.2. somm.285, obs. F. Chabas. (Rejet du

constituait aux termes de la loi « une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic » (article L.162-12 du Code de la santé publique)[1608]. Si les faits de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1996 ne permettent pas de vérifier que cette exigence a été satisfaite, puisqu'en l'espèce les parents n'avaient pas eu recours à un diagnostic prénatal, il semble néanmoins que la Cour de cassation, dans la mesure où elle refuse d'indemniser le préjudice de la mère résultant de la naissance d'un enfant après l'échec d'une interruption de grossesse pour motif non thérapeutique[1609], n'aurait pas, *a fortiori,* accordé aux parents la réparation de leur préjudice si la maladie de l'enfant n'avait pas été grave et incurable.

1041. Le lien de causalité entre la faute du médecin et la naissance non voulue de l'enfant atteint de la maladie génétique doit être, non seulement direct, mais également certain. Cette certitude implique de connaître la volonté des parents de renoncer à la procréation, s'ils avaient connu leur risque de transmettre une maladie génétique à leur descendance, ou de pratiquer un avortement pour motif thérapeutique dans le cas où le médecin les aurait correctement informés de l'anomalie génétique de l'enfant à naître. Les deux arrêts attestent de la certitude du lien causal en relevant que les parents avaient recherché auprès du spécialiste un conseil déterminant quant à l'absence de risque.

1042. Certes on ne peut manquer de remarquer que la conception de l'enfant, au même titre qu'une interruption de grossesse pour motif thérapeutique, relève de « la sphère de décision »[1610] des intéressés, dans laquelle nul ne peut être assuré du choix qu'ils auraient pris, en l'absence d'une faute médicale[1611]. La preuve, par les parents, de leur volonté d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'une maladie génétique peut être ainsi difficile à rapporter. Les juges étayent néanmoins leur conviction de la certitude du lien causal par des indices qui permettent de présumer

---

pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Riom du 6 juillet 1989, *D.* 1990.284, note Ph. Le tourneau ; *D.* 1991.somm. 179, obs. J. Penneau.)

[1608] Comparer Trib. adm. Strasbourg, 17 juillet 1990, *Gaz. Pal.* 1991.1.52, concl. M. Heers ; *AJDA* 1991.217, G. Darcy ; *RDSS* 1991.69, concl. M. Heers : Décision qui refuse l'indemnisation du préjudice des parents résultant de la naissance d'un enfant atteint de malformations congénitales des membres supérieurs, non décelées par l'examen échographique, au motif, notamment, que ces malformations ne pouvaient pas être regardées comme une affection d'une particulière gravité, au sens de l'article L.162.12 du Code de la santé publique, pour justifier une interruption de grossesse pour motif thérapeutique.

[1609] Cass. civ.1re, 25 juin 1991, *préc.*

[1610] J. PENNEAU, *D.* 1997.somm.322, spéc. p.323.

[1611] A. DORSNER-DOLIVET, note sous Cass. civ. 1re, 16 juillet 1991, *JCP* 1992.II. 21947 ; J. ROCHE-DAHAN, *D.* 1997.35, spéc. p.37 ; P. BON et D. de BECHILLON, *D.* 1999.somm. 60, spéc. p. 61.

en fait que la décision des parents de concevoir ou de ne pas avorter a été conditionnée par la faute médicale[1612]. Ainsi, comme cela résultait de l'instruction de l'affaire soumise au Conseil d'Etat, la mère avait clairement manifesté sa volonté d'éviter le risque d'un accident génétique chez l'enfant conçu en demandant qu'il fût procédé à une amniocentèse, dans la mesure où, comme les parents le faisaient valoir, ils n'auraient pas exposé le fœtus aux risques de cet examen (avortement spontané de la mère) s'ils n'avaient pas eu l'intention d'interrompre la grossesse en cas de diagnostic défavorable[1613]. De même, la Cour de cassation approuva-t-elle les juges du fond d'avoir décidé que les parents avaient cherché un conseil déterminant et une certitude quant à l'absence de risque en relevant que les parents, après la consultation génétique, n'avaient pas sollicité d'autres conseils médicaux. En effet, cela permet d'attester que le conseil génétique donné 5 ans auparavant a été suivi et « que rien ne permet de penser que la décision eût été identique si le conseil avait été différent »[1614].

1043. Puisque le lien de causalité entre la faute du médecin et la naissance non désirée d'un enfant atteint d'une maladie génétique est direct et certain, la réparation du préjudice des parents doit donc être intégrale. Cette solution semble pourtant nouvelle. En effet, auparavant, les juges du fond, dans des espèces similaires à celle soumise au Conseil d'Etat, n'accordaient une réparation qu'au titre de la perte d'une chance d'avorter[1615]. La réparation était donc inférieure à celle que les parents auraient dû recevoir si les juges avaient considéré que leur préjudice avait été en relation de causalité avec le dommage final, à savoir la naissance non désirée d'un enfant handicapé. Cette solution était critiquable lorsqu'il était établi que les parents étaient « décidés à pratiquer une interruption de grossesse pour le cas où le caryotype (de l'enfant à naître) eût été déclaré

[1612] P. JOURDAIN, *RTDC* 1996.625, spéc. p. 626 ; A.-M. LUCIANI, *La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital, Les petites affiches,* 27 juin 1997, n°77, p. 17, spéc. p.19.

[1613] V. PECRESSE, concl. sous CE, 14 février 1997, *Rec. CE.*, p.50 : Le commissaire de gouvernement relève en outre « qu'il est extrêmement rare que des parents, après avoir fait la démarche de se soumettre à un tel test génétique et, à l'issue de celui-ci, avoir appris que leur enfant est atteint d'une trisomie, n'aient pas recours à un avortement thérapeutique ».

[1614] P. JOURDAIN, *RTDC* 1996.625, spéc. p. 626.

[1615] Paris, 17 février 1989, *D.* 1989.somm.316, obs. J. Penneau ; Versailles, 8 juillet 1993, *Gaz. Pal.* 1994.1.149 ; *D.*1995.somm.98, obs. J. Penneau ; *RDSS* 1994.268, obs. G. Mémeteau ; Paris, 17 décembre 1993, *Gaz. Pal.* 1994.1.147 ; *D.*1995.somm.99, obs. J. Penneau.

anormal »[1616]. En effet, si les juges avaient la certitude que la femme aurait eu recours à l'interruption volontaire de grossesse, c'est l'intégralité du préjudice final qui aurait dû être réparée[1617]. Ce n'est qu'à défaut de certitude entre la faute du médecin et le dommage final que les juges auraient pu recourir à la notion de perte de chance[1618]. En effet, lorsque l'on ne peut pas être sûr que la mère eût recouru à l'avortement en cas de diagnostic défavorable, notamment dans l'hypothèse où l'initiative de l'amniocentèse avait moins procédé d'une démarche des parents que de celle d'un médecin qui, eu égard à l'âge de la mère, avait conseillé un tel examen, il est néanmoins certain que le défaut d'information sur les résultats de l'amniocentèse leur a fait perdre une chance « d'avoir le choix de ne pas mettre au monde un enfant anormal »[1619]. La « chance » existait et sa perte a été rendue certaine par le manquement du médecin à son devoir d'information. Sa faute a un lien de causalité, non plus avec le préjudice final des parents, mais avec celui « intermédiaire »[1620] résultant de la perte d'une chance d'éviter la naissance non désirée d'un enfant atteint d'une anomalie génétique[1621].

1044. Ainsi, hormis le cas où les parents n'auraient pas eu une volonté déterminée de renoncer à concevoir ou d'avorter, il ne saurait être question de diminuer le montant de la réparation du préjudice final. Une telle réparation impose aux juges du fond d'évaluer le préjudice tant moral que matériel des parents.

1045. Moral, le préjudice des parents doit être évalué en tenant compte des « souffrances subies du fait de la vue quotidienne du handicap » de leur enfant[1622],

---

[1616] TGI Montpellier, 15 décembre 1989, *JCP* 1990.II.21556, note J.-P. Gridel ; *Gaz. Pal.* 1994.1.somm. 211, obs. J.Guigue ; *RDSS.* 1991, 29, note L. Dubouis ; Egalement Paris, 17 décembre 1993, *préc.* : la Cour de cassation, le 26 mars 1996 (*Bull. civ.* I, n°156, p. 110 ; *D.* 1997.35, J. Roche-Dahan ; *RTDC* 1996.623, obs. P. Jourdain ; *JCP* 1996.I 3985, n°19 obs. G. Viney ; *D.* 1997.somm. 322, obs. J. Penneau ; *JCP* 1996.I.3946, n°6, obs. P. Murat ; *RTDC* 1996.871, obs. J. Hauser ; *RCA* 1996.comm. 231 ; *Les petites affiches*, 6 décembre 1996, n°147, p. 22, note Y. Dagorne Labbée ; *Gaz. Pal.* 1997.2.somm.383, note F. Chabas ; F. Bellivier, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique,* Thèse Paris I, dact., 1997, n°485, p. 424 et s.) a cassé cet arrêt non pas pour le motif qu'il n'avait accordé aux parents qu'une indemnisation au titre de la perte d'une chance, ce que les parents ne critiquaient pas, mais parce qu'il avait refusé l'indemnisation du préjudice de l'enfant.

[1617] J. PENNEAU, obs. sous Paris, 17 février 1989, *D.* 1989.somm. 316 ; J. ROCHE-DAHAN, *D.* 1997.35, spéc. p. 37.

[1618] *Contra* J. PENNEAU, *préc. ;* J. ROCHE-DAHAN, *préc.* : Pour ces auteurs, les juges, qui n'auraient pas la certitude qu'une telle décision aurait été prise, devraient refuser toute réparation.

[1619] Versailles, 8 juillet 1993, *préc.*

[1620] G. MEMETEAU, *Perte de chances et responsabilité médicale, Gaz. Pal.* 1997.2.1367, spéc. p. 1370.

[1621] P. JOURDAIN, *RTDC* 1996.625, spéc. p. 626.

[1622] Paris, 17 février 1989, *préc.* ; Versailles, 8 juillet 1993, *préc.* (Troubles psychologiques de la mère à l'issue de la naissance de l'enfant handicapé).

souffrances qui auraient, à tout le moins, pu être atténuées, si les parents correctement informés, s'étaient préparés psychologiquement à cette naissance[1623].

1046. Matériel, le dommage peut consister notamment dans les coûts supplémentaires d'éducation et d'entretien que représente, pour les parents, la charge d'un enfant handicapé par rapport à celle d'un enfant normal. Pour s'opposer à une telle indemnisation, M. J.-P. Gridel faisait valoir que les devoirs de nourriture, d'entretien et d'éducation ne peuvent s'analyser comme un préjudice, dans la mesure où « la loi les rend tellement consubstantiels à la filiation que les distinctions entre la naissance de l'enfant et les obligations qui en résultent, ou entre les charges comparées de l'enfant « normal » et de « l'enfant anormal » ne peuvent être soutenues »[1624]. Le refus d'une telle distinction, qui est logique lorsque les parents ont librement choisi de donner naissance à un enfant handicapé, conduit néanmoins à nier la liberté des parents quant à leurs choix de procréation, puisque c'est à eux seuls de décider s'ils veulent ou non assumer la charge d'un enfant handicapé. Il a pu être parfois soutenu que l'indemnisation du préjudice matériel des parents n'avait pas lieu d'être en raison de ce que la faculté d'abandon de l'enfant permettait aux parents d'éviter la charge de l'enfant[1625]. Néanmoins, cette motivation, outre qu'elle est humainement critiquable, ne peut être justifiée juridiquement. La faculté d'abandon étant soumise à la seule appréciation des parents, le juge, qui ne peut alors leur reprocher de ne pas l'avoir exercée, doit les indemniser du préjudice causé par la faute médicale[1626].

1047. Au contraire, lorsqu'une faute est à l'origine de la naissance non désirée d'un enfant handicapé, les parents, victimes immédiates de cette faute, doivent, à la condition qu'ils n'abandonnent pas l'enfant à la naissance, obtenir une indemnité permettant de remédier à l'absence d'autonomie de l'enfant dont ils ont la charge. L'indemnisation du préjudice matériel peut alors justifier l'allocation d'une rente mensuelle versée aux parents pendant toute la durée de vie de l'enfant[1627]. Il ne s'agit pas pour autant d'indemniser le préjudice causé à l'enfant lui-même, mais

---

[1623] J. PENNEAU, *D.* 1989.somm. 316 ; J. ROCHE-DAHAN, *D.* 1997.35, spéc. p. 38.
[1624] J.-P. GRIDEL, note sous TGI Montpellier, 15 décembre 1989, *JCP* 1990.II.21556.
[1625] Riom, 6 juillet 1989, *D.* 1990.284, note Ph. Le tourneau ; *D.* 1991.somm. 179, obs. J. Penneau, (Rejet du pourvoi après que la Cour de cassation a fait abstraction de ce motif justement critiqué : Cass. civ.1re, 25 juin 1991, *Bull. civ.* I, n°213, p. 139 ; *D.*1991.566, note Ph Le tourneau ; *JCP* 1992.II.21784, note J.-F. Barbièri ; *D.* 1993.somm. 27, obs. J. Penneau ; *RTDC* 1991.753, obs. P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1992.2. somm.285, obs. F. Chabas.
[1626] Cette situation peut être comparée au refus de la victime d'un dommage de subir une intervention médicale susceptible d'améliorer son état ; un tel refus ne permettant pas, en principe, au juge de diminuer le montant de l'indemnité mise à la charge de l'auteur du dommage ; voir *Supra* n°170 et s.
[1627] TGI Montpellier 15 décembre 1989, *préc.*, CE, 14 février 1997, *préc.*

seulement de permettre aux parents de faire face aux difficultés particulières matérielles qu'ils rencontrent pour assumer cette charge[1628]. Ainsi, après avoir censuré l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon qui avait alloué une rente à l'enfant, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 14 février 1997, décida-t-il de régler l'affaire au fond en accordant la rente aux parents. Si, d'un point de vue pratique, l'affaire a donc reçu une solution très proche de celle qui avait été donnée par la Cour administrative d'appel[1629], il n'en est pas de même d'un point de vue théorique puisque, à la différence de la Cour administrative d'appel, le Conseil d'Etat a refusé de reconnaître que la naissance d'un enfant handicapé puisse constituer un dommage réparable pour l'enfant lui-même. En cela, sa solution s'oppose à celle de la Cour de cassation.

§ 2 - La responsabilité du médecin à l'égard de l'enfant

1048. Lorsque, à la suite d'une faute médicale, des personnes prédisposées à transmettre une maladie génétique à leur descendance, n'ont pu éviter de donner naissance à un enfant atteint d'une anomalie génétique, l'action en réparation du préjudice de l'enfant sera différemment accueillie selon qu'elle sera portée devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. A la différence du Conseil d'Etat, la Cour de cassation admet qu'un tel préjudice est juridiquement réparable, depuis un arrêt du 16 juillet 1991[1630]. Malgré la résistance de certains juges du fond[1631], elle a réaffirmé cette solution dans deux arrêts du 26 mars 1996.

1049. Dans la première espèce, dont les faits ont été indiqués précédemment[1632], la Cour de cassation a rejeté le moyen du pourvoi, selon lequel le handicap, inhérent à l'enfant et notamment à son patrimoine génétique, ne résultait pas de la négligence du médecin commise lors de la consultation génétique donnée aux parents 5 ans avant sa naissance. Elle a, en effet, approuvé les juges du fond d'avoir considéré que « la faute commise par le praticien en donnant un conseil, qui

---

[1628] V. PECRESSE, concl. sous CE, 14 février 1997, *Rec. CE,* p. 46, spéc. p.49.
[1629] D. CHAUVAUX et T-X GIRARDOT, *AJDA* 1997.430, spéc. p. 431 ; G. VINEY, *JCP* 1997.I.4025, n°19.
[1630] Cass. civ. 1re, 16 juillet 1991, cassation partielle de Pau, 8 mars 1990 (*D.* 1991.somm. 357, obs. J. Penneau), *Bull. civ.* n°I, n°248, p. 163 ; *JCP* 1992.II. 21947, note A. Dorsner-Dolivet ; *Gaz. Pal.* 1992.2.somm .152, obs. F. Chabas.
[1631] Versailles, 8 juillet 1993, *Gaz. Pal.* 1994.1.149 ; *D.*1995.somm.98, obs. J. Penneau ; Paris, 17 décembre 1993, *Gaz. Pal.* 1994.1.147 ; *D.*1995.somm.99, obs. J. Penneau ; Bordeaux, 26 janvier 1995, *JCP* 1995.IV.1568 ; *RTDC* 1995.863, obs. J. Hauser (Cour de renvoi après la cassation prononcée le 16 juillet 1991, *préc*)
[1632] Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, voir *supra* n°1032.

n'avertissait pas les époux X... d'un risque de réapparition dans leur descendance des troubles dont M. X... était atteint, était en relation directe avec la conception d'un enfant atteint d'une maladie héréditaire ».

1050. Les faits de la deuxième espèce[1633] étaient sensiblement différents puisque la faute du médecin n'avait pas déterminé les parents à concevoir un enfant, mais les avait empêchés de pratiquer un avortement pour motif thérapeutique. En effet, à la suite de l'erreur commise par un laboratoire dans la recherche d'anticorps antirubéoleux et d'un manquement du médecin à son devoir d'information, les parents avaient faussement pensé que la mère était immunisée. Or l'enfant manifesta, un an après sa naissance, des troubles neurologiques et de graves séquelles causées par la rubéole congénitale contractée pendant la vie intra-utérine. Pour refuser l'indemnisation du préjudice de l'enfant, les juges, outre qu'ils considéraient que le fait pour l'enfant de devoir supporter les conséquences de la rubéole, faute pour la mère d'avoir pratiqué une interruption de grossesse, ne constituait pas un préjudice réparable, se fondaient sur l'absence de lien de causalité entre les fautes des médecins et les très graves séquelles de l'enfant, lesquelles résultaient de la rubéole transmise *in utero* par la mère. La Cour de cassation cassa cet arrêt au motif que les parents ayant marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse, les fautes commises, parce qu'elles les « avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée », « étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère ».

1051. Alors que la Cour de cassation refuse de traiter la transmission de la maladie génétique à l'enfant par ses parents comme un obstacle à l'établissement d'un lien de causalité entre le préjudice de l'enfant et la faute des médecins, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 14 février 1997, considère, au contraire, que la décision de la Cour administrative d'appel qui indemnise un tel préjudice est entachée d'une erreur de droit lorsque l'infirmité dont souffre l'enfant « est inhérente à son patrimoine génétique » et ne peut donc être imputée à l'examen prénatal.

[1633] Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, (cassant Paris, 17 décembre 1993, *préc.)* : *Bull. civ.* I, n°156, p. 110 ; *D.* 1997.35, J. Roche-Dahan ; *RTDC* 1996.623, obs. P. Jourdain ; *JCP* 1996.I 3985, n°19 obs. G. Viney ; *D.* 1997.somm. 322, obs. J. Penneau ; *JCP* 1996.I.3946, n°6, obs. P. Murat, *RTDC* 1996.871, obs. J. Hauser ; *RCA* 1996.comm. 231 ; *Les petites affiches,* 6 décembre 1996, n°147, p. 22, note Y. Dagorne Labbée ; *Gaz. Pal.* 1997.2.somm.383, note F. Chabas ; F. Bellivier, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique,* Thèse Paris I, dact., 1997, n°485, p. 424 et s.

1052. Pourtant, dire que la faute des médecins n'a pas causé la maladie génétique de l'enfant est « une lapalissade sans portée»[1634]. Nul ne le conteste. Certes, dans la première espèce soumise à la Cour de cassation, en donnant un conseil génétique favorable, le médecin avait participé à la réalisation du risque génétique dans la mesure où, sans l'erreur fautive de diagnostic, les parents auraient renoncé à concevoir un enfant, et n'auraient pas, dès lors, transmis à ce dernier une maladie génétique. En cela, ce cas se distingue de celui où la faute du médecin a été commise après la conception d'un enfant porteur de l'anomalie génétique. La faute n'est alors « intervenue en aucune manière dans le déroulement du processus physiopathologique ayant abouti à la naissance en état de handicap, ni en ce qui concerne la conception, ni en ce qui concerne le déroulement de la grossesse, ni en ce qui concerne (...) l'affection pathologique dont était atteint l'enfant »[1635].

1053. Néanmoins la faute du médecin, qu'elle soit commise avant ou après la conception, n'a aucunement déclenché la maladie génétique de l'enfant, puisque celle-ci lui a été transmise par ses parents lors de sa conception.

Le médecin a, dans l'un et l'autre cas, empêché les parents d'exercer leur liberté quant aux choix de procréation, en ne leur permettant pas, soit de renoncer à concevoir, soit d'avorter. Le handicap n'est donc pas le préjudice dont l'enfant peut demander réparation au médecin. En décider autrement conduirait à traiter l'enfant comme la victime immédiate de la faute du médecin, faute dont les parents n'auraient été affectés personnellement que par ricochet. S'il devait en être ainsi, la solution du Conseil d'Etat qui, tout en accordant une indemnité aux parents, refuse d'en allouer une à l'enfant, ne serait alors pas justifiée puisqu'il ne saurait y avoir de dommage par ricochet sans dommage immédiat[1636]. Il ne semble pourtant pas que la solution du Conseil d'Etat puisse encourir une telle critique : s'il existait une victime par ricochet, ce ne pourrait être que l'enfant qui, ne pouvant prétendre que son handicap résulte de la faute du médecin, reprocherait à ce dernier d'avoir rendu possible sa naissance en n'informant pas ses parents de son infirmité prévisible ou constatée. Le préjudice de l'enfant ne consisterait donc pas dans sa maladie génétique grave et incurable, mais dans le *fait d'être né atteint d'une telle maladie*. Mais alors le Conseil d'Etat ne pouvait pas motiver, comme il l'a cependant fait, le refus d'indemnisation du préjudice de l'enfant par l'absence évidente de lien de causalité entre la faute du médecin et l'anomalie génétique de l'enfant. Au

---

[1634] P. JOURDAIN, *RTDC* 1996.623, spéc. p. 624.
[1635] J. PENNEAU, *D.* 1997.somm. 322, spéc. p. 323.

contraire, l'existence d'un lien de causalité entre la faute du médecin et le préjudice de l'enfant, lié à sa naissance dans cet état, était certain et direct, car il était établi que les parents, correctement informés par le praticien, auraient refusé de faire naître un enfant atteint d'une maladie génétique. A défaut de certitude sur la volonté des parents d'éviter une telle naissance, l'enfant aurait dû pouvoir invoquer la perte d'une chance de ne pas naître handicapé[1637].

1054. Même si les conditions de la responsabilité du médecin envers l'enfant étaient réunies, il aurait été néanmoins possible d'énoncer que le préjudice de l'enfant n'était juridiquement pas réparable en raison du défaut d'intérêt légitime à obtenir la réparation. Le préjudice consistant dans la naissance de l'enfant atteint d'un handicap et non dans le handicap, l'admission de l'indemnisation conduit, en effet, nécessairement à considérer qu'il était dans l'intérêt de l'enfant qu'il ne naisse pas plutôt qu'il naisse atteint d'un handicap.

1055. Certes, la Cour de cassation, afin d'accorder à l'enfant l'indemnisation de son préjudice, élude cette difficulté en se bornant à affirmer que le lien de causalité entre la faute du médecin et le préjudice de l'enfant existe, sans indiquer en quoi consiste le préjudice exact de l'enfant. Pourtant, cette motivation elliptique ne saurait cacher la dimension éthique de la solution. En effet, dans la mesure où les effets préjudiciables de la faute se sont réalisés après la conception de l'enfant mais avant sa naissance, l'action en justice, intentée par ou au nom de ce dernier, exigeait que l'enfant fût doté d'une personnalité juridique avant d'être né. Par application de l'adage *Infans conceptus pro jam nato habetur quoties commodis ejus agitur*, la personnalité de l'enfant né vivant et viable ne peut lui être acquise au moment de sa conception qu'autant qu'il y va de son intérêt. Cet intérêt est indéniable pour l'enfant qui entend obtenir en justice la réparation de son préjudice subi pendant la période anténatale. Mais encore faut-il, pour que l'action lui soit ouverte, que l'enfant justifie « d'un intérêt légitime au succès de ses prétentions » (article 31 du nouveau Code de procédure civile). Or, s'il y a un intérêt à l'enfant à ne pas être handicapé, la légitimité de cet intérêt peut être douteuse lorsque son handicap ne peut être évité qu'en empêchant sa naissance. Le préjudice dont l'enfant entend demander réparation en justice résulte alors de sa propre existence.

[1636] Pour une telle interprétation, G. VINEY, *JCP* 1997.I.4025, n°20.
[1637] Cass. civ. 1re, 16 juillet 1991, *préc.*, *Bull. civ.* n°I, n°248, p. 163 ; *JCP* 1992.II. 21947, note A. Dorsner-Dolivet ; *Gaz. Pal.* 1992.2.somm .152, obs. F. Chabas.

1056. Ainsi les juges du fond ont-ils parfois dénié un tel intérêt légitime en avançant que la morale la plus commune refuse de reconnaître « le droit à un être humain de faire grief d'avoir vu le jour »[1638] ou encore que « si un être humain, dès sa conception, est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre, et sa naissance ou la suppression de sa vie ne peut être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques »[1639]. Néanmoins, contrairement à ce qui a pu être affirmé[1640], l'indemnisation du préjudice de l'enfant ne conduirait pas à la consécration d'un droit de l'enfant à ne pas naître, puisque aucune prérogative précise ne serait conférée à son titulaire, autre que celle d'obtenir l'indemnisation du préjudice résultant de sa naissance. Or, cette dernière prérogative dérive du droit d'action en justice reconnue à toute personne afin de faire reconnaître le bien fondé de ses prétentions (article 30 alinéa 1 du nouveau Code de procédure civile) et non pas du prétendu droit à ne pas naître.

1057. Même si elle est sans incidence sur la consécration d'un droit subjectif à ne pas naître, la reconnaissance d'un intérêt légitime de l'enfant à ne pas vivre, lorsqu'il est atteint d'une maladie génétique, impose aux juges de porter une appréciation sur l'opportunité de vivre « anormal ». Un risque de dérive eugénique n'est donc pas absent si le juge devait décider, à partir de quel degré de handicap, la vie ne vaudrait pas d'être vécue. Certes, on pourrait répondre à cet argument que le préjudice de l'enfant d'être né handicapé ne devrait être réparable que si les conditions requises pour pratiquer un avortement thérapeutique sont réunies. Ce n'est pas pour autant résoudre le problème. En effet, nul ne peut décider, dès l'instant qu'une personne est née, s'il aurait été préférable qu'elle n'existe pas, à l'exception de l'intéressé lui-même. Or, ce dernier, lorsque les demandes d'indemnisation sont portées, en son nom, par les parents, est un enfant dont on peut douter qu'il ait la capacité de discernement nécessaire pour émettre un jugement aussi difficile sur son intérêt d'être né handicapé. Et même si adulte, la personne, dont les facultés intellectuelles n'auraient pas été affectées par son handicap, agissait en réparation de son préjudice à l'encontre du médecin ayant manqué à son obligation d'information envers ses parents, est-il certain qu'elle

---

[1638] TGI Montpellier, 15 décembre 1989, *JCP* 1990.II.21556, note J.-P. Gridel ; *Gaz. Pal.* 1994.1.somm. 211, obs. J.Guigue ; *RDSS.* 1991, 29, note L. Dubouis.
[1639] Bordeaux, 26 janvier 1995, *JCP* 1995.IV.1568, *RTDC* 1995.863, obs. J. Hauser.
[1640] J. HAUSER, *RTDC* 1995. 863, et 1996.871.

affirmerait, qu'en raison de sa maladie, elle eût préféré ne pas vivre, plutôt que d'endurer les souffrances liées à son handicap[1641]?

1058. C'est donc essentiellement par des considérations éthiques, en vertu desquelles « le fait d'être né ne saurait être invoqué comme une source de dommage pour un enfant gravement handicapé »[1642], que le refus d'indemniser la naissance d'un enfant atteint d'une maladie grave et incurable, peut être justifié. Néanmoins, cette solution, fût-elle fondée sur des raisons morales, ne risque pas moins d'avoir des conséquences immorales en pratique. En effet, dès lors que l'indemnisation du préjudice matériel des parents lié à la naissance d'un enfant handicapé est subordonnée à ce qu'ils n'aient pas exercé leur faculté d'abandon de l'enfant handicapé, cette indemnisation pourrait conduire à spolier l'enfant, abandonné par les parents après qu'ils ont reçu l'indemnité. Et l'on peut se demander alors s'il n'est pas « plus immoral ou contraire à l'éthique » d'indemniser les parents que l'enfant handicapé[1643]. Ainsi, alors que la réparation du préjudice de l'enfant, né atteint d'un handicap, peut apparaître choquante d'un point de vue théorique, l'absence de réparation risque, en pratique, d'être immorale, si des garde-fous ne sont pas posés. La solution, qui permettrait de sortir de l'impasse, serait de régler la prise en charge de ce préjudice, non plus par le régime contentieux de la responsabilité, mais par celui la protection sociale, gouverné par un principe de la solidarité nationale[1644].

1059. Si la résolution du problème de la responsabilité du médecin en raison de la naissance d'un enfant porteur d'une anomalie génétique transmise par ses parents est délicate, celle de la responsabilité du parent l'est encore davantage.

[1641] A.-M. LUCIANI, *La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital, Les petites affiches,* 27 juin 1997, n°77, p. 17, spéc.19 ; P. BON et D. de BECHILLON, *D.* 1999.somm. 60, spéc., p. 62.

[1642] Bordeaux, 26 janvier 1995, *préc.* ; Egalement, Communiqué de presse diffusé par le Conseil d'Etat, le 20 février 1997, cité par G. VINEY, *JCP* 1997.I.4025, n°19 : « Le fait d'être en vie ne saurait être regardé comme un préjudice subi par l'enfant ».

[1643] G. VINEY, *obs. préc.*, n°22.

[1644] Par sa nature, cette prise en charge relève davantage de la solidarité nationale, que du domaine de la responsabilité : J. PENNEAU, *D.* 1997.somm.322, spéc. p. 323 ; P. BON et D. de BECHILLON, *D.* 1999.somm.60, spéc. p. 61.

SECTION II - LA RESPONSABILITE DE L'UN DES PARENTS

1060. La prédisposition d'une personne à transmettre une maladie génétique à sa descendance ne peut se réaliser qu'à la condition qu'elle s'unisse avec un individu porteur d'une même prédisposition. Ainsi a-t-elle intérêt à connaître la prédisposition de son partenaire. Cette information, qui ne saurait lui être délivrée par le médecin de ce dernier, sans une violation du secret médical dont il est tenu à l'égard de son patient, ne peut donc lui être communiquée que par son partenaire.

Or, si les deux membres du couple se sont mutuellement dissimulés leur prédisposition, la responsabilité de chacun d'eux est exclue. En effet, lorsque seul un des parents est prédisposé, le risque de transmission d'une maladie récessive à la descendance n'existe plus. Dès lors le silence du parent sur sa prédisposition peut légitimement s'expliquer par la croyance erronée que son partenaire n'était pas lui-même porteur sain du gène défectueux. Leur silence réciproque neutralise leur faute.

En revanche, un tel défaut d'information pourrait être fautif dans le cas où, informée de la prédisposition de et par son partenaire, la personne, qui se sait elle-même porteuse saine de la maladie autosomique récessive, n'aurait pas indiqué à ce dernier que leur union risquait d'entraîner l'apparition d'une maladie génétique chez leur enfant. L'absence d'information de l'un des parents sur sa prédisposition génétique pourrait, en cas de naissance d'un enfant atteint de la maladie, être source de responsabilité envers l'autre parent (§1) mais aussi envers l'enfant (§2).

§ 1 - La responsabilité de l'un des parents à l'égard de l'autre

1061. La personne, qui aurait été informée par son partenaire de la prédisposition de celui-ci à transmettre une maladie génétique à leur enfant, ne peut ignorer que, pour lui, le fait qu'elle soit elle-même porteuse saine de la même maladie, constitue un élément décisif, ou au moins non négligeable, de sa décision de concevoir un enfant. Le devoir de sincérité lui impose de révéler spontanément cette information, si, bien évidemment, elle la connaît, à son partenaire. En effet, un tel devoir prend une force particulière chaque fois qu'entre deux individus se

nouent des relations qui supposent une confiance réciproque[1645]. Cette dernière, nécessaire entre des personnes qui désirent concevoir ensemble un enfant, conduit alors à déclarer fautive celle qui, violant le devoir de sincérité, n'aurait pas révélé à l'autre une information génétique de nature à compromettre la santé de leur descendance. Lorsque les parents avaient contracté mariage, une telle dissimulation, si elle pouvait entraîner la rupture du lien conjugal, obligerait celui aux torts duquel la rupture a été prononcée, à réparer le préjudice en résultant (A). En outre, un géniteur qui, en raison du silence gardé par l'autre géniteur, n'a pu éviter de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique, peut-il obtenir réparation du préjudice résultant d'une telle naissance ? (B)

A) Le préjudice résultant de la rupture du lien conjugal

1062. L'époux prédisposé à transmettre une maladie à sa descendance, qui apprend la maladie de son enfant à l'occasion du diagnostic prénatal ou de sa naissance, est du même coup informé que son conjoint lui a caché sa prédisposition. Il peut dès lors, en invoquant le fait que son conjoint lui avait dissimulé sa prédisposition avant le mariage, chercher à briser le lien conjugal, par la voie de l'annulation pour erreur ou par celle du divorce pour faute[1646], et tenter d'obtenir réparation du préjudice né d'une telle rupture[1647].

1063. Depuis que la loi du 11 juillet 1975 a ajouté l'article 180 alinéa 2 au Code civil, afin d'obtenir l'annulation de son mariage, l'époux, victime d'une erreur ayant vicié son consentement, doit établir que l'absence de prédisposition de son conjoint à transmettre une maladie à l'enfant constitue une des « qualités essentielles de la personne». Avant même cette réforme, la jurisprudence avait admis que « l'erreur dans la personne », seule visée par l'ancien article 180 alinéa 2 du Code civil, annulait le consentement au mariage toutes les fois qu'elle avait « porté sur une qualité substantielle de la personne qui a déterminé le consentement et en l'absence de laquelle le consentement n'aurait pas été donné si l'époux

[1645] A. BRETON, *La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps devant la jurisprudence, JCP* 1942.I.298, spéc. n°60.
[1646] F. KERNALEGUEN, La diffusion intra et inter-familiale de l'information génétique, dans, La génétique humaine : de l'information à l'informatisation, dir. B.-M. Knoppers, L. Cadiet et C.M. Laberge, Litec, 1992, p. 249, spéc. p.256.
[1647] Le problème sera identique si cette dissimulation est découverte après le mariage mais avant la naissance de l'enfant.

demandeur avait agi en connaissance de cause »[1648]. Alors que la conception stricte de l'erreur, dégagée par l'arrêt Berthon, qui refusait toute autre erreur que celle portant sur l'identité civile ou physique de la personne[1649], impliquait le refus de l'annulation d'un mariage pour cause d'impuissance, naturelle ou accidentelle du mari[1650], les juges ont abandonné progressivement cette conception afin de traiter l'inaptitude aux rapports conjugaux comme une cause de nullité[1651].

1064. Certes, alors même que le dol ne constitue pas un vice de consentement en matière de mariage, les juges prononçaient en général cette nullité après avoir relevé que l'époux avait dissimulé son impuissance avant le mariage[1652]. L'existence d'un dol de l'époux permettait au juge de prendre en compte de simples erreurs sur les qualités qu'il aurait pu hésiter à qualifier de substantielles à défaut de dol[1653].

1065. Pourtant, depuis que la loi du 11 juillet 1975 a prévu expressément l'erreur sur les qualités essentielles comme cause de nullité du mariage, « le juge n'a plus besoin du dol, comme hier, pour accréditer » une telle erreur[1654]. Toute la difficulté consiste à déterminer ce que recouvre une qualité dite « essentielle ».

Dans une acception subjective, est essentielle une qualité d'une personne qui, si elle avait été connue du futur époux, l'aurait dissuadé de contracter mariage. L'erreur portant sur une telle qualité est donc déterminante du consentement de celui qui l'a commise. Même si l'erreur peut être avérée alors même qu'elle porte sur une qualité du conjoint, ignorée de lui-même, il n'en reste pas moins que la preuve du caractère déterminant de l'erreur sera plus facile à apporter lorsque ce dernier a dissimulé son état avant la célébration du mariage. Une telle dissimulation atteste, en effet, qu'il savait que la qualité était déterminante pour l'autre[1655]. Le critère psychologique, s'il devait être exclusivement retenu, impliquerait que l'absence de prédisposition génétique à transmettre une maladie à son enfant pourrait constituer une qualité essentielle de la personne pour l'autre époux justifiant, en cas d'erreur, la nullité du mariage.

[1648] TGI Lille, 17 mai 1962, *D.* 1963.somm.10 ; TGI Avranches, 10 juillet 1973, *D.* 1974.174, note P. Guiho.
[1649] Ch. Réunies, 24 avril 1862, *DP* 1862.1.153 ; *S.* 1862.1.342, concl. Dupin ; G. CORNU, *Centenaire, D.* 1959.215.
[1650] Cass. civ., 6 avril 1903, *D.P.* 1904.1.395, concl. Baudoin ; *S.* 1904.1.273, note A. Wahl.
[1651] TGI Lille, 17 mai 1962, *préc.* (inaptitude de la femme) ; Trib. civ. Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, *D.* 1959.495, note G. Cornu ; *RTDC* 1960.87, obs. H. Desbois ; M. TROCHU, *l'impuissance, D.* 1965.153
[1652] TGI d'Avranches, 10 juillet 1973, *préc.*
[1653] G. CORNU, *Centenaire, préc.*, spéc. p. 217.
[1654] G. CORNU, *Droit civil. La famille,* Domat Montchrestien, 6e éd. 1998, n°174, p. 260.

1066. Néanmoins une telle conception subjective de la qualité essentielle ne peut être seule prise en compte car, permettant l'annulation du mariage toutes les fois que l'époux ne serait pas doté d'une qualité, jugée déterminante par son conjoint, mais secondaire dans l'opinion commune (caractère, fortune, qualités ménagères…), elle risquerait d'entraîner « une incertitude généralisée sur la validité de tous les mariages »[1656]. Le critère subjectif de la qualité essentielle doit donc nécessairement être corrigé par un critère objectif, en vertu duquel l'annulation du mariage ne peut être prononcée que si l'erreur, même déterminante du consentement, porte sur une qualité qui participe de l'essence du mariage[1657] et dont l'absence est de nature à compromettre « les fins propres du mariage telles qu'elles sont définies par la loi ou résultent des principes moraux généralement admis »[1658]. Ce « critère sociologique d'appoint »[1659], par nature évolutif, oblige donc le juge, à défaut d'indication légale, à se référer à l'opinion commune pour déterminer, parmi l'ensemble des qualités de la personne, celles qui sont de l'essence du mariage.

1067. Postérieurement à la réforme de 1975, les juges ont décidé que l'aptitude aux relations intimes constituait une qualité essentielle de la personne, dont le défaut était une cause de nullité du mariage, sans même relever que l'époux connaissait son état avant de s'engager dans le mariage[1660]. Il est néanmoins très incertain qu'il en soit de même concernant l'aptitude à procréer sans transmettre une maladie génétique à sa descendance. Déjà l'on peut douter[1661] que la faculté de

---

[1655] F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz 6e éd. 1996, n°374 et s, p. 303.
[1656] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *La famille,* 6e éd. 1998/1999 par Ph. Malaurie, n°158, p. 85.
[1657] H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. La famille,* Montchrestien, 7e éd. par L. Leveneur, 1995, n°736, p. 89 ; G. CORNU, *Droit civil. La famille,* Montchrestien, 6e éd. 1998, n°174, p. 260.
[1658] TGI Lille, 17 mai 1962, *préc.*
[1659] G. CORNU, *Droit civil. La famille, préc.* n°173, p. 260.
[1660] Paris, 26 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982.2.519, note J.M ; *Rép. not. Defrénois* 1982.1240, obs. J. Massip ; *RTDC* 1983.328, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi ; TGI Paris, 1er juin 1982, *RTDC* 1983.328, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.
[1661] G. CORNU, note sous Trib. civ. Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, *D.* 1959.495, spéc. p. 496. ; J. MASSIP, *La réforme du divorce,* tome I, 1976, Rép. not. Defrénois, note 372, p. 333 ; R. NERSON, *RTDC* 1981.138 ; J. CARBONNIER, *Droit civil- 1/ La famille. L'enfant, le couple*, Thémis PUF, 20e éd. 1999, p. 401, pour cet auteur, « il existe un minimum physiologique, qui est détruit par l'impuissance sexuelle, mais non point par la stérilité ».

procréer puisse constituer une qualité essentielle de la personne[1662] : l'admission de la stérilité en tant que cause de nullité choquerait nos sensibilités occidentales, en faisant penser à la répudiation biblique de la femme stérile[1663]. Alors, que dire de l'aptitude à procréer un enfant normal dans une société qui rejette le désir parental de l'enfant parfait, en raison des dérives eugéniques auxquelles la réalisation d'un tel désir serait susceptible de conduire !

1068. Si l'absence de prédisposition génétique ne nous paraît pas devoir être considérée comme une qualité essentielle de la personne, le conjoint ne peut prétendre que la dissimulation de cette prédisposition par son époux puisse entraîner l'annulation du mariage pour erreur sur les qualités essentielles de la personne, alors même que cette erreur l'aurait déterminé à se marier et à concevoir un enfant. Pourra-t-il alors obtenir la rupture du lien conjugal en intentant une action en divorce pour faute ?

1069. L'époux, dont le conjoint ne lui aurait pas révélé sa prédisposition avant le mariage, doit alors établir que la dissimulation constitue, aux termes de l'article 242 du Code civil, « une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage » et rend « intolérable le maintien de la vie commune ».

1070. Le silence gardé par le futur époux sur un fait qu'il savait déterminant pour l'autre constitue un manquement grave au devoir pré-conjugal de sincérité. Aussi, à un moment où l'erreur n'était, selon la loi, une cause de nullité que de manière restrictive, les tribunaux décidaient-ils que la dissimulation par l'époux de son inaptitude à entretenir des relations sexuelles[1664] constituait une injure grave justifiant le prononcé d'un divorce pour faute. Il en était de même de celui qui avait caché à son conjoint la maladie grave dont il était atteint, soit parce que sa maladie lui imposait, pour des motifs médicaux, de ne pas avoir d'enfants[1665], soit, à défaut de telles indications thérapeutiques, en raison de ce que la santé des enfants

---

[1662] Certains arrêts relèvent néanmoins qu'en contractant mariage, une personne entendait vivre avec son conjoint et avoir des enfants de lui. Cette dernière constatation vise seulement à caractériser le caractère déterminant de l'erreur commise par l'époux et non pas à traiter la faculté de procréer comme une qualité objectivement essentielle, puisque, au contraire, les juges considèrent qu'une telle qualité consiste dans l'aptitude à entretenir des relations sexuelles : TGI Paris, 1er juin 1972, *RTDC* 1983.328, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi. Egalement, avant la réforme de 1975, Trib. civ. Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, *D.* 1959.495, note G. Cornu ; *RTDC* 1960.87, obs. H. Desbois.

[1663] J. MASSIP, *préc.*

[1664] Cass. civ., 7 mai 1951, *D.* 1951.472 ; *Gaz. Pal.* 1951.2.47 ; Lyon, 28 mai 1956, *D.* 1956.646, note A. Breton ; Nancy, 12 mai 1958, *Gaz. Pal.* 1958.2.20 ; *D.* 1958.somm. 121 ; Cass. civ. 2e, 16 décembre 1963, *D.* 1964.227 *; JCP* 1964.II.13660, obs. J.A ; *RTDC* 1964.533, obs. H. Desbois.

[1665] Montpellier 25 octobre 1961, *D.* 1961.775 (L'épouse était atteinte de sclérose en plaques, maladie pour laquelle la maternité pouvait être un facteur d'aggravation).

à naître risquait d'être compromise par cette maladie transmissible à la descendance[1666].

1071. Cette dissimulation étant antérieure au mariage, certains auteurs s'opposaient néanmoins à ce qu'elle puisse constituer, comme l'exigeait l'ancien article 232 du Code civil, une violation « des devoirs et obligations résultant du mariage ». Puisqu'elle devait procéder d'un devoir résultant d'un mariage, la faute ne pouvait en effet, être sanctionnée lorsqu'elle avait été commise à une époque où le mariage n'était pas encore célébré. La dissimulation de faits antérieurs au mariage aurait donc dû relever de la nullité pour vice de consentement plutôt que du divorce[1667]. Le projet initial de 1973 de réforme prévoyait qu'en présence d'une faute de l'époux consistant à avoir dissimulé l'absence d'une qualité essentielle, le juge avait la faculté de déclarer la nullité du mariage, au lieu de prononcer le divorce[1668]. Ces dispositions n'ont pas pourtant été retenues par la loi de 1975 et la jurisprudence continue à accueillir le divorce pour faute en raison de la dissimulation de faits antérieurs au divorce[1669]. Ce maintien de l'action est d'autant plus souhaitable lorsque la qualité, dont l'absence est reprochée, n'est pas essentielle au mariage et ne justifie donc pas son annulation, telle celle de la personne à ne pas transmettre une maladie génétique à sa descendance.

1072. En outre, le reproche selon lequel la dissimulation de faits antérieurs au mariage ne saurait fonder une action en divorce pour faute est sans doute excessif. Il n'est pas, en effet, arbitraire de rattacher ces faits au devoir de sincérité imposé par le mariage, dès lors que leur divulgation participe à la finalité du mariage. Le devoir de sincérité procède alors du mariage, moins par un rapport de causalité, que de finalité[1670]. Et ce, d'autant plus que l'argument textuel des devoirs « résultant » du mariage n'est plus pertinent pour justifier le refus d'un divorce pour faute, dans

---

[1666] Trib. civ. Nîmes, 2 février 1942, cité par A. BRETON, *La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps devant la jurisprudence, JCP* 1942.I.298, spéc. n°60 ; Cass. civ. 2e, 12 mai 1960, n°319, p. 210.

[1667] Y. GUYON, *De l'obligation de sincérité dans le mariage, RTDC* 1964.471, spéc. n°488 ; J. MASSIP, *La réforme du divorce,* tome 1, 1976, Rép. not. Defrénois, n°36, p. 62 ; G. CORNU, *Droit civil. La famille,* Domat Montchrestien, 6e éd. 1998, n°361, p.518 ; J. CARBONNIER, *Droit civil- 1/ La famille. L'enfant, le couple*, Thémis PUF, 20e éd. 1999, p. 517.

[1668] G. CORNU, *préc. ;* J. CARBONNIER, *préc.,* p. 411.

[1669] Cass. civ. 2e, 12 décembre 1979, *Bull. civ.* II, n°287, p. 197 ; *JCP* 1980.IV.81 ; *D.* 1981.IR.76, obs. A. Breton ; *RTDC* 1981.149, obs. R. Nerson (Admission du divorce en raison de la dissimulation d'une infirmité) ; Nancy, 11 mai 1987, *RTDC* 1989.293, obs. J. Rubellin-Devichi (Refus du divorce car l'épouse n'apportait pas la preuve de ce qu'elle ne connaissait pas l'état maladif de son mari avant le mariage).

[1670] A. BRETON, *La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps devant la jurisprudence, JCP* 1942.I.298, spéc. n°60.

la mesure où l'article 242 du Code civil ne vise plus que les devoirs et obligations « du » mariage[1671].

1073. Peu importe qu'elle porte sur des faits antérieurs au mariage, la dissimilation par un époux de sa prédisposition génétique à transmettre une maladie à ses enfants est donc une cause de divorce pour faute, si elle est considérée comme une violation grave du devoir de sincérité rendant intolérable le maintien de la vie commune. L'appréciation de la gravité de la faute, qui se fait davantage *in concreto* qu'*in abstracto*[1672], permet de se référer aux sentiments que le demandeur au divorce éprouve quant à la gravité du manquement de son conjoint. Certes, le pouvoir souverain d'appréciation, qui est reconnu aux juges du fond en la matière, est tel qu'ils peuvent imposer leurs conceptions personnelles[1673] et alors refuser l'action en divorce pour faute en cas de dissimulation par l'un des époux de sa prédisposition génétique. Néanmoins, puisque la réforme de 1975 n'a pas remis en cause la jurisprudence antérieure, on peut penser que les juges qualifieront la dissimulation de sa prédisposition par l'époux à son conjoint, lequel tenait à ne pas transmettre une maladie grave et incurable à sa descendance, comme une faute grave, rendant, en outre, intolérable le maintien de la vie commune.

1074. Bien évidemment, en cas de naissance d'un enfant atteint d'une maladie génétique transmise par ses parents, le divorce pour faute ne peut être accueilli lorsque les deux époux se sont informés mutuellement de leur risque génétique. Si cet échange réciproque d'informations génétiques a eu lieu avant le mariage, l'un des époux ne pourra pas, en principe, reprocher à l'autre son refus de recourir à l'insémination artificielle avec donneur pour éviter de transmettre la maladie génétique à sa descendance. Selon la Cour d'appel de Bordeaux, le choix de recourir à la procréation assistée, « qui traduit l'expression d'un des droits primordiaux de la personne, ne saurait caractériser une faute au sens de l'article 242 du Code civil »[1674]. Mais ce n'est pas tant l'impossibilité d'imposer à une personne mariée le devoir de procréation qui justifie cette décision, que le caractère contraignant de la méthode permettant cette procréation, puisque, au contraire, en présence d'un traitement banal de la stérilité, les juges considèrent que l'époux qui

---

[1671] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Dissolution de la famille,* LGDJ, 1991, n°222, p. 206.
[1672] J. MASSIP, *La réforme du divorce,* tome I, 1976, Rép. not. Defrénois, n°36, p. 61 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *préc.* n°219, p. 201.
[1673] A. BENABENT, *Droit civil. La famille,* Litec, 9e éd. 1998, n°249, p. 214.
[1674] Bordeaux, 1er octobre 1991, *Cah. juris. d'Aquitaine*, 1992.115, note J. Hauser ; *JCP* 1992.I.3593, n°1, obs. T.Garé ; *RTDC* 1992.56, obs. J. Hauser.

n'y a pas recours commet une injure grave justifiant le prononcé d'un divorce pour faute[1675].

1075. On doit néanmoins réserver l'hypothèse où les époux qui, connaissant le risque que leur union pouvait faire encourir sur la santé de leur enfant, avaient, avant de se marier, décidé d'un commun accord de recourir à une insémination artificielle. Le refus ultérieur de l'un des époux d'une telle pratique pourrait alors constituer une faute, cause de divorce, « l'injure consistant dans le non respect de l'accord »[1676] et non dans le simple fait d'être porteur d'une prédisposition à transmettre une maladie à la descendance. Mais, parce que cette faute consiste à ne pas avoir recouru à une méthode initialement acceptée permettant d'éviter la transmission de la maladie génétique à l'enfant, elle se distingue de celle résultant de la tromperie de l'époux sur sa prédisposition, découverte par l'autre époux après que la maladie a été transmise à l'enfant.

1076. Lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui aurait commis une telle faute, son conjoint peut obtenir, à l'occasion de l'action en divorce, la réparation des préjudices résultant de la dissolution du mariage, en application de l'article 266 du Code civil. Les dommages-intérêts ne pourront être accordés si le préjudice matériel ou moral a déjà été réparé par une prestation compensatoire, laquelle peut être versée par un époux à l'autre afin de compenser « la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vies respectives » (article 270 du Code civil). Dans la plupart des cas, le préjudice matériel de l'époux né de la rupture, qui résulte le plus souvent de la disparition du devoir de secours, est réparé par la prestation compensatoire. Il n'en est pas de même du préjudice moral. Ainsi a-t-il été décidé qu'une femme, qui ne subissait pas un préjudice matériel distinct de celui qui avait été réparé sous forme de prestation compensatoire, pouvait obtenir la réparation du préjudice moral résultant « des circonstances de la rupture du lien conjugal, alors que le couple avait en charge un enfant gravement handicapé nécessitant un renforcement des liens parentaux »[1677].

1077. En outre, lorsque l'époux apprend la tromperie de son conjoint sur sa prédisposition après qu'ils ont conçu un enfant atteint de la maladie génétique, c'est la réparation du préjudice résultant de la naissance de l'enfant malade lui-même qu'il peut rechercher. Si ce préjudice devait être considéré comme étranger à

[1675] Cass. civ., 16 décembre 1963, *D.* 1964.227 ; *JCP* 1964.II.13660, obs. J.A. ; *RTDC* 1964.533, obs. H. Desbois ; Bordeaux, 7 juin 1994, *JCP* 1996.II.22590, note J.Vassaux ; *D.* 1996.somm.64 (2e esp),obs. E. Blary-Clément, *RTDC* 1994.836, obs. J. Hauser
[1676] J. HAUSER, *RTDC* 1992. 57 ; *Cah. juris. d'Aquitaine*, 1992.116.
[1677] Pau, 17 janvier 1989, *Cah. juris. d'Aquitaine,* 1989.64.

la rupture du lien conjugal, il pourrait alors être réparé dans les conditions de droit commun[1678]. Peu importerait donc que le divorce ait ou non été prononcé aux torts exclusifs de l'époux ou que l'action n'ait pas été formée à l'occasion du divorce.

B) Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint de la maladie génétique

1078. La réparation du préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'une maladie autosomique récessive n'ayant, à notre connaissance, jamais été portée en justice par un parent qui aurait reproché à l'autre de ne pas l'avoir informé de sa prédisposition avant de concevoir l'enfant, il est nécessaire, afin de déterminer si la demande a quelque chance de prospérer, de procéder par analogie en comparant cette situation à celles pour lesquelles la jurisprudence a accordé la réparation du préjudice des parents lié à la naissance d'un enfant handicapé.

1079. Ainsi, lorsqu'un tiers a causé le handicap du fœtus au cours de la grossesse, la jurisprudence reconnaît l'existence d'un dommage qui ouvre droit à réparation au profit non seulement de l'enfant, mais aussi de ses parents. Le médecin qui, en pratiquant une tentative d'avortement, provoque l'infirmité de l'enfant[1679], doit, en effet, indemniser la mère du préjudice qu'elle éprouve du fait du handicap de l'enfant. A la différence du défaut d'information imputé au médecin sur les risques de l'enfant à naître, la faute commise lors de l'intervention médicale a eu pour conséquence d'affecter un enfant, normalement constitué, d'un handicap. Le préjudice dont les parents prétendent obtenir réparation consiste non plus à ne pas avoir pu éviter la naissance d'un enfant handicapé, mais dans le handicap de l'enfant lui-même.

1080. Par le préjudice invoqué, cette demande se rapproche de celle qui serait formée par l'un des parents à l'encontre de son partenaire. En effet, puisque la maladie génétique autosomique récessive dont l'enfant est atteint résulte de la transmission par ses deux parents d'un gène défectueux, celui des parents, qui n'a pas correctement informé l'autre de son risque génétique, est à l'origine de cette maladie. Certes, sans la prédisposition de l'autre parent, la maladie n'aurait pu être transmise à l'enfant, mais ce n'est pas une raison suffisante pour dénier le lien de

---

[1678] Cass. civ. 1re, 24 janvier 1990, *Bull. civ.* I, n°21, p. 15.
[1679] CE, 27 septembre 1989, *Rec. CE*, p. 176 ; *AJDA* 1989. 808 et p. 776, chr. E. Honorat et E. Baptiste ; *RFDA* 1991.325, note P.-M. Deswarte ; *D.* 1991.80, note M. Verpeaux ; *D.*1990.somm. 298, obs. P. Bon et P. Terneyre ; *Gaz. Pal.* 1990.2.421, concl. Fornacciari.

causalité entre la faute de celui-ci et la maladie de l'enfant. En effet, de même que la prédisposition à une maladie ne détruit pas le lien de causalité entre le fait d'une personne et la maladie qu'elle a déclenchée, sans qu'il importe que la victime n'eût souffert d'aucun dommage si elle n'avait pas été prédisposée[1680], la faute du parent, par laquelle la maladie de l'enfant n'a pu être évitée, est une des causes de cette dernière, alors même que, sans la prédisposition de l'autre parent, l'enfant n'aurait pas été atteint de l'affection.

1081. Pourtant, même comparable, le préjudice subi par la personne, non informée de la prédisposition de son partenaire à transmettre une maladie à l'enfant, se distingue de celui dont souffrent les parents après qu'un médecin a causé au fœtus une infirmité.

1082. Alors que la faute du médecin a eu pour effet d'affecter d'un handicap, *in utero,* l'enfant, qui sinon aurait dû naître normal, celle du parent, parce qu'elle a conduit à transmettre la maladie génétique à l'enfant lors de sa conception, a eu pour conséquence la naissance d'un enfant atteint d'une maladie, enfant qui, à défaut, ne serait pas né.

1083. Si, dans la première situation, l'enfant peut être traité comme la victime immédiate de la faute, qui atteint par ricochet ses parents, en revanche, dans la seconde situation, sauf à considérer qu'il aurait mieux valu que l'enfant ne naisse pas, plutôt qu'il souffre d'une maladie récessive, c'est le parent trompé qui doit être traité comme la victime immédiate du défaut d'information fautif de son partenaire. Or, puisque la jurisprudence admet que les parents puissent se prévaloir d'un préjudice résultant de la naissance d'un enfant handicapé, lorsque à la suite d'une information médicale incorrecte, ils n'ont pas pu exercer la liberté qu'ils détiennent quant à leur choix de procréation, il devrait en être de même dans l'hypothèse où, par le défaut d'information de son partenaire sur les risques génétiques de celui-ci, l'un des parents n'a pu éviter de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie autosomique récessive.

1084. Aussi la personne, découvrant lors du diagnostic prénatal ou de la naissance la maladie génétique de son enfant, devrait-elle pouvoir demander réparation à son partenaire du préjudice résultant d'une telle naissance. En effet, par la faute de ce dernier, elle n'a pas été en mesure d'empêcher la réalisation du risque génétique dont elle est porteuse soit en recourant à l'insémination artificielle avec donneur, soit en renonçant à avoir des enfants. Le fait qu'elle ait informé son

---

[1680] *Supra* n°907 et s.

partenaire de la prédisposition dont elle était porteuse témoignera, le plus souvent, de sa décision de ne pas transmettre l'anomalie génétique à l'enfant. Le lien de causalité entre la faute du parent réticent et la naissance de l'enfant atteint d'une maladie génétique sera alors établi. Même si en communiquant à son partenaire sa prédisposition, la personne n'avait pas le dessein d'obtenir en retour une information génétique le concernant, il est certain que le défaut d'information de celui-ci lui aura fait perdre une chance d'éviter de transmettre à leur enfant une maladie récessive.

1085. Le parent « loyal » pourrait invoquer un préjudice moral résultant des souffrances endurées du fait de cette naissance. Son dommage matériel lui permettrait de demander à l'autre parent l'allocation d'une rente destinée à couvrir les frais supplémentaires d'entretien et d'éducation de cet enfant, si la personne décidait d'élever seule son enfant.

1086. La demande en réparation de ces préjudices pourrait être formée, lorsque les parents étaient mariés, à l'occasion de leur divorce. La réparation du préjudice matériel est néanmoins distincte de la pension alimentaire versée au parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle ou qui exerce l'autorité parentale[1681], au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. En effet, une telle contribution s'apprécie en fonction des ressources respectives des parents (article 288 du Code civil) et ne prend pas en considération les besoins de l'enfant[1682]. En outre, on ne comprendrait pas pourquoi le préjudice matériel causé à un époux par l'autre époux du fait de la naissance d'un enfant atteint d'une maladie génétique devrait être absorbé par l'éventuel versement d'une prestation compensatoire. Fût-elle fixée en prenant notamment en considération « le temps déjà consacré » par les époux «ou qu'il leur faudra consacrer à l'éducation des enfants », la prestation compensatoire pourrait être limitée lorsque l'époux débiteur ne disposerait pas de moyens suffisants lui permettant de faire face aux frais supplémentaires de l'éducation et d'entretien générés par le handicap de l'enfant dont il est la cause[1683].

1087. C'est donc indépendamment des ressources des époux, et en fonction du seul préjudice subi par le parent, non informé de la prédisposition de son conjoint,

---

[1681] Article 293 du Code civil : Le créancier de la pension peut être « la personne à laquelle les enfants ont été confiés ».
[1682] Cass. civ. 2e, 2 mars 1994, *Bull. civ.* II, n°77, p.45.
[1683] La prestation compensatoire est, selon l'article 271 du Code civil, fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre.

que l'indemnisation doit être évaluée, comme le permettent les articles 266 et 1382 du Code civil.

1088. On peut néanmoins hésiter à fonder l'action sur l'un ou l'autre de ces textes, à tout le moins quand l'époux demande la réparation de son préjudice matériel. En effet, le préjudice moral du parent ne provient pas de la dissolution du mariage et ne peut être réparé que sur le seul fondement de l'article 1382 du Code civil. S'agissant du préjudice matériel, celui-ci pourrait être traité comme résultant de la dissolution du mariage, dans la mesure où mariés, les époux auraient ensemble assumé les frais d'éducation et d'entretien de l'enfant. Pourtant, le fait que le préjudice soit lié à la naissance d'un enfant atteint de la maladie atteste son autonomie par rapport à celui résultant du divorce. La faute, fût-elle à l'origine du divorce, existe indépendamment du prononcé de celui-ci[1684].

1089. Ainsi, le parent, qu'il soit marié ou non avec un individu par la faute duquel la naissance d'un enfant atteint d'une maladie autosomique récessive a été rendue possible, devrait pouvoir obtenir la réparation de son préjudice sur le fondement de l'article 1382, puisque ces conditions d'application se trouvent réunies. Est-ce à dire que de telles conditions seront satisfaites pour mettre en œuvre la responsabilité du parent fautif à l'égard de l'enfant lui-même ?

§ 2 - La responsabilité de l'un des parents à l'égard de l'enfant

1090. Il ne fait aucun doute que l'action intentée par l'enfant, atteint d'une maladie génétique, contre ses deux parents n'a aucune chance d'aboutir. En effet, admettre la réparation du préjudice subi par l'enfant handicapé en raison d'une faute médicale ne conduit pas à autoriser l'enfant à demander à ses parents l'indemnisation de la maladie qu'ils lui ont transmise[1685]. Pour être admise, la réparation du préjudice suppose que la faute du médecin soit en relation de causalité avec le dommage subi par l'enfant malade : soit le médecin a causé l'infirmité dont l'enfant est atteint[1686], soit il n'a pu permettre aux parents d'éviter la naissance de l'enfant dans cet état[1687]. En revanche, la maladie récessive d'un

---

[1684] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Dissolution de la famille,* LGDJ, 1991, n°484, p. 421, qui relèvent que la carrière « des préjudices distincts de la dissolution et ayant une source antérieure à celle-ci » peut « être très importante si l'on se reporte aux manquements à l'origine des divorces pour faute ».
[1685] *Contra*, A.-M. LUCIANI, *La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital, Les petites affiches,* 27 juin 1997, n°77, p. 17, spéc. p. 21.
[1686] CE, 27 septembre 1989, *préc.* note 1679.
[1687] Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *préc.,* notes 1598 et 1633.

enfant, même transmise par ses deux parents, ne procède pas de leur faute puisque les parents ne peuvent se voir reprocher la conception ou la naissance de leur enfant[1688]. Les parents qui, connaissant leur risque génétique à transmettre une maladie génétique à leur descendance, décident de concevoir un enfant sans avoir eu recours à une insémination artificielle avec donneur ou de renoncer à la faculté d'avortement ne violent aucune obligation mise à leur charge[1689] : il n'existe pas plus d'obligation de pratiquer une interruption de grossesse pour motif thérapeutique, que de recourir à une insémination artificielle avec donneur en cas de risque de transmission d'une maladie génétique à l'enfant.

1091. Puisque le succès de l'action intentée par l'enfant contre ses parents suppose, à tout le moins, la constatation d'une faute de ces derniers, on peut alors, se demander si celui de ses parents, qui aurait commis une faute en dissimulant sa prédisposition à son partenaire, ne pourrait pas être condamné à réparer le préjudice causé à son enfant, atteint de la maladie génétique. En effet, dans une situation, sinon identique, du moins qui présente des similitudes avec celle de l'enfant reprochant à l'un de ses parents d'être né atteint d'une maladie, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a admis que l'enfant, né des relations incestueuses qu'un père avait imposées à sa fille, pouvait, en tant que victime par ricochet du crime de viol commis sur sa mère, exercer une action civile contre son père[1690]. La faute du père, fût-elle commise avant la conception de l'enfant, avait été à l'origine de cette conception. Le préjudice dont il était demandé réparation consistait dans les troubles psychologiques graves de l'enfant, qui se savait issu d'un viol incestueux, lesquels imposaient un suivi médico-psychologique constant.

1092. Si la faute du parent, qui aurait caché à son partenaire sa prédisposition, a également été à l'origine de la conception de l'enfant, le préjudice psychologique résultant d'une telle faute sera peut-être moindre chez l'enfant qui apprendrait que son handicap congénital n'a été rendu possible qu'en raison de la tromperie de l'un de ses parents à l'égard de l'autre. Mais, puisque ce handicap aurait pu ne pas lui être transmis sans la faute de l'un de ses parents, l'enfant devrait alors pouvoir en obtenir l'indemnisation.

1093. Pourtant, dans l'un ou l'autre cas, la seule alternative qui se présentait à l'enfant était soit de naître à la suite du viol ou affecté d'une maladie, soit de ne

---

[1688] J. ROCHE-DAHAN, note sous Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *D.* 1997.36, spéc. p. 38 ; G. VINEY, obs. sur C.E. 14 février 1997, *JCP* 1997.I.4025, spéc. n°22.
[1689] L. MORDEFROY, *Le dommage génétique,* Thèse Dijon, 1997, n°374, p. 241.
[1690] Cass. crim., 4 février 1998, *D.* 1999. 445, note D. Bourgault-Coudevylle ; *JCP* 1999.II.10178, note I. Moine-Dupuis.

pas naître[1691]. Les préjudices invoqués par l'enfant du fait de ses troubles psychologiques ou de son handicap n'auraient pu être évités que si son géniteur n'avait pas commis une faute, par laquelle la conception de l'enfant a pu se réaliser. Dès lors les préjudices psychologiques ou physiques de l'enfant ne sont que la conséquence de celui consistant à avoir été conçu, à la suite d'un viol de sa mère ou de la dissimulation de la prédisposition de l'un des ses parents à son partenaire. Si donc l'on admet que les troubles psychologiques ou la maladie génétique de l'enfant doivent être réparés par l'un de ses géniteurs, c'est que l'on accueille la réparation du préjudice résultant de sa naissance.

1094. La première Chambre civile de la Cour de cassation, puisqu'elle a fait droit à la demande de réparation du préjudice subi par un enfant malade dont la naissance résultait d'une carence d'information anténatale commise par le médecin à l'égard de ses parents[1692], devra alors accueillir l'action de l'enfant dirigée contre son parent qui n'aurait pas prévenu l'autre de sa prédisposition à transmettre une maladie à ses enfants futurs.

1095. Mais, cette indemnisation soulevant la même question de la légitimité de l'intérêt sur lequel se fonde l'action de l'enfant, il est fort à parier que le Conseil d'Etat refusera, comme il l'a fait à propos de la demande dirigée contre le médecin, de reconnaître que le préjudice subi par l'enfant du fait d'être né atteint d'une maladie génétique soit réparable.

[1691] D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, *note préc.,* spéc. p. 448.
[1692] Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *préc.,* Section 1, §2.

Conclusion du titre II

1096. La responsabilité du déclenchement de la maladie d'une personne, porteuse d'une prédisposition génétique, ne soulève pas de problèmes éthiques. Dès lors, même si, statuant sur la responsabilité de celui qui cause un dommage à un individu prédisposé, la jurisprudence n'a pas eu à connaître de l'hypothèse où la prédisposition génétique de la victime pouvait être ou avait été détectée, il n'y a aucun obstacle théorique à ne pas transposer les solutions traditionnelles à la prédisposition génétique. Ainsi, en l'absence d'une initiative fautive de la victime, l'auteur de l'accident qui aurait déclenché la maladie génétique, outre qu'il ne pourra pas arguer du fait que la prédisposition empêche l'établissement du lien de causalité entre son fait et la survenance de la maladie, devra réparer intégralement le dommage subi par la victime dont les prédispositions génétiques ont pourtant contribué en partie à la réalisation du dommage.

Ce n'est qu'en présence d'une faute de la victime prédisposée à la maladie, que la réparation sera limitée ou supprimée. Pour remplir la fonction punitive attachée à la prise en considération d'une telle faute, la diminution ou l'exclusion de la réparation ne devrait être admise que dans le cas où la faute de la victime présenterait un certain degré de gravité en étant inexcusable ou intentionnelle.

1097. En revanche, s'agissant de la responsabilité de la transmission de la maladie à la descendance d'une personne prédisposée, l'admission de la réparation du préjudice de l'enfant, né atteint d'une telle maladie, ne saurait être acceptée sans porter un jugement moral sur l'intérêt de celui-ci à naître malade plutôt qu'à ne pas naître. A la différence de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, qui refuse l'indemnisation d'un tel préjudice lorsque l'action est dirigée contre le médecin pour manquement à son obligation d'information sur les risques génétiques des géniteurs, devrait dénier à l'enfant la possibilité d'agir contre l'un de ses parents, qui, contrairement à l'autre parent, n'aurait pas indiqué à ce dernier qu'il était également porteur de la même prédisposition. Divergentes lorsque la Cour de cassation et le Conseil d'Etat statuent sur l'indemnisation du préjudice de l'enfant, leurs solutions sont similaires pour accueillir l'action en réparation du préjudice causé par un médecin aux parents. *A fortiori* devrait-il en être de même de la demande qui pourrait être formée contre l'un des parents par l'autre géniteur, lequel n'aurait pu éviter, par la faute de celui-ci, la transmission d'une maladie génétique à l'enfant.

CONCLUSION GENERALE

1098. Continuellement enrichie par la découverte de nouveaux gènes, la notion de prédisposition génétique a dû être étudiée de manière telle qu'elle ne puisse pas être remise en cause par les progrès scientifiques. Définies comme un risque génétique de contracter ou de transmettre à ses enfants une maladie sous l'action de facteurs extérieurs, les prédispositions génétiques ne manqueront pas, lorsque leurs détections seront devenues une pratique courante, de soulever des problèmes auxquels il fallait, par anticipation, proposer des solutions.

1099. Le problème fondamental consiste à résoudre juridiquement un conflit de nature éthique qui ne manquera pas de survenir entre l'individu et la société. En effet, si, pour la personne, la détection de prédisposition génétique doit, à terme, lui permettre d'exercer sa liberté sur son intégrité génétique en lui donnant les moyens d'éviter la réalisation du risque dont elle est porteuse, pour la société, une telle détection peut apparaître comme un nouvel instrument de classement des individus.

1100. Le législateur de 1994 a choisi de régler ce conflit au profit de la personne en posant les jalons d'une réglementation qui assure la protection de l'intégrité génétique et qui interdit l'utilisation sociale des prédispositions génétiques.

1101. C'est d'abord une protection de la personne contre les tiers qui, par l'exigence du consentement de celle-ci à l'étude génétique de sa prédisposition, a été consacrée. Le consentement constitue la prérogative conférée par le droit de la personne au respect par les tiers de sa liberté sur son intégrité génétique. Ce dernier est issu de la combinaison de deux droits : celui au respect du corps humain et celui au respect de la vie privée. En effet, parce que l'étude génétique analyse des prédispositions, éléments de la vie privée de la personne, à partir des cellules prélevées de son corps, elle porte une double atteinte à l'intégrité corporelle et morale de la personne. Pour qu'il puisse être valablement réalisé par un tiers, le test génétique devra donc être consenti par la personne concernée. Le consentement est apparu comme un acte juridique par lequel la personne cherche à rendre licite une activité *a priori* défendue par la loi en raison de l'inviolabilité de la personne. Dès lors, il aurait peut-être été préférable que la loi, plutôt que d'utiliser le terme de consentement, se réfère à celui d'autorisation ou de permission de la personne

afin de distinguer cet acte juridique du consentement, nécessaire à la formation d'un contrat et générateur d'obligation.

1102. C'est ensuite une protection de la personne contre elle-même qui doit être organisée afin que la réalisation de l'étude génétique des prédispositions ne nuise pas à la personne. Le législateur n'a pas toujours fixé de manière précise les limites au pouvoir de l'individu sur son intégrité génétique en énonçant que l'étude génétique ne pouvait être réalisée que dans une finalité médicale ou une finalité de recherche. Pour connaître de telles limites, il a été nécessaire de déterminer l'étendue du pouvoir de l'individu sur lui-même en distinguant selon que l'acte, ayant pour objet la personne, était juridique ou matériel.

L'acte juridique, ayant pour objet la personne, est celui par lequel la personne donne un pouvoir à un tiers d'intervenir sur son intégrité. En application d'un critère rigide, fondé sur la nature de l'acte juridique et retenu par la jurisprudence pour déterminer l'acception de l'indisponibilité du corps humain, seuls les actes juridiques de disposition qui réalisent un transfert de droit portant sur la personne sont illicites. Le consentement de la personne à l'étude génétique de prédisposition, par lequel la personne donne à un tiers le pouvoir d'intervenir sur son intégrité génétique sans lui transférer un droit sur son corps en entier ne peut donc pas être qualifié d'acte de disposition. A l'inverse, la cession par la personne de ses échantillons biologiques aux chercheurs apparaît comme un acte juridique de disposition. Cette cession ne heurte pourtant pas le principe d'indisponibilité du corps humain. En effet, même si, avant son détachement du corps humain, le gène doit être traité comme la personne, sa qualification de chose par anticipation a permis de rendre licite sa cession à un tiers.

Matériel, l'acte, ayant pour objet la personne, réalise une atteinte à l'intégrité de la personne. Empruntant au droit des biens le critère souple qui permet de distinguer les actes de disposition et d'administration en fonction de leurs effets sur le patrimoine, nous avons choisi de transposer ce critère aux seuls actes matériels ayant pour objet la personne, en qualifiant d'acte matériel de disposition, l'acte « anormal » dont les risques sont supérieurs à l'utilité que la personne peut en recueillir. Ce n'est pas dire que tous les actes matériels de disposition seront prohibés, sauf à rendre illicite la réalisation d'une étude génétique de prédisposition à des fins de recherche sans bénéfice individuel direct. Seuls les actes de disposition, à la fois inutiles à la personne et risquant d'emporter une atteinte grave à son intégrité sont interdits, à l'inverse de ceux qui sont soit inutiles mais sans risque sérieux d'atteinte à l'intégrité, soit utiles mais comportant de tels

risques. Les actes matériels d'administration, dont la « normalité » résulte cumulativement de leur utilité pour la santé de la personne et de leur risque minime d'atteinte à son intégrité, peuvent également être valablement effectués par un tiers. Cette transposition, qui se fonde sur la conception inspirant la classification des actes patrimoniaux, ne tend pas pour autant à assimiler la personne aux biens. Elle a permis de préciser, au sein des études génétiques de prédisposition réalisées dans une finalité médicale ou de recherche, celles qui peuvent être effectuées sur une personne capable ou incapable.

1103. Ayant comme souci principal de protéger la personne contre les tiers et contre elle-même, la loi a pourtant souvent omis de protéger le travail des chercheurs. Or, si l'on ne donne pas à la recherche génétique des outils juridiques permettant de favoriser son développement, les applications médicales de celle-ci risqueront de se faire attendre. Une telle protection, parce qu'elle est une condition *sine qua non* de la mise en évidence de nouveaux gènes de prédisposition et de ses facteurs extérieurs déclenchants, pourrait être assurée en permettant aux chercheurs de breveter les seules inventions, et non les simples découvertes, qui portent sur les gènes, tout en qualifiant les échantillons biologiques et les informations sur les résultats de la recherche de choses publiques accessibles aux chercheurs et conservées dans des conditions qui satisfont l'intérêt de la science.

1104. En exigeant que la détection de prédisposition génétique ne soit pas réalisée ou utilisée dans une finalité autre que médicale ou de recherche, le législateur a interdit les utilisations sociales de données génétiques qui seraient préjudiciables à l'individu prédisposé. Il n'a pourtant pas posé de verrous infranchissables pour ceux dont l'activité justifie une sélection des individus en fonction de leur état de santé.

1105. Ainsi, dans le domaine de l'emploi, si la détection de prédisposition génétique vise à prévenir la maladie dont la personne pourrait être atteinte du fait de son travail, elle répond à une finalité médicale et ne saurait alors être visée par l'interdiction légale. Pourtant, la poursuite d'une telle finalité, parce qu'elle impose de ne pas affecter un salarié à un poste qui pourrait constituer le facteur déclenchant de sa prédisposition, risque d'entraîner l'exclusion de la personne de l'entreprise. En raison des répercussions de l'avis d'inaptitude sur l'emploi de la personne, la finalité médicale de la détection de prédisposition génétique devrait, au regard des dispositions du Code du travail, être strictement appréciée pour ne légitimer que les études génétiques dont la fiabilité assure la détection d'un risque grave de maladie professionnelle ou d'accident du travail, qui ne peut pas être

prévenu par la suppression des facteurs nocifs du travail. Même si l'étude génétique de prédisposition poursuivait une telle finalité, la jurisprudence, comme elle l'a déjà fait lorsque la personne était déclarée inapte en raison de sa maladie présente, évitera souvent l'exclusion du salarié de l'entreprise en imposant, autant que faire se peut, le reclassement de celui-ci à un poste adapté à sa santé. Fussent-ils inévitables, les effets sociaux de la détection de prédisposition génétique pourraient alors sauvegarder les intérêts des salariés prédisposés au maintien de leur emploi.

1106. La conciliation des intérêts du tiers et de la personne prédisposée sera sans doute plus difficile à réaliser dans le domaine de l'assurance.

En effet, si l'interdiction, posée par le législateur en 1994, de sélectionner les personnes par leur prédisposition génétique ne compromet pas, à l'heure actuelle, en raison de l'absence de fiabilité des études génétiques, le but anti-aléatoire poursuivi par l'opération d'assurance dans la gestion collective des risques, il n'en sera pas de même le jour où, rendus fiables, les tests génétiques détecteront une prédisposition génétique, susceptible d'être traitée comme un risque aggravé. Pour constituer un risque aggravé, la prédisposition devra rendre la fréquence et le coût du sinistre plus élevés par rapport à ceux de l'ensemble de la population assurée. Tel sera le cas, dans les assurances décès ou maladie, si la personne prédisposée, qui encourt un risque important de maladie ou de décès, sollicite la garantie de l'assureur pour des capitaux importants.

L'interdiction d'interroger les assurés sur les résultats de test génétique ne devrait pas alors être maintenue d'autant plus que son efficacité est douteuse. En effet, pour éviter que l'assuré ne souscrive une garantie importante en raison de sa prédisposition, l'assureur peut l'interroger sur des données génétiques, non obtenues par un test, mais faisant soupçonner l'existence d'une prédisposition génétique, tels les antécédents familiaux. Parce que l'interdiction pourra se retourner contre les individus non prédisposés dont les antécédents familiaux pourraient faire croire le contraire, une telle interdiction, à la demande des assurés eux-mêmes, sera contournée par les assureurs. Les assureurs pourraient ainsi proposer une gamme de contrats, afin de permettre à chaque souscripteur de choisir celui qui sera le plus adapté à ses risques. Une telle pratique conduisant nécessairement à pénaliser les personnes prédisposées, pourrait dissuader ces dernières de s'assurer, lorsque ce ne sera pas l'assureur qui refusera de les assurer. Paradoxalement, c'est en autorisant l'assureur à avoir accès à l'information génétique que l'exclusion des personnes prédisposées pourrait être évitée. En effet, dans les cas -que l'on sait marginaux- où la prédisposition serait susceptible de

rompre l'équilibre de la mutualité, ne vaudrait-il pas mieux que l'assureur en ait connaissance afin d'adapter ses tarifs à ce risque aggravé plutôt qu'il ne refuse sa garantie à une personne prédisposée ?

Pourtant, s'il devait lui être permis d'interroger la personne sur les résultats des tests génétiques réalisés avant la souscription du contrat, il ne semble pas que l'interdiction de réaliser une étude génétique à des fins exclusivement commerciales doive être levée car, outre que le consentement de la personne à une telle étude serait alors contraint, la connaissance par une personne de sa prédisposition pourrait gravement la perturber.

1107. Si, dans un but louable de maintenir la fiction égalitaire, le législateur a interdit que les prédispositions génétiques soient, en droit, prises en compte dans le domaine de l'emploi et de l'assurance, l'interdiction se révèle pourtant souvent inefficace à canaliser les effets sociaux de la détection de prédisposition génétique. C'est, davantage, en posant des conditions restrictives à la réalisation d'un test génétique de prédisposition par le médecin du travail et à l'utilisation des résultats de l'étude génétique de prédisposition par l'assureur que le risque encouru par la personne prédisposée d'être exclue des relations de travail ou d'assurance pourrait être limité.

1108. La crainte que l'utilisation de la détection des prédispositions génétiques ne se fasse au détriment des personnes qui en seraient porteuses, n'existe pas seulement dans le domaine de l'emploi et de l'assurance, mais aussi dans celui de la responsabilité. Le jour où une telle détection permettra de déterminer exactement la part de la contribution génétique dans l'apparition d'une maladie, les tiers, à l'origine du facteur extérieur déclenchant, seront sans doute tentés de se dégager de leur responsabilité. Le législateur n'a pas prévenu cette dérive du droit de la responsabilité.

1109. Mais était-ce utile ? Certainement pas lorsque la responsabilité résulte de la réalisation du risque de prédisposition génétique à la maladie. En effet, l'application des conditions de la responsabilité implique de considérer comme établi le lien de causalité entre le fait dommageable, ayant déclenché la maladie génétique d'une personne prédisposée, et la survenance de cette maladie. Si la jurisprudence refuse un partage de responsabilité, en présence d'une prédisposition de la victime sans manifestation extérieure, il n'y a aucune raison pour qu'elle réintroduise un tel partage lorsque l'origine génétique de la prédisposition sera avérée.

1110. De même, s'agissant du risque de prédisposition de la personne à transmettre une maladie à ses enfants à naître, les conditions de la responsabilité du tiers sont réunies lorsque la naissance de l'enfant malade aurait pu être évitée si ce tiers avait correctement informé la personne des risques encourus par la descendance de celle-ci. Pourtant, à la différence de la réparation du préjudice subi par la personne prédisposée du fait de la naissance d'un enfant atteint d'une maladie génétique, celle du dommage de l'enfant soulève des problèmes éthiques dans la mesure où l'admission de sa réparation impliquerait nécessairement que l'on jugeât qu'il valait mieux que l'enfant ne naisse pas, plutôt qu'il naisse porteur d'une maladie génétique : alors même qu'une faute et un lien de causalité seraient caractérisés, on peut douter qu'un tel préjudice soit légitimement réparable. Pour mettre fin aux divergences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat sur cette question, on a pu alors souhaiter qu'une loi vienne soustraire l'indemnisation de ce préjudice de l'enfant du contentieux de la responsabilité[1693] afin qu'elle soit prise en charge par la solidarité nationale.

1111. Au terme de cette étude sur la prédisposition génétique, un constat s'impose : celui de la difficile appréhension juridique des questions éthiques que soulève la connaissance de la nature génétique de l'homme. Cette difficulté trouve sa source dans l'ambivalence d'une telle connaissance. Si la génomique explique l'homme par ses gènes, le législateur doit limiter la sélection eugénique pouvant résulter des applications sociales de cette science sans, pour autant, freiner l'évolution de la recherche. Car la génomique est porteuse d'espoir : attestant que l'être ne se réduit pas à ses gènes, elle donne à l'homme le moyen de se libérer de sa nature génétique. « Il s'agit de savoir jusqu'où les belles ambitions humaines peuvent bousculer les lois de la vie sur terre et, chaque fois que la zone frontière est atteinte, il faut biaiser, trouver la parade compensatrice, accepter le compromis »[1694] : il faut encadrer sans interdire.

[1693] *Supra* n°1107.

[1694] J. HAMBURGER, *Les belles imprudences, Réflexion sur la condition humaine,* Odile Jacob, 1991, p. 148.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES

MANUELS, TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX :

ATIAS C., Les personnes, les incapacités, PUF, 1985.

AUBRY ET RAU, Droit civil français, Tome VI -2, Responsabilité délictuelle, Librairies techniques, 8e éd. par N. Dejean de la Bâtie, 1989.

BENABENT A., Droit civil. La famille, Litec, 9e éd. 1998.

BOISTEL E., Cours de philosophie du droit, Tome I, Paris, 1899.

CAPITANT H., Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 10e éd. par F. Terré et Y. Lequette, 1994.

CARBONNIER J., Droit civil- 1/ La famille. L'enfant, le couple, Thémis PUF, 20e éd. 1999.

CARBONNIER J., Droit civil- 1/ Les personnes. Personnalité, Incapacités, Personnes morales, Thémis PUF, 20e éd. 1996.

CHAPUS R., Droit administratif général, Domat Montchrestien, Tome II, 12e éd. 1999.

COLOMBET C., Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Dalloz, 9e éd. 1999.

CORNU G., (dir.) Vocabulaire juridique, Ass. H. Capitant, PUF, 7e éd. 1998.

CORNU G., Droit civil. Introduction - Les personnes - Les biens, Domat Montchrestien, 9e éd. 1999.

CORNU G., Droit civil. La famille, Domat Montchrestien, 6e éd. 1998.

COUTURIER G., Droit du travail. 1/ Les relations individuelles de travail, PUF, 3e éd. 1996.

DECOCQ A., Droit pénal général, Armand Colin, 1971.

DEMOGUE R., Traité des obligations en général : Sources des obligations, tome V, Paris, Rousseau, 1925 ; Effets des obligations, tome VI, Paris, Rousseau, 1931.

DOMAT J., Les lois civiles dans leur ordre naturel, le Droit public et legum delectus, Tome II, Paris, 1702.

DUGUIT L., Traité de droit constitutionnel, tome III, 3e éd. Paris, Boccard, 1930.

DUPEYROUX J.-.J., Droit de la sécurité sociale, Dalloz, 13e éd. par R. Ruellan, 1998.

EWALD F., L'Etat providence, Grasset, 1986.

FAVRE ROCHEX A. et COURTIEU G., Le droit du contrat d'assurance terrestre, LGDJ, 1998.

FENET P. A, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Tome I, Paris, 1928, Tome XIII, Paris, Videcoq, 1836.

FLOUR J. et AUBERT J.-L., Les obligations. 2- Le fait juridique, Armand Colin, 8e éd. 1999.

FLOUR J., AUBERT J.-L., Les obligations. 1- L'acte juridique, Armand Colin, 8e éd. 1998.

HAUSER J. et HUET-WEILLER D., Traité de droit civil. La famille. Dissolution de la famille, LGDJ, 1991.

HUET J. et MAISL H., Droit de l'informatique et des télécommunications, Litec, 1989.

IHERING, (von) R. Œuvres choisies, tome II, traduction O. de Meulanaere, Paris, Marescq, 1893.

LALANDE A., Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, 1988.

LAMBERT-FAIVRE Y., Droit des assurances, Dalloz, 10e éd. 1998.

LAMBERT-FAIVRE Y., Le droit du dommage corporel : Systèmes d'indemnisation, Dalloz, 3e éd. 1996.

LAMY, Assurances, 2000.

LAMY, Droit de l'informatique et des réseaux, 1999.

LAPOYADE DESCHAMPS C., Droit des obligations, Ellipses, 1998.

LAUBADERE (de) A. et GAUDEMET Y., Traité de droit administratif, Tome II, LGDJ, 11e éd. 1998.

LAUBADERE (de) A., VENEZIA J.-C., GAUDEMET Y., Traité de droit administratif, Tome I, LGDJ, 15e éd. 1999.

LE TOURNEAU Ph. et CADIET L., Droit de la responsabilité, Dalloz, 1998.

LUCAS A., Droit de l'informatique, collection Themis Droit, PUF, 1re éd. 1987.

MALAURIE Ph. et AYNES L, Cours de droit civil - Introduction à l'étude du droit, Cujas, 2e éd. par Ph. Malaurie, 1994/1995.

MALAURIE Ph. et AYNES L., Cours de droit civil - Les personnes, les incapacités, Cujas, 5e éd. par Ph. Malaurie avec le concours en droit fiscal de P.-J. Claux et N. Couzigou-Suhas, 2000.

MALAURIE Ph. et AYNES L., Cours de droit civil - La famille, 6e éd. 1998/1999 par Ph. Malaurie.

MALAURIE Ph. et AYNES L., Cours de droit civil - Les biens, la publicité foncière, Cujas, 4e éd. par Ph. Théry, 1998.

MALAURIE Ph. et AYNES L., Cours de droit civil - Les obligations, Cujas, 10e éd. 1999/2000.

MARTY G. et RAYNAUD P., Les obligations - Les sources, Tome I, Sirey, 2e éd. 1988.

MAZEAUD A, Droit du travail, Domat Montchrestien, 1998.

MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F., Leçons de droit civil. La famille, Montchrestien, 7e éd. par L. Leveneur, 1995.

MAZEAUD H., L. et J., Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tome II, Montchrestien, 6e éd. par A. Tunc, 1970.

MAZEAUD H., L., J et F. CHABAS, Leçons de droit civil. Les obligations, théorie générale, Montchrestien, 9e éd. par F. Chabas, 1998.

MEMETEAU G., Le droit médical, Litec, 1985.

MERLE R. et VITU A., Traité de droit criminel, Tome I, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, Cujas, 7e éd. 1997.

MOUSSERON J.-M., Traité des brevets, Librairies techniques, 1984.

PICARD M. et BESSON A., Les assurances terrestres, tome I, Le contrat d'assurance, LGDJ, 5e éd. 1982.

PICARD M. et BESSON A., Traité général des assurances terrestres, tome I, LGDJ, 1938.

PLANIOL M. et RIPERT G., Traité pratique de droit civil français, tome III, Les biens, LGDJ, 1926.

PLANIOL M., Traité élémentaire de droit civil, tome I, LGDJ, 1914.

POTHIER R., Traité des obligations, Œuvres annotées et mises en corrélation avec Le Code civil et la législation actuelle par M. Bugnet, Tome II, Paris, 2e éd. 1861.

RASSAT M.-L., Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers, Dalloz, 2e éd. 1999.

RAWLS J., Théorie de la justice, Seuil, 1987.

REY A., Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 1993.

ROBERT J., Droits de l'homme et libertés fondamentales, Domat Montchrestien, 6e éd. 1996.

ROLAND H. et BOYER L., Les adages du droit français, Litec, 4e éd. 1999.

SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., Traité de droit médical, Librairies Techniques, 1956.

SAVIGNY F., Traité du droit romain, traduction Ch. Guenoux, tome I, Firmin-Didot, 1840.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L., Les obligations-1. Responsabilité délictuelle, Litec, 5e éd. 1996.

STEPHANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., Droit pénal général, Dalloz, 16 éd. 1996.

TERRE F. et FENOUILLET D., Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités, Dalloz 6e éd. 1996.

TERRE F., Introduction à l'étude du droit, Dalloz, 4e éd. 1998.

TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., Droit civil. Les obligations, Dalloz, 7e éd.1999.

TEYSSIE B., Droit civil. Les personnes, Litec, 4e éd. 1999.

VINEY G. et JOURDAIN P., Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 2e éd. 1998.

VIVANT M., Le droit des brevets, Dalloz, 1997.

MONOGRAPHIE ET THESES

ANCEL P., L'indisponibilité des droits de la personnalité : une approche critique de la théorie des droits de la personnalité, thèse Dijon, 1978.

ANDORNO R., La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, LGDJ, 1996.

ARNOUX I., Les droits de l'être humain sur son corps, thèse Bordeaux, PUB, 1995.

ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE PARIS, Guide pratique - Loi du 20 décembre 1988 modifiée sur la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, Doins Editeurs/ Assistance Publique Hôpitaux de Paris, 1995.

BARAT J.-J., Médecine d'assurance, Masson, 1990.

BAUD J.-P, L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps, Seuil, 1993.

BELLIVIER F., Le patrimoine génétique humain : étude juridique, Thèse Paris I, 1997.

BENABOU V.-L, Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire, Thèse Paris II, 1996.

BORE J., La cassation en matière civile, Dalloz, 2e éd. 1997.

BRENNER C., L'acte conservatoire, Thèse Paris II, LGDJ 1999.

CABRILLAC F., Le corps humain en droit civil, Thèse Montpellier, 1962.

CHABAS F., L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation, LGDJ, 1967.

CHAUFTON A., Les assurances, leur passé, leur présent, leur avenir, tome I, Paris, 1884.

CHIAPPORI P.-H., Risque et assurance, Dominos Flammarion, 1996.

CNIL, Dix ans d'informatique et libertés, Economica, 1989.

CNIL, Les libertés et l'informatique. Vingt délibérations commentées, Doc. Française, 1998.

COLLET L., La notion de droit extrapatrimonial, Thèse Paris II, 1992.

DABIN J., Le droit subjectif, Dalloz, 1952.

DAVID A., Structure de la personne humaine, PUF, 1955.

DECOCQ A., Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, LGDJ, 1960.

DEJEAN de la BATIE N., Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, LGDJ, 1965.

DORION G. et LENOIR D., La modernisation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, Rapport au ministre de la Solidarité, de la santé et de la Protection Sociale, Doc. Française, 1991.

DORSNER-DOLIVET A., Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie, LGDJ 1986.

DUFAU J., Le domaine public, éd. du Moniteur, 4e éd. 1993, tome I.

DUVAL-ARNOULD D., Le corps de l'enfant sous le regard du droit, LGDJ, 1994.

DUVERT C., Sectes et droit, thèse Paris II, 1999.

EWALD F., Le problème français des accidents thérapeutiques, Enjeux et solutions, Rapport au ministre de la santé et de l'Action humanitaire, Doc. Française, 1992.

FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, LGDJ, 1992.

FAHMY ABDOU A., Le consentement de la victime, LGDJ, 1971.

FAVIER F., La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi délictuelle, thèse Paris, 1951.

FILLETTE J.-L., L'inaptitude physique du salarié. Contribution à une conception personnalisée du contrat de travail, thèse Montpellier, 1996.

FORGES (de) J.-M. et J.-F. SEUVIC, L'hospitalisé, Berger-Lavrault, 2e éd. 1983.

GALLOUX J.-C, Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique, thèse Bordeaux, 1988.

GIUDICELLI A., La génétique humaine et droit. A la redécouverte de l'homme, thèse Poitiers, 1993.

GOBERT M. et FORGES (de) J.-M., (dir.) Mémoire collectif du DEA de droit privé de Paris II, Un premier bilan sur les comités consultatifs de protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, LGDJ 1994.

GOUNOT E., Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse Dijon, 1912.

GUAY H., KNOPPERS B.-M., PANISSET I., La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi, Revue du Barreau (Québec), tome 52, n°2, avril-juin 1992.

HOCQUET-BERG S., Obligation de moyens ou obligation de résultat ? A propos de la responsabilité civile du médecin, Thèse Paris XII, 1995.

JAILLET R., La faute inexcusable en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle, LGDJ, 1980.

JESTAZ P., L'urgence et les principes classiques du droit civil, LGDJ, 1968.

JOSSERAND L., De l'esprit des droits et de leur relativité (Théorie dite de l'Abus des droits), Dalloz, 2e éd. 1939.

KAYSER P., La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée, Economica, 3e éd. 1995.

KNOPPERS B.-M., Dignité humaine et patrimoine génétique, Commission de réforme du droit du Canada, document d'étude, série protection de la vie, 1991.

KORNPROBST L., Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises, Flammarion 1957.

L'EPEE P., LAZARNI H.-J, DOIGNON J., Le secret professionnel en médecine du travail, Masson, 1981.

LABBEE X., La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, thèse Lille, PUL, 1990.

LAPOYADE DESCHAMPS C., La responsabilité de la victime, Thèse Paris I, 1977.

LATTES J.-M., Le principe de non discrimination en droit du travail, thèse Toulouse, 1989.

LE BARON P., L'acte d'administration en droit civil français, Thèse Paris, 1916.

LEDUC F., L'acte d'administration en droit privé. Nature et fonctions, thèse Bordeaux, L'espace juridique, 1992.

LEGEAIS R., L'autorité parentale, Rép. du Notariat Defrénois, 1973.

LOMBOIS J.-C., De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, LGDJ, 1963.

LYON-CAEN G., Les libertés publiques et l'emploi. Rapport au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, Doc. Française, 1992.

MALLET-POUJOL N., Commercialisation des banques de données, CNRS éd., 1993.

MANSART B., La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient, Thèse Paris I, 1999.

MARTEAU P., La notion de causalité dans la responsabilité civile, thèse Marseille, 1913.

MARTIN de la MOUTTE J., L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil, Thèse Toulouse, Sirey, 1949.

MASSIP J., La réforme du divorce, tome I, Répertoire du Notariat Defrénois, 1976.

MASSIP J., Les majeurs protégés, tome I, le régime juridique, Répertoire du Notariat Defrénois, 1994.

MAZEN N.-J., Le secret professionnel des praticiens de la santé, Vigot, 1988.

MERGER C., Le secret professionnel, Thèse Paris, 1895

MOINE I., Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique, LGDJ 1997.

MONTANIER J.-C., L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage, thèse Grenoble, 1981.

MORDEFROY L., Le dommage génétique, thèse Dijon, 1997.

MORVAN P., Le principe de droit privé, thèse Paris II, 1997.

NERSON R., Les droits extrapatrimoniaux, thèse Lyon, LGDJ, 1939.

NICOLAS V., Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance, LGDJ, 1996.

PAGEAUD P.-A, Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire, Thèse Poitiers, 1941.

PENNEAU J., Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, LGDJ, 1973.

PENNEAU J., La responsabilité du médecin, Dalloz, 2e éd., 1996.

PERREAU E.-H., Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins, Paris, 1908.

PRADEL J., La condition civile du malade, LGDJ, 1963.

RAVANAS J., La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, 1978.

RENE L., Commentaire du Code de déontologie médicale, Seuil, 1996.

RIGAUX F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, LGDJ, 1990.

ROUBIER P., Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, 1963.

SAVATIER R., Le droit, l'amour et la liberté, LGDJ, 1963.

STARCK B., Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Thèse Paris, 1947.

THEBAUD-MONY A., La reconnaissance des maladies professionnelles, Doc. Française, 1991.

THOUVENIN D., Le secret médical en droit français, Thèse Lyon, 1977.

THULLIER B., L'autorisation. Etude de droit privé, LGDJ, 1996.

TRASBOT A., L'acte d'administration en droit privé français, Thèse bordeaux, 1921.

TUNC A., La sécurité routière. Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation, Dalloz, 1966.

TUNC A., La responsabilité civile, Economica, 2e éd. 1989.

VERDOT R., La notion d'acte d'administration en droit privé français, LGDJ, 1963.

YOLKA Ph, La propriété publique, éléments pour une théorie, LGDJ, 1997.

ZENATI F. et REVET R., Les biens, PUF, 2e éd. 1997.

II- ARTICLES

ALT-MAES F., L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime, *RSC* 1991.244.

ALT-MAES F., L'information médicale au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, *RDSS* 1994.381.

ANCEL P., La protection des données personnelles. Aspects de droit privé français, *RIDC* 1987-3.609

AUCLERC G., AUFFERT M., WAHL C. et DUFOUR M., Réassurer les anciens cancéreux, *L'Argus*, 19 mai 1989, p. 1368

AUVERGNON Ph., Le droit des relations de travail interrogé par le SIDA, dans, Le droit social à l'épreuve du Sida, dir. Ph. Auvergnon, éd. de la maison des sciences de l'homme d'aquitaine, 1992, p. 51.

AYNES L., Formalisme et prévention, dans, Le droit du crédit au consommateur, dir. I. Fadlallah, Litec, 1982, p. 64.

BABIN M., Les logiques de reconnaissance des maladies professionnelles, *Dr. soc.* 1998.673.

BADEL M., Le perfectionnement du dispositif de réparation du risque professionnel par le droit social, *Dr. soc.* 1998.644.

BAGUE-FORST A., Innovation et assurance santé. Le rôle de l'assurance privée, *Risques,* n°21, 1995, p.95.

BAUD J.-P., Le corps, personne par destination, dans, Mélanges à la mémoire de D. HUET-Weiller. Droits des personnes et de la famille, LGDJ, 1994, p.13.

BECOURT D., Réflexions sur l'arrêt Microfor, *Les petites affiches*, n°75, 22 juin 1988, p. 14.

BECOURT D., Bases de données, *Gaz. Pal.*1998.2.1045.

BEIGNIER B., Secret médical et assurances de personnes, *D.* 1999.469.

BELLIVIER F. et BOUDOUART-BRUNET L., Les ressources génétiques et les concepts juridiques de patrimoine, dans, Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire, dir. C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, p.179.

BENABENT A., La liberté individuelle et le mariage, *RTDC* 1973.440.

BERDOT F., L'assurance de groupe après les réformes législatives du 31 décembre 1989, *RGAT* 1990.775.

BERTRAND M., Assurance de personnes. Mieux comprendre la sélection médicale, *L'Ass. Franç.* , n°715, novembre 1995, p.22

BESSERVE R., De quelques difficultés soulevées par le contrat médical, *JCP* 1956.I.1309, spéc. n°22

BESSON A., Le contrat d'assurance et la morale, dans, Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à G. Ripert, LGDJ 1950, p. 178.

BETEMPS J.-M., L'amélioration de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, *Dr. soc.* 1993.129

BICLET P., Qui sème le vent..., *Méd. et Droit*, 1997, n°23, p.1

BIGOT J., Assurances de responsabilité : les limites du risque assurable, *RGAT* 1978.169.

BIGOT J., La loi n°89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, *JCP* 1990.I.3437.

BORE J., La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation « in solidum », *JCP* 1971.I.2369

BOURGEOT S. et TRASSOUDAINE VERGER N., Quelques précisions jurisprudentielles sur l'issue de la suspension du contrat de travail, *RJS* 1998.163

BOURGEOT S., Etat de santé du salarié et licenciement, *RJS* 1998.869.

BOURGEOT S., Médecine du travail, maladie et inaptitude, *Dr. soc.* 1998.872.

BOURGUIGNON F. et DUBY J.-J., Médecine prédictive. Nouvelles inégalités ou nouvelle solidarité, *Risques*, n°21, 1995, p. 125

BOUVIER F., Le consentement à l'acte thérapeutique : réalités et perspectives. Les enseignements du colloque « Génétique, procréation et droit » de janvier 1985, *JCP* 1986.I.3249.

BRAZIER M., Commentaire de la loi n°70-459 du 4 juin 1970, *JCP* 1970.I.2362.

BRETON A., La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps devant la jurisprudence, *JCP* 1942.I.298.

BRIERE de L'ISLE G., La faute inexcusable, *D.* 1970.73.

BRIERE DE L'ISLE G., La faute professionnelle. (A propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle), *D.* 1973.259.

BRIERE DE L'ISLE G., « La faute intentionnelle, ou cent fois sur le métier... » (Réflexions à propos d'un arrêt : Civ.1re, 17 déc. 1991, Winterthur c/ Tournaire et autres), *D.*1993.75.

BRUNET J.-P., Contribution à l'étude de la notion et des possibilités du partage de causalité, *Gaz. Pal.* 1967.2.74

BURG D., Sélection des risques. Les contrats non-fumeurs vont faire un tabac, *L'Argus*, 9 août 1996, p.16.

CADIET L, La notion d'information génétique en droit français, dans, La génétique humaine : de l'information à l'informatisation, dir. B.-M. Knoppers, L. Cadiet et C.M. Laberge, Litec, 1992, p. 41.

CADIET L., Abus de droit, Rep. civ. Dalloz, 1992.

CARREAU C., Droit d'auteur et abus de position dominante : vers une éviction des législations nationales, *Europe*, juillet 1995.chron.8

CATALA P., Ebauche d'une théorie juridique de l'information, *D.* 1984.97.

CATALA P., La « propriété » de l'information, dans, Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 97.

CEDRAS J., Le dol éventuel : aux limites de l'intention, *D.* 1995.18.

CHABAS F., Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal, *D.*1970.113.

CHABAS F., Le corps humain et les actes juridiques en droit français, dans, Le corps humain et le droit, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1975, tome XXVI, p.225.

CHABAS F., La notion de préjudice de contamination, *RCA* 1998, n° spécial Le préjudice : questions choisies, p. 20

CHABERT-PELTAT C., L'expérimentation sur l'être humain, *Gaz. Pal.* 1991.2.563.

CHAUMETTE P., Commentaire de la loi du 31 décembre 1991 relative aux obligations de l'employeur et du salarié en matière de sécurité au travail, *Dr. soc.* 1992.337.

CNIL, Les études et banques de données génétiques : les problèmes soulevés, dans, 12ème Rapport d'activité de 1991, Doc. Française, 1992, p. 89.

COLOMBET C., Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, *D.*1971.1.

CONTE Ph. et MONTANIER J.-C., Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé, *JCP* éd.Not.1986.I.401

CORNU G., Centenaire, *D.* 1959.215.

CORNU G., L'âge civil, dans, Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, tome II, Dalloz Sirey 1961, p. 9.

CORONE S. et BOONE A., La bonne ou la mauvaise foi de l'assuré, *L'Argus*, 6 novembre 1998, p. 36.

COURTIEU G., Chronique d'humeur. Un suicide raté ou lorsque le législateur se tire une balle dans le pied, *Gaz. Pal.* 8-9 janvier 1999, p.2.

COURTIEU G., Secret médical : « secret-défense » ou « secret de polichinelle » ?, *RCA* 1999.chr.13

COUTURIER G., Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire, *Dr. ouvrier* 1988.133.

D. T., Cancer et assurance vie, *L'Argus*, 4 mai 1990, p. 1212.

DEISS A., Le juge des enfants et la santé des mineurs, *JCP*1983.I.3125.

DELAVAL D., Le projet de directive relatif à la protection juridique des bases de données ou l'adaptation du droit d'auteur au traitement de l'information, *Gaz. Pal.* 1993.1.67.

DERIEUX E., Banques de données et droit d'auteur, l'arrêt Microfor, *Les Petites affiches*, n°75, 22 juin 1988, p. 7.

DEROIN P., Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition, *RTDC* 1978.1.

DESJARDINS B., La prévention des handicaps, *Dr. soc.* 1991.588.

DIBIE D., Discriminations biologiques et droit des contrats, dans, Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire, dir. C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, p.149.

DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, Commentaire de la proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques du 13 décembre 1995, Bull. n°31, p.9233

DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, Protection juridique des inventions biotechnologiques, Bull. n°66, p.8379

DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, La thérapie génique par réparation des gènes (la chiméroplastie), Bull. n°75, p. 8114.

DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, Etudes : Assistance médicale à la procréation ; Brevetabilité du vivant ; Commission nationale de l'informatique et des libertés ; Contrat médical ; Diagnostic prénatal ; Recherches biomédicales sur l'homme ; Statut du corps humains, de ses éléments et produits ; Tests génétiques ; Thérapies géniques.

DICTIONNAIRE PERMANENT SECURITE ET CONDITIONS DE TRAVAIL, Service médical du travail

DOLL P.-J., Des conséquences pécuniaires du refus de la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures, *JCP,* 1970.I.2351

DORSNER-DOLIVET A., Responsabilité médicale : le renversement de la charge de la preuve de l'obligation d'information, *Les petites affiches*, 16 juillet 1997, n°85, p.17.

DUBOUIS L., La preuve de l'information du patient incombe au médecin : progrès ou régression de la condition des patients ?, *RDSS* 1997.288

DUPEYROUX J.-.J., La notion d'accident du travail, *D.*1964.23.

DUPEYROUX J.-J., Le déclin de la présomption d'imputabilité (à propos de l'affaire Billy), *D.* 1971.81

DURRY G., La place de la morale dans le droit du contrat d'assurance, *Risques* n°18, 1994, p.47.

DURRY G., Les grandes catégories d'assurances, dans, Encyclopédie de l'Assurance, dir. F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Economica, 1997, p. 521.

DURRY G., Secret médical et preuve d'une fausse déclaration du risque, *Risques* n°39, 1999.120

EDELMAN B., L'arrêt Maggill : une révolution ? (à propos de l'arrêt de la CJCE du 6 avril 1995), *D.*1996.119.

EISINGER F. et PIERRET J., Le risque, son évaluation et la maladie, dans, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, INSERM, 1998, p.7.

EISINGER F., ORSI F. et MOATTI J.-P., Information génétique et systèmes d'assurance maladie, dans, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, INSERM, 1998, p.263.

EISINGER F., THOUVENIN D. et al., Réflexions sur l'organisation des consultations d'oncogénétique (première étape vers la publication de bonnes pratiques cliniques, *Bull. Cancer.* 1995.82.

EISMEN P., Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, *RTDC* 1933.627.

ESMEIN P., Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité, *D.*1964.205.

EWALD F. et MOREAU J.-P., Génétique médicale, confidentialité et assurance, dans, Ethique et génétique humaine, Actes du 2e Symposium du Conseil de l'Europe sur la Bioéthique, Strasbourg, 30 novembre-2 décembre 1993, éd. du Conseil de l'Europe, 1994, p.155 ; également dans, *Risques* n°18, 1994.111.

EWALD F., La société assurancielle, *Risques* n°1, 1990, p.5.

EWALD F., Les valeurs de l'assurance, dans, Encyclopédie de l'Assurance, dir. F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Economica 1997, p. 399.

EWALD F., Assurances et emploi, dans, CCNE, Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention, Doc. Française, 1997, p.139.

EWALD F., Génétique et assurance, *RGDA* 1999. 539.

FEDERATION FRANCAISE DES SOCIETES D'ASSURANCE, Dossier « génétique et assurance », mars 1994.

FENOUILLET D., Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Le corps humain, Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.12, 1997.

FENOUILLET D., Respect et protection du corps humain. La génétique humaine. La personne, Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.32, 1997

FENOUILLET D., Respect et protection du corps humain. La génétique humaine. L'espèce, Juris-cl. civ., articles 16 à 16-12, fasc.30, 1997.

FLOUR J., Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, dans, Etudes offertes à G. Ripert, tome I, 1950, p. 93

FOSSIER T. et HARICHAUX M., La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical, *RDSS* 1991.1.

FOSSIER T., Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure, *JCP* 1985.I.3195.

FRAYSSINET J. et PERDROT P., La loi du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, *JCP* 1994.I.3810, p.566.

GALLOUX J.-C., De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant, *R.R.J.* 1989-3.521.

GALLOUX J.-C., La brevetabilité des innovations génétiques sous la Convention sur le brevet européen : réalités et perspectives, *Cah. propr. intell.*, oct 1990, vol.3, n°1, p.7.

GALLOUX J.-C., Ethique et brevet ou Le syndrome bioéthique, *D.*1993. 83.

GALLOUX J.-C, Aspects juridiques de la brevetabilité du vivant, dans, Droit et génie génétique, dir. S. Soumastre, éd. scientifiques Elsevier, 1994, p.128.

GALLOUX J.-C., De corpore jus. Premières analyses sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n°s 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, *Les petites affiches,* numéro spécial Bioéthique, 14 déc. 1994, p. 18.

GALLOUX J-C, Ebauche d'une définition juridique de l'information, *D.* 1994. 229.

GALLOUX J.-C, La brevetabilité des éléments et des produits du corps humain ou les obscurités d'une loi grand public, *JCP* 1995.I.3878.

GALLOUX J.-C., Les enjeux de la déclaration universelle sur la protection du génome humain, *D.* 1996.141.

GALLOUX J.-C., Premières vues sur la directive 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *JCP* 1998.I.172.

GALLOUX J.-C., L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ?, *D.* 1999.13.

GARRAUD P. et LABORDE-LACOSTE M., Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale, *Rev. gén. du droit de la lég. et de la juris*. 1926.129.

GAUDEMET Y., Les comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale (CCPPRB), le bilan juridique, *JCP* 1993.I.3653.

GAUMONT-PRAT H., Informatique et génétique : quelle protection pour l'information génétique ?, *Rev. jurid. d'Ile-de –France*, 1996, n°39/40, p.7.

GEFFROY C., La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle, *JCP* 1993.I.3724.

GISSER F., Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité, *JCP* 1984.I.3142.

GHESTIN J., La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance de responsabilité, *D.*1974.31.

GOBERT M., Le diagnostic prénatal, dans, Actes du colloque : Génétique, procréation et droit, Actes sud, 1985, p. 437.

GOBERT M., Le transsexualisme, fin ou commencement, *JCP* 1988.I.3361.

GOBERT M., Le transsexualisme ou la difficulté d'exister*, JCP* 1990.I.3475.

GOBERT M., Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. (A propos de la maternité de substitution), *RTDC* 1992. 489.

GOBERT M., L'aléa thérapeutique en droit civil, dans, L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, dir. D. Truchet, Sirey, 1995, p. 9.

GOTZEN F., Grandes orientations du droit d'auteur dans les Etats membres de la C.E.E. en matière de banques de données, dans, Banques de données et droit d'auteur, Colloque IRPI 1986, Librairies Techniques, 1987, p. 85.

GRIDEL J.-P., L'âge et la capacité civile, *D.*1998.90.

GRIMALDI M., L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence, dans, L'enfant, la famille et l'argent, Actes des journées d'études du 13 et 14 décembre 1990 et organisées par le laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, LGDJ, 1991, p.101.

GROUTEL H., La réforme du Code des assurances, *RCA* 1990.chr.3.

GROUTEL H., Les assureurs et le titre 1er de la loi du 31 décembre 1989 sur « la prévoyance complémentaire », *RCA* 1990.chr.4.

GROUTEL H., La faute intentionnelle vue par la chambre criminelle et la 1re chambre civile : confirmation d'une divergence, *RCA* 1990.chr.16.

GROUTEL H., Le cumul d'assurances de personnes, *RCA* 1991.chr.20.

GROUTEL H., Suicide, assurance contre les accidents corporels et charge de la preuve, *RCA* 1991.chr. 21.

GROUTEL H., Imputabilité du dommage à un accident de la circulation : la 2e chambre civile face à un choix, *RCA* 1991.chr.26

GROUTEL H., Suicide, assurance contre les accidents corporels et charge de la preuve (suite), *RCA* 1993. chr. 13

GROUTEL H., Le cumul d'assurances de personnes : précisions sur deux arrêts du 10 janvier 1995, *RCA* 1995.chr.12.

GROUTEL H., La responsabilité des cliniques en cas d'infection contractée par un patient, *RCA*1996.chr.28.

GROUTEL H., Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie, *RCA* 1997.chr.5

GROUTEL H., L'infection nosocomiale dans le secteur privé : un revirement de jurisprudence exemplaire, *RCA* 1999.chr.20.

GUIGUE J. et ESPER C., Le juge judiciaire et le juge administratif se prononcent sur l'information médicale du malade. Convergences ou divergences jurisprudentielles, *Gaz. Pal.* 1997.2.1348.

GUYON Y., De l'obligation de sincérité dans le mariage, *RTDC* 1964.471.

HAGE-CHAHINE F., Essai d'une nouvelle classification des droits privés, *RTDC* 1982.705.

HARICHAUX M., L'obligation du médecin de respecter les données de la science (A propos du cinquantenaire de l'arrêt Mercier : bilan d'une jurisprudence), *JCP* 1987.I.3306.

HARICHAUX M., La preuve de l'information médicale, *RDSS* 1998.68.

HARICHAUX-RAMU M., Le contrat médical, fasc.81, n°24, dans, Droit médical et hospitalier, Litec.

HAUSER J., Réflexions sur la protection de la personne incapable, dans, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, p.227.

HIRSCH M.-R., La brevetabilité dans le domaine du vivant, *Gaz. Pal.* 1998.2.641.

HOCQUET-BERG S., Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, *Gaz. Pal.* 1998.2.1121.

HONORAT J. et MELENNEC L., Vers une relativisation du secret médical, *JCP* 1979.I.2936.

HOUIN R., La notion d'accident dans l'assurance contre les accidents corporels, *RGAT* 1947.218.

HUET J. et Le TOURNEAU Ph., Droit privé et informatique, dans, Emergence du droit de l'informatique, éd. Parques 1983, p. 18.

HUET J., La modification du droit sous l'influence de l'informatique - Aspect de droit privé, *JCP* 1983.II.3095.

HUET J., Droit de l'informatique : la liberté documentaire et ses limites, ou les banques de données à l'épreuve du droit d'auteur, *D*.1984.129.

HUET J., Droit de la concurrence et services d'information : accès à l'information primaire et possibilité d'abus de position dominante, *Les petites affiches*, 30 juin 1993, n°78, p. 46.

JACK A., Les conventions relatives à la personne physique, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933.362.

JAPHET C., L'assurance-vie face au SIDA, dans, Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire, dir. C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, p.39.

JOURDAIN P., Le devoir de « se » renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement), *D.* 1983.139.

JOURDAIN P., Droit à réparation. Lien de causalité, Juris-cl. civ., articles 1382 à 1386, fasc.160, 1993.

JOURDAIN P., L'évolution de la jurisprudence judiciaire et l'indemnisation des accidents médicaux, dans, L'indemnisation des accidents médicaux, Actes du colloque du 24 avril 1997, dir. G. Viney, LGDJ, 1997, p. 21.

JOURDAIN P., Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, *RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions, p. 4.

KAYSER P., Le droit dit à l'image, dans, Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, tome II, Dalloz Sirey, 1961, n°15, p.86.

KAYSER P., Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile, dans, Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz, 1965, p.405.

KAYSER P., Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, *RTDC* 1971.445.

KERNALEGUEN F., La diffusion intra et inter- familiale de l'information génétique, dans, La génétique humaine : de l'information à l'informatisation, dir. B.-M. Knoppers, L. Cadiet, C.-M. Laberge, Thémis Litec, 1992, p.255.

KESSLER D., Très petit dictionnaire d'économie de l'assurance, *Risques* n°1, 1990, p. 29.

KESSLER D., extrait de l'intervention au colloque « Hasard et nécessité » du 31 mars 1994, dans, Médecine prédictive. Les tests génétiques en question, *L'Ass. Franç.*, n°695, 15 au 30 avril 1994, p.319.

KULLMANN J., Le contrat d'assurance en droit français, dans, Encyclopédie de l'Assurance, dir. F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Economica, 1997, p. 921.

LABBEE X., Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine, *D.* 1999.437.

LABORDE J.-P., Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, *Dr. soc.* 1991.615.

LAIGRE Ph., La loi prévoyance, *Dr. soc.* 1990.370.

LAPOYADE DESCHAMPS C., Les médecins à l'épreuve, *RCA* 1997.chr.8.

LARDY-PELISSIER B., L'obligation de reclassement, *D.* 1998.399.

LARROUMET C., L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, *D.* 1999.33.

LE BRIS S., Prévention et conseil : programmes étatiques pour une politique en deux actes, dans, La génétique humaine : de l'information à l'informatisation, dir. B.-M. KNOPPERS, L. CADIET, C.-M. LABERGE, Thémis Litec, 1992, p.290.

LEGEAIS R., Les infractions d'homicide par imprudence et la conception jurisprudentielle de la causalité, dans, Droit pénal Contemporain. Mélanges en l'honneur d'A. Vitu, 1989, Cujas, p. 333.

LENOIR N., La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco du 11 novembre 1997, dans, Conseil d'Etat, Rapport public 1998 - Jurisprudence et avis de 1997- Réflexions sur le droit de la santé, Doc. Française 1998, p.339.

LEVENEUR L., Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation : la recherche de l'équilibre, *Contrat. conc. consom.* 1997.chr.5.

LOCHAK D., Réflexions sur la notion de discrimination, *Dr. soc.* 1987.778.

LOUISOT P., La protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN : le contrôle par la société, dans, La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant, Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences et la fondation Singer-Polignac, oct. 1995., p. 211.

LUCAS DE LEYSSAC C., L'obligation de renseignement dans les contrats, dans, L'information en Droit privé, Travaux de la Conférence d'agrégation, LGDJ 1978, p.305.

LUCIANI A.-M., La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital, *Les petites affiches,* 27 juin 1997, n°77, p. 17.

LYON-CAEN A., L'égalité et la loi en droit du travail, *Dr soc*.1990.68.

LYON-CAEN G., BAGUE A., MARTIN G., HERMITTE M.-A., Colloque du Génome humain : liberté et responsabilité, déc. 1992, Association Descartes.

LYON-CAEN G., Génétique et droit du travail, *RIDE* 1993-1.61.

LYON-CAEN G., Droit social, science, fausse-science, dans, Le génome et son double, dir. G. Huber, Hermès, 1996, p. 163.

MAISL H., La diffusion des données publiques ou le service public face au marché de l'information, *AJDA* 1994.355.

MALLET-POUJOL N., L'accès aux banques de données génétiques : perspectives juridiques, dans, La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant, Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences et la fondation Singer-Polignac oct 1995, p.167.

MALLET-POUJOL N., La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative, *D.I.T.* 1996/1.6.

MALLET-POUJOL N., Appropriation de l'information : l'éternelle chimère, *D.* 1997.330.

MARAIS A., PALSEUR S., PHILIPPERON M., La portée juridique de l'avis rendu par les comités consultatifs de protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, *Bull. de la conférence nationale des CCPPRB*, 1993.

MARTIN G., Tests génétiques et assurances, *RIDE* 1993/1, p.53 ; également dans, Le génome et son double, dir. G. Huber, Hermès 1996, p. 177.

MAZEAUD A., Le licenciement en cas de maladie prolongée ou d'inaptitude d'origine non professionnelle : la loi, le juge et les partenaires sociaux, *Dr. soc.* 1992.234.

MAZEAUD A., Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle, Rép. Trav. Dalloz, 1997.

MAZEAUD H., Essai de classification des obligations : Obligations contractuelles et extra-contractuelles ; « obligations déterminées » et « obligation générale de prudence et diligence », *RTDC* 1936.1

MAZEAUD H., La faute objective et la responsabilité sans faute, *D.* 1985.13.

MAZEN N.-J., Le secret des praticiens de la santé : mythe ou réalité ?, *Gaz. Pal.* 1975.2.468.

MAZEN N.-J., Problèmes juridiques liés aux applications médico-industrielles de la carte génétique humaine, *R.R.J.* 1991.365.

MAZEN N.-J., Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique, *Les petites affiches,* 14 décembre 1994, n°149, p. 70.

MAZIAU N., Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale à la française, *RDSS* 1999.469.

MEEUS A., De la notion et des limites de l'aléa susceptible d'être garanti dans les assurances de choses, de personnes et de responsabilité professionnelle, *RGAT* 1981.238.

MELLOTTEE R., Les états préexistants aux accidents du travail, *D.* 1973.173.

MEMETEAU G., Note sur le principe de proportionnalité en droit médical, *Méd. et Droit*, 1994, n°5, p.40.

MEMETEAU G., Devoir d'information, renversement de la charge de la preuve, *Méd. et Droit*, 1997, n°24, p. 6.

MEMETEAU G., Perte de chances et responsabilité médicale, *Gaz. Pal.* 1997.2.1367.

MILET L., La faute inexcusable de l'employeur, *RDPS* 1998.359.

MONTANIER J.-C., Les actes de la vie courante en matière d'incapacité, *JCP* 1982.I.3076.

MOREAU J.-P., Secret médical et assurance : un malaise qu'il importe de dissiper, *Risques* n°18, 1994.183.

NAYRAL de PUYBUSQUE, Prédispositions de la victime et partage de responsabilité, *Gaz. Pal* 1969.2.1

NAYRAL de PUYBUSQUE et MELENNEC, Suicide, traumatisme et prédispositions, *Gaz. Pal.* 1975. 2. 722.

NEIRINCK C., Le consentement à l'acte médical, dans, L'acte médical et les droits du malade, dir. C. Neirinck, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p.91.

NERSON R., l'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil, *RTDC* 1970.661.

NERSON R., Le respect par le médecin de la volonté du malade, dans, Mélanges dédiés à G. Marty, 1978, p.853.

NGUYEN THANH NHA J., L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité, *RTDC* 1976.1.

NICOLAS V., Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance, *RGDA* 1998.637.

NOIVILLE C., Pour une protection des collections scientifiques, *D.*1997.245.

PALEY-VINCENT C., La preuve de l'information donnée :quelle prévention ?, *Méd. et Droit*, 1997, n°24, p.24.

PANISSET I., Les obligations du médecin face au porteur en droit québécois, dans, La génétique humaine: de l'information à l'informatisation, dir. B.-M Knoppers, L. Cadiet, C.M. Laberge, Litec, 1992, p.229.

PEANO M.-A., Le juge pénal, prisonnier du droit commun (A propos de l'indemnisation du conducteur), *RCA* 1992.chr.38

PEANO M.-A., Le secret médical et les exigences de la preuve en matière d'assurance, *RCA* 1993.chr.34.

PELISSIER J., Inaptitude et modification d'emploi, *Dr. soc.* 1991.608.

PELTIER L., Le secret médical, *R.R.J.* 1995.827.

PENNEAU J., Médecine, Rép. civ. Dalloz, 1993.

PENNEAU J., Le cas particulier de la recherche médicale, dans, L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, dir. D. Truchet, Sirey, 1995, p. 45.

PENNEAU J., Les patients face au droit de la responsabilité médicale, *Gaz. Pal.* 1998.1.217.

PENNEAU J., Les modalités d'une loi organisant l'indemnisation des accidents médicaux même non fautifs, dans, L'indemnisation des accidents médicaux, dir. G. Viney, LGDJ 1998, p. 31.

PENNEAU J., Le consentement face au droit de la responsabilité médicale, *Gaz. Pal.* Janvier 1999, n° spécial sur le colloque du 28 mai 1998, Le consentement aux actes médicaux, p.8.

PENNEAU J., La faute médicale, *RCA* 1999, Hors série, juillet 1999, Droit de la responsabilité médicale. Dernières évolutions, p. 9.

PERREAU E.-H., Des droits de la personnalité, *RTDC* 1909.501.

PETAUTON P., L'opération d'assurance : définitions et principes, dans, Encyclopédie de l'Assurance, dir. F. Ewald et J.-H. Lorenzi, Economica, 1997, p. 427.

PHELIP B., Différentes voies d'approche de la brevetabilité. Le point de vue juridique, dans, La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant, Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences et la fondation Singer-Polignac oct. 1995, p.97.

PLANCQUEEL A., Obligations de moyens, obligations de résultat, (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution), *RTDC* 1972.334.

PORCHY S., Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, *D.* 1998.379.

PORTALIS J., Discours préliminaire sur le projet de Code civil (an XI), dans, P. A FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Tome I, Paris, 1827.

PORTES L., Du consentement du malade à l'acte médical, dans, A la recherche d'une éthique médicale, Masson PUF, 1954, p. 156.

PULL B., Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile, *D.*1984.58.

PULL B., Les caractères du fait non fautif de la victime, *D.* 1980.157.

RASSAT M.-L., La révélation médicale, *D.*1989.107.

RAY J.-E., Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles », *Dr. soc.* 1993.103.

RAYMOND B., Risques aggravés : malades, mais assurables, *L'Argus*, 25 novembre 1988, p.3050.

REMOND-GOUILLOUD M., Ressources naturelles et choses sans maître, *D.*1985.27.

RENAUD B., Le diagnostic postnatal de prédiction, dans, Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire, dir. de C. Labrusse-Riou, LGDJ, 1996, p. 75.

RENAUT M.-H., L'évolution de l'acte médical, *RDSS* 1999.45.

REYMOND F., La notion de domaine public mobilier, *RDP* 1960.49.

RIGAUX F, La liberté de la vie privée, *RIDC* 1991-3.539.

ROBERT J., La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit, *RDP* 1984.1255.

ROBERT J., La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit, dans, Actes du colloque Génétique, procréation et droit, Actes sud, 1985, p. 363.

SAINT-JOURS Y., Le remodelage des effets de la faute inexcusable en matière d'accidents du travail, *JCP* E.1987.II.14972.

SAINT-JOURS Y., La reconnaissance des maladies professionnelles depuis la loi n°93-121 du 27 janvier 1993 (une réforme en trompe-l'œil), *D.*1994.58.

SAINT-JOURS Y., Accidents du travail : l'enjeu de la présomption d'imputabilité, *D.* 1995.13.

SAINT-JOURS Y., Les cancers professionnels : identification, réparation, prévention, *Dr. soc.* 1995.520.

SARGOS P., Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale, *D.* 1996.365.

SARGOS P., L'obligation de loyauté de l'assureur et de l'assuré, *RGDA* 1997.988.

SARGOS P., Obligation de moyens et obligation de résultat. Bilan de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, *Méd. et Droit*, 1997, n°24, p. 2

SAVATIER E., Le principe indemnitaire à l'épreuve des jurisprudences civile et administrative, *JCP* 1999.I.125.

SAVATIER J., Le médecin du travail et le sort du salarié, *Dr. soc.* 1987.604.

SAVATIER J., Le droit aux indemnités de licenciement en cas de rupture du contrat provoquée par l'état de santé du travailleur, *Dr. soc.* 1991.109.

SAVATIER J., La protection des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi, *Dr. soc.* 1993.123.

SAVATIER J. L'obligation de reclassement des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi, dans, Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica, 1995, p. 387.

SAVATIER J., Les effets d'un avis d'inaptitude temporaire émis par le médecin du travail, *Dr. soc.*1997.243.

SAVATIER J., Médecine du travail, Rép.trav. Dalloz, 1998.

SAVATIER J., Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé, *RJS* 1998.707.

SAVATIER J., Le terme de la période de suspension du contrat de travail ouverte par des troubles de santé du travailleur, *Dr. soc.*1998.113.

SAVATIER J., Examen médical de reprise et obligation de reclassement de la victime d'un accident du travail, *Dr.soc.* 1999.8.

SAVATIER R., Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le « permis d'opérer» et les pratiques américaines, *D.*1952.157.

SAVATIER R., De sanguine jus, *D.* 1954.141.

SAVATIER R., Les contrats de conseil professionnel en droit privé, *D.*1972.137

STARCK B., La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle), *JCP* 1970.I.2339.

TERRE F., Préface, dans, Le suicide, dir. F. Terré, 1994, PUF, p. 11.

TEYSSIE B., Prolégomènes sur la médecine du travail, *Dr. soc.* 1987. 561.

THE (de) G., Prévention et santé, dans, *Risques*, n°4, janvier 1991, p. 185.

THOUVENIN D., La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ?, *Actes*, juin 1985, n°49/50.

THOUVENIN D., Consentement et assujettissement, dans, Vers un anti-destin? Patrimoine génétique et droits de l'humanité, Odile Jacob, 1992, p. 471.

THOUVENIN D., Les Lois n°94-548 du 1er juillet 1994, n°94-653 et n°94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique, *ALD* 1995.comm. légis.151.

THOUVENIN D., Les règles juridiques applicables à l'activité de conseil génétique, dans, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, INSERM, 1998, p.207

TRICLIN A., La couverture maladie universelle, *TPS* 1999.chr.18

TROCHU M., L'impuissance, *D.* 1965.153

TRUNK S., Le défi des maladies redoutées, *L'Argus*, 4 juin 1993, p. 23.

TUNC A., La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, *JCP* 1945.I.449.

TUNC A., La responsabilité civile, Actes du 2e congrès international de morale médicale, Paris, 1966, Tome I, p. 23.

TUNC A., Accidents de la circulation : faute ou risque, *D.* 1982.103.

VACARIE I., Travail et santé : un tournant, dans, Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz 1989, p. 331.

VACARIE I., Examens génétiques et médecine prédictive, *RDSS* 1993. 429.

VAN DAMME K. et CASTELEYN L. La susceptibilité individuelle et la prévention des maladies professionnelles, *Méd. du travail et ergonomie,* 1997, Vol. 34, n°1, p.11.

VASSEUR M., Urgence et droit civil, *RTDC* 1954. 406.

VERDOT R. et HEBRAUD P., Acte, Rep. civ. Dalloz, 1970.

VERDOT R., De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et des actes de « disposition », *RTDC* 1968.449.

VINCENT P., Hygiène et sécurité du travail. Principes généraux, Juris-cl. Travail, fasc. 33-10, 1998.

VINEY G., La faute de la victime d'un accident corporel : le présent et l'avenir, *JCP* 1984.I.3155.

VINEY G.. et JOURDAIN P., L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? (A propos de Cass. 1re civ., 7 janv. et 25 fév. 1997), *JCP* 1997.I.4016.

VINEY G.., Remarques sur la distinction entre la faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde, *D.* 1975.263.

VIVANT M., La notion juridique de brevet, dans, Le génome et son double, dir. G. Huber, éd. Hermes 1996, p.147.

VIVANT M., La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (A propos de l'arrêt Magill de la Cour de Justice), *JCP* 1995.I.3883.

VIVANT M., Recueils, bases, banques de données, compilations, collections...: L'introuvable notion ? A propos et au-delà de la proposition de directive européenne, *D.*1995.197.

VOIRIN P., Le certificat d'examen médical prénuptial, *JCP* 1943.I.322.

WEBER A., La protection des bases de données : études de la proposition de directive du Conseil et premières interrogations, *Gaz. Pal.* 1993.2.1271.

III SCIENCES, BIOETHIQUE, ACTUALITES

ALBY N., Dimensions psychologiques des consultations d'oncogénétique, dans, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ? INSERM, 1998 , p.245.

ANDRE C., « Médecine de prévision appliquée au travail », prévention et plan de recherche à moyen terme de l'INRS, INRS, *doc. pour le méd. du travail*, 1998, n°73, p. 3.

BENKIMOUN P., Le gouvernement améliore le système de la déclaration obligatoire par le VIH. L'anonymat devrait être mieux garanti, *Le Monde*, 7-8 novembre 1999, p. 11.

BERNOT A, L'analyse des génomes, Cartographie, séquençage, identification des gènes, Nathan, 1996.

BERNOT A. et ALIBERT O, La naissance de la biologie moléculaire, http:// genoscope.cns.fr/externe/HistoireBM/.

BONAITI-PELLIE C., ESSIOUX L., STOPPA-LYONNET D., FEINGOLD J., Epidémiologie génétique et modèles de prédisposition, dans, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ? INSERM, 1998, p.93.

BONAITI-PELLIE C., Les récentes découvertes de gènes de cancer : quelles conséquences en santé publique ?, *Rev. Epidém. et Santé Publi*, 1995, vol. 43, n°2, 105-106.

BREMOND A., Prévention et dépistage : le cancer du sein, et , Dépistage des cancers de l'ovaire, dans, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, INSERM, 1998, p. 473 et p.495.

BURSAUX E., La France veut combler son retard dans les sciences du vivant, et, L'Etat va consacrer 1,5 milliard de francs en quatre ans aux sciences du vivant, *Le Monde*, 9 juillet 1999, p. 8.

CCNE, Exemples de dépistages génétiques, dans, *Les cahiers du CCNE,* n°6, janvier 1996, annexe, p. 36.

COHEN D., Les gènes de l'espoir, A la découverte du génome humain, Robert Laffont, 1993.

COHEN D., *Le Monde,* 23 novembre 1999, p. 16.

DAUSSET J., Qu'est-ce que la médecine prédictive, *Les cahiers du M.U.R.S.*, n°4, 1985, p. 11.

DAUSSET J., Le diagnostic de susceptibilité, dans, Actes du colloque Génétique, procréation et droit, Actes sud, 1985, p. 413.

DAUSSET J., La Bio-éthique et la Médecine Prédictive, *Bio-éthique*, vol.2, n°3, 1991, p.144.

DAUSSET J., Des questions pour le présent et le futur, dans, Le génome humain, une responsabilité scientifique et sociale, dir. M.-J. Mélançon et R.-D. Lambert, Presses de l'Université de Laval, 1992, p.37

DOMART A. et BOURNEUF J. (dir.), Nouveau Larousse médical, 1993.

DUMONT-DAMIEN E. et DUYME M., Génétique et Alcoolisme, INSERM, 1993.

ESPIE M., Les marqueurs tumoraux dans le cadre du dépistage du cancer de l'ovaire, dans, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, INSERM, 1998, p.379.

FEINGOLD J, et FEINGOLD N., L'hérédité des maladies humaines, dans, La recherche sur la génétique et l'hérédité, Seuil, La Recherche, 1985, p. 159.

FEINGOLD J., Génétique des maladies communes, *Méd. de l'Homme,* n°208, 1993, p. 28.

FREYER G., Etude de l'impact psycho-social du dépistage de prédisposition au cancer médullaire de la thyroïde : une approche de la « familialité », Mémoire de DEA d'éthique médicale et de biologie, Paris V, 1997.

GOLBERG M., L'épidémiologie sans peine, éd. Frison-Roche, 1995.

GOMEZ M., Les lois de bioéthique attendront jusqu'en 2001, *La Croix,* 17 novembre 1999.

GROS F., Regard sur la biologie contemporaine, Gallimard, 1993.

HADJIMINAS M., L'expérience chypriote : dépister pour combattre une maladie génétique grave, dans, Ethique et génétique humaine, Actes du 2e Symposium du Conseil de l'Europe sur la Bioéthique, Strasbourg, 30 novembre-2 décembre 1993, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1994, p.29.

HAMBURGER J., Les belles imprudences, Réflexion sur la condition humaine, Odile Jacob, 1991.

HELENE C, Les structures de l'ADN, dans, La recherche sur la génétique et l'hérédité, Seuil, La Recherche, 1985, p. 43.

HENRION R., Le diagnostic prénatal. Le point de vue du clinicien, dans, Actes du colloque : Génétique, procréation et droit, Actes sud, 1985, p.417.

JACOB F., Le jeu des possibles : essai sur la diversité du vivant, Fayard, 1983.

JORDAN B., Voyage autour du génome. Le tour du monde en 80 labos, *INSERM*, 1993.

JORDAN B., Génétique & Génome. La fin de l'innocence, Flammarion 1996.

JULIAN-REYNIER C., EISINGER F., SOBOL H., Risques génétique et prévention des cancers sein-ovaire : impact psycho-social et de santé publique, dans, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, *INSERM*, 1998, p .273.

KAHN A., La thérapie génique, dans, N. LENOIR, Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française, Tome 2, 1991, Doc. Française, p.161.

KAHN A., Tests génétiques et assurance, *Risques* n°18, 1994, p.95.

KAHN A., La recherche en génétique : collecte et conservation d'échantillons biologiques et de données, dans, CCNE, Génétique et médecine, de la prédiction à la prévention, Doc. Française, 1997, p.105.

KAHN A., Les progrès de la génétique. Risques et opportunité, peurs et espoirs, *Futuribles* n°223, septembre 1997, p. 5.

KAHN A., Génétique, médecine et société, *ENA Mensuel,* octobre 1998, n°285, p. 16.

KAPLAN, J.-C., La médecine prédictive post-natale, dans, Aux frontières de la vie : paroles d'éthique, Rapport au Premier ministre de N. Lenoir et B. Sturlèse, Tome II, Doc. Française, 1991, p. 171.

NAU J.-Y, Les assureurs français renoncent pour cinq ans aux tests génétiques, Le Monde, 1er avril 1999, p.11.

NAU J-Y., Dix grands laboratoires investissent dans le génome, *Le Monde,* 18-19 avril 1999, p.15.

ROSA J., Diagnostic prénatal, dans, Actes du colloque : Génétique, procréation et droit, Actes sud, 1985, p.405.

RUFFIE J., La médecine prédictive : de la notion de « terrain » à l'immunogénétique, *Les cahiers du Mouvement Universel de la Responsabilité Scientifique (M.U.R.S.),* n°4, 1985, p. 3.

RUFFIE J., La médecine prédictive, *Bio-éthique*, vol.2, n°3, mai-juin 1991, p. 132.

RUFFIE J., Naissance de la médecine prédictive, *Risques* n°13, 1993, p. 127.

RUFFIE J., Naissance de la médecine prédictive, Odile Jacob, 1993.

SERRE J.-L et FEINGOLD J, Génétique humaine, De la transmission des caractères à l'analyse de l'ADN, Inserm Nathan, 1995.

SMYLY R., La première ébauche du génome humain sera formulée début 2000*, Le Monde,* 3 décembre 1999, p. 27.

SOBOL H., JACQUEMIER J., STOPPA-LYONNET D., EISINGER F., BIRNBAUM D., Caractéristiques des cancers du sein héréditaires liés aux gènes BCRA1 et BCRA2 : aspects moléculaires et morphologiques, dans, Risques héréditaires de cancers du sein et de l'ovaire. Quelle prise en charge ?, INSERM, 1998, 117.

TERRENOIRE G., Médecine préventive, l'épreuve de l'expérience : dépistage présymptomatique de la maladie de Huntington, *Sciences sociales et Santé,* vol. XI, n°3 et 4, octobre 1993.

THEBAUD-MONDY A., Vers la sélection génétique des travailleurs ?, *Le Monde diplomatique*, avril 1999, p. 23.

THOMAS G., Dix ans de recherche sur les prédispositions génétiques au développement des tumeurs*, Médecine/sciences,* 1995, n°3, vol. 11, p. 336-348.

WEISSENBACH J., Données de séquences, dans, ACADEMIE DES SCIENCES, Développements et applications de la génomique. L'après-génome, Rapport sur la science et la technologie, n°1, 1999, éd. Tec&Doc, p.83.

ZEYN L., Biotechnologies : l'irrésistible ascension des biopuces, *Les Echos*, 18 octobre 1999.

IV- NOTES, CONCLUSIONS, RAPPORT

A.C, note Paris, 1er mars 1974, *JCP* 1975.II.17922.

ADOM K., note Cass. soc., 7 octobre 1997, *D.* 1999.310.

AGOSTINI E., note Cass. civ. 1re, 3 mars 1987 et 31 mars 1987, *JCP*.1988.II.21000.

ALLOITEAU S., note C.E., 14 février 1997, *Les petites affiches*, 28 mai 1997, n°64, p. 23.

ALLOITEAU S., note C.E., 3 novembre 1997, *Les petites affiches*, 28 janvier 1998, n°12, p. 20.

ALMERA J.-P., obs. Cass. crim., 6 juin 1972, *Concours médical*, 1973.1285.

AUBERT J.-L., note Cass. civ. 1re, 10 février 1972, *D.* 1972.709.

AUBERT J.-L., note Cass. civ. 1re, 12 juin 1974, *D.* 1975. 173.

AUBERT J.-L., note Cass. civ. 1re, 17 novembre 1987, *RGAT* 1988.82.

AUBERT J.-L., note Cass. civ.1re, 8 novembre 1988, *RGAT* 1989.99.

AUBERT J.-L., note Cass. civ. 1re, 18 janvier 1989, *RGAT* 1989.404.

AUBERT J.-L., note Cass. civ. 1re, 14 février 1989, *RGAT* 1989.402.

AUBERT J.-L., note Cass. civ. 1re, 18 avril 1989, *RGAT* 1989.626.

AUBERT J.-L., obs. sous Cass. civ. 1re, 13 décembre 1989, *Defrénois* 1990.743.

AUBERT J.-L., obs. Cass. civ. 2e, 21 juillet 1992, *D.* 1993.somm. 212.

AUBERT J.-L., obs. Cass. civ. 1re, 25 février 1997, *Defrénois* 1997.751.

AUBERT J.-L., note Cass. civ. 1re, 13 mai 1997, *D.*1997.351.

AUBY J.-M., note C.E., 18 mars 1983, *JCP* 1983.II.20111.

AUBY J-M et WALINE J. , notes C.E., 14 février 1997, *RDP* 1997.1139.

AUBY J-M, note *C.E.*, 3 novembre 1997, *RDP.* 1998.891.

AUSSEL J.-M., note Trib. corr. de Nantes, 12 novembre 1956, *JCP* 1957.II.10041.

AYNES L., note Cass. civ. 1re, 15 novembre 1989, *RGAT* 1990.170.

AZIBERT G., obs. Cass. crim., 8 janvier 1991, *D.* 1991.somm.271.

BACQUET A., concl. C.E. 1er février 1980, *Dr. soc.* 1980.310.

BADINTER R., note Cass. soc. 31 janvier 1963 et Cass. civ. 1re, 12 février 1963, *D.*1963.471.

BARBIER P., note sous T.G.I. Paris, 6 novembre 1973, *Gaz. Pal.* 1974.1.299.

BARBIERI J.-F., note Cass. civ. 1re, 25 juin 1991, *JCP* 1992.II.21784.

BAUDOIN, concl. Cass. civ., 6 avril 1903, *D.P.* 1904.1.395.

BAZEX M., note Cass. com., 12 décembre 1995, *AJDA* 1996.131.

BECQUE E., note Cass. com., 19 juin 1951, *JCP* 1951.II.6426.

BEIGNIER B., note TGI Paris, 13 janvier 1997, *D.* 1997.255.

BEIGNIER B., note Paris, 6 mai et 2 juillet 1997, *D.*1997.596.

BEIGNIER B., note Paris, 24 février 1998, *D.* 1998.225.

BEIGNIER B., note Cass. crim., 20 octobre 1998, *D.* 1999.106.

BERNARD J., communication, Ass. Plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991.II.21752.

BERR C. J., obs. Cass. civ. 1re, 9 juin 1998, *D.* 1999.somm.228.

BESSON A., note Ch. Réunies, 15 juillet 1941, *RGAT* 1941.468.

BESSON A., note Cass. sect. civ., 26 janvier 1948, *RGAT.*1948.45.

BESSON A., note Cass. 1re sect. civ., 2 nov. 1954, *RGAT.*1955.37.

BESSON A., note Cass. ch. Mixte, 28 janvier 1972, *RGAT* 1972.227.

BESSON A., note Cass. civ. 1re, 20 février 1973, *RGAT* 1973.523.

BESSON A., note Cass. civ. 1re, 12 juin 1974, *RGAT* 1975.213.

BESSON A., note TGI Paris, 7 décembre 1977, *RGAT* 1979.215.

BESSON A., note Cass. civ. 1re, 15 et 22 octobre 1980, *RGAT* 1981.51.

BIGOT C., obs. TGI Paris, 13 janvier 1997 et Paris, 6 mai 1997, *D.* 1998.somm.87.

BIGOT J., note Cass. civ. 1re, 20 octobre 1971, *RGAT* 1972.397.

BIGOT J., note Cass. civ. 1re, 30 novembre 1971, *RGAT* 1972. 411.

BIGOT J., note Cass. civ. 1re, 5 juillet 1977, *RGAT* 1978.549.

BIGOT J., note Cass. civ. 1re, 15 et 22 octobre 1980, *JCP* 1981.II.19611.

BIGOT J., comm., Commission des clauses abusives, recomm. n°85-04, 20 septembre 1985, Contrats multirisques habitation, *RGAT* 1986.9.

BIGOT J., note Cass. civ. 1re, 18 janvier 1989, *RGAT* 1989.309.

BIGOT J., note Cass. civ. 1re, 25 janvier 1989, *RGAT* 1989.312.

BIGOT J., note TGI Paris, 18 décembre 1989, *RGAT* 1991.140.

BIGOT J., note sous Cass. civ. 1re, 17 et 10 décembre 1991, *RGAT* 1992. 366.

BIGOT J., note TGI Paris, 1er juin 1995, *RGAT* 1995.634.

BLAEVOET C., note C.E. Sect., 19 octobre 1956, *JCP* 1957.II.9765.

BLAEVOET C., note Orléans, 18 décembre 1967, *Gaz. Pal.* 1968.1.262.

BLAISE H., obs. Cass. soc., 10 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996.976.

BLARY-CLEMENT E., obs. Bordeaux, 7 juin 1994, *D.* 1996.somm.64.

BON P. et MODERNE F., obs. C.E., Ass. 2 juillet 1982, *D.* 1984.IR.21.

BON P. et TERNEYRE P., obs. C.E., 27 septembre 1989, *D.*1990.somm. 298.

BON P. et TERNEYRE P., obs. C.E., 9 avril 1993, *D.*1994.somm.65.

BON P. et BECHILLON D., obs. C.E., 14 février 1997, *D.* 1999.somm. 60.
BON P. et BECHILLON D., obs. C.E., 3 novembre 1997, *D.* 1999.somm.45.
BONJEAN B., note Cass. crim., 15 mars 1977, *JCP* 1979.II.19148.
BONNEAU J., note C.E., 9 avril 1993, *Gaz. Pal.* 1993.2.443.
BONNEAU J., note TGI Paris, 5 mai 1997, *Gaz. Pal.* 1998.1.somm.223.
BONNEAU J., note C.E., 3 novembre 1997, *Gaz. Pal.* 1998.1.1.
BONNECHERE M., note Cass. soc., 29 novembre 1989, *Dr. Ouvrier* 1990.391.
BOSSU B., note Paris, 6 décembre 1994, *Dr. soc.*1995.983.
BOSSU B., note Cass. soc., 10 décembre 1997, *Dr. soc.* 1998.130.
BOURGAULT-COUDEVYLLE D., note Cass. crim., 4 février 1998, *D.* 1999. 445.
BOURGEOT S., rapp. Cass. soc., 13 janvier 1998, *RJS* 1998.87.
BOUSEZ F., obs. Cass. soc., 16 juillet 1998, *JCP* 1999.I.183.
BOUVIER F., note Cass. civ. 1re, 29 mai 1984, *D.* 1985.281.
BOUZAT P., note Rennes, 25 février 1957, *D.* 1957. 338.
BOUZAT P., note Colmar, 6 décembre 1957, *D.* 1957.357.
BOY L., note TGI Paris, 20 octobre 1997, *D.* 1998.558.
BOY L., note Paris, 15 janvier 1999, *JCP* 1999.II.10068.
BOYON M., concl. C.E., 6 juillet 1984, *Dr. soc.* 1985.57.
BRETON A., note Cass. civ., 20 mai 1936, *S.* 1937.I.321.
BRETON A., note Lyon, 28 mai 1956, *D.* 1956.646.
BRETON A., obs. Cass. civ. 2e, 12 décembre 1979, *D.* 1981.IR.76.
BRIERE de L'ISLE G., note Cass. civ. 1re, 25 mars et 7 mai 1980, *D.* 1981.21.
BROUSSE P., note Paris, 18 mars 1993, *D.I.T.*1993/1.28.
BRUGUIERE J.-M., note Cass. com., 12 décembre 1995, *D.I.T.*1995/4.18.
BRUNET J.-P., note Ass. Plén., 27 novembre 1970, *JCP* 1972.II.17063.
BYK C., obs. Cass. civ. 2e, 19 mars 1997, *JCP* 1998.I.139, n°2.
CABANNES J., concl. Ass. Plén., 9 mai 1984, *D.* 1984.525
CABANNES J., concl. Ass. Plén., 7 mars 1986, *D.* 1986.405.
CABANNES J., concl. Ass. Plén., 30 oct. 1987, *D.* 1988.21 ; *RIDA* 1988, janv. 1988, p. 78.
CARBONNIER J., note Trib. corr. Grasse, 8 février 1950, *D.*1950.714.
CARBONNIER J., note Paris, 7 juin 1952, *JCP* 1952.II.7210.
CATALA N., note Cass. soc., 14 juin 1972, *D.*1973.114.
CAYLA J.-S., obs. C.E., 14 février 1997, *RDSS* 1997.255.
CAYLA J.-S, obs. , CAA Paris, 9 juin 1998, *RDSS* 1999.36.
CHABAS F., note Paris, 28 février 1992, *Gaz. Pal.* 1992.1.539.
CHABAS F., note Lyon, 8 janvier 1981, *JCP* 1981.II.19699.
CHABAS F., note Aix-en- Provence, 16 avril 1981, *JCP* 1983.II. 19922.
CHABAS F., note Cass. civ. 2e, 21 juillet 1982, *JCP* 1982.II.19861.
CHABAS F., note Cass. civ. 2e, 20 juillet 1983, *Gaz. Pal.* 1984.1.panor.63.
CHABAS F., note Ass. Plén., 9 mai 1984, *D.* 1984.525.
CHABAS F., note Cass. civ. 1re, 11 février 1986 *Gaz. Pal.* 1986.1. pan. juri. 90.
CHABAS F., obs. Cass. civ.1re, 25 juin 1991, *Gaz. Pal.* 1992.2. somm.285.
CHABAS F., obs. Cass. civ. 1 re, 16 juillet 1991, *Gaz. Pal.* 1992.2.somm .152.
CHABAS F., obs. Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *Gaz. Pal.* 1997.2.somm.383.

CHABAS F., note Ass. Plén., 10 novembre 1995, *Gaz. Pal.* 1997.1.82.

CHAPUISAT F., note Cass. civ. 1re, 25 janvier 1989, *RGAT* 1989.344.

CHARBONNIER L., concl. Cass. civ. 2e, 21 juillet 1982, *D.* 1982.449 ; *Gaz. Pal.* 1982.2.391.

CHARDIN F., note Cass. civ. 1re, 6 janvier 1994, *RGAT* 1994. 474.

CHARDIN F., note Cass. civ. 1re, 7 octobre 1995, *RGDA* 1996.289.

CHARTIER Y., rapp., Ass. Plén., 31 mai 1991, *D.*1991.417.

CHARTIER Y. rapp., Ass. Plén., 10 novembre 1995, *D.* 1995.633.

CHARTIER Y., note Cass. civ. 2e, 20 juillet 1993, *D.* 1993.526.

CHAUMETTE P., note Cass. soc., 7 avril 1987, *JCP* éd. E.1987. II.14981.

CHAUVAUX D. et GIRARDOT T.-X., chr. C.E.., 14 février 1997, *AJDA* 1997.430.

CHAUVY Y, concl. Cass. soc., 20 mars 1996 *RJS* 1996. 319.

CHAUVY Y, concl. Cass. soc., 12 novembre 1997, *Dr. soc.* 1998.20.

CHRESTIA Ph., note C.E., 3 novembre 1997, *D.*1998.146.

CLEMENT C., note C.E., 3 novembre 1997, *RDSS* 1998.519.

CLEMENT C., note Cass. civ. 1re, 29 juin 1999, *Les petites Affiches,* 2 septembre 1999, n°175, p. 12.

CLERGERIE J.-L., note C.J.C.E., 5 octobre 1994, *D.* 1995.421.

COHEN-DONSIMONI V., note Aix-en-Provence, 8 novembre 1995, *JCP* éd.E. 1996.II.859.

COLOMBET C., obs. Cass. civ. 1re, 9 novembre 1983, *D.*1984.IR.290.

COLOMBET C., obs. Cass. civ. 1re, 2 mai 1989, *D.*1990. somm.49.

COLOMBET C., obs. Cass. civ. 1re, 30 juin 1998, *D.* 1999.somm.63.

COLOMBET C., obs. Paris, 2 octobre 1998, *D.* 1999.somm.64.

COMBALDIEU R., rapp. Cass. crim., 22 décembre 1966, *D.*1967.122.

COMBARNOUS M. et GALABERT J.-M., chr., C.E., 22 avril 1960, *AJDA* 1960.78.

CORNU G., note Cass. crim., 10 juillet 1952, *JCP* 1952.II.7272.

CORNU G., note Trib. civ. Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, *D.* 1959.495.

CORRIGNAN-CARSIN D., note Cass. soc., 7 mai 1996, *JCP* 1996.II.22688.

COURBE P., note Cass. civ. 1re, 17 janvier 1978, *JCP* 1979.II.19175.

COUTURIER G., obs. Cass. soc., 19 novembre 1996, *Dr. soc.* 1997.95.

COUTURIER J.-P., note Cass. civ. 1re, 7 juin 1989, *D.* 1991.158.

CROISIER-NERAC R., note Cass. crim., 8 janvier 1991 *D.* 1992.115.

D. B., note CA Paris, 15 février 1957, *JCP* 1958.II.10418.

DAEL, concl. C.E., 9 avril 1993, *Rec. C.E.* 127 ; *RFDA* 1993.573.

DAGORNE-LABBEE Y., note Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *Les petites affiches,* 6 décembre 1996, n°147, p. 22.

DAGOT M., note Cass. civ. 1re, 10 février 1972, *JCP* 1972.I.17201.

DARCY G., note Trib. adm. Strasbourg, 17 juillet 1990, *AJDA* 1991.217.

DECOOPMAN N., note Cass. soc., 29 novembre 1990, *D.* 1991.339.

DEJEAN de la BATIE N, note Cass. civ. 2e, 17 décembre 1963, *JCP* 1965.II.14075.

DEJEAN de la BATIE N, note Cass. civ. 2e, 13 mai 1969, *JCP* 1970.II.16470.

DEJEAN de la BATIE N., note Cass. civ. 2e, 13 janvier 1982, *JCP* 1983.II.20025.

DENIS-CHAUBET I., note Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, *JCP* 1999.II.10122.

DENIS-LINTON M., concl. C.E., 10 juillet 1996, *RFDA* 1997.115.

DERIEUX E., note TGI Paris, 23 octobre 1996, *JCP* 1997.II.22844.

DERIEUX E., note Paris, 27 mai 1997, *JCP* 1997.II.22894.

DESBOIS H., note Trib. civ. de la Seine, 16 mai 1935, *D.P.* 1936.II.9.

DESBOIS H., obs. Trib. civ. Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, *RTDC* 1960.87.

DESBOIS H., obs. Cass. civ. 2e, 16 décembre 1963, *RTDC* 1964.533.

DESWARTE P.-M., note C.E., 27 septembre 1989, *RFDA* 1991.325.

DOLL P.-J., note Cass. soc., 1er mars 1972 *Gaz. Pal.* 1973.1.22.

DOLL P.-J., note Cass. civ. 1re, 23 mai 1973, *Gaz. Pal.* 1973.2.885.

DONTENWILLE H., concl. Ass. Plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991.II.21752.

DORSNER-DOLIVET A., note Nancy, Ch. des mineurs, 3 décembre 1982, *Gaz. Pal.* 1984.1.132.

DORSNER-DOLIVET A., note Cass. civ. 1re, 11 février 1986, *JCP* 1987.II.20775.

DORSNER-DOLIVET A., note Cass. civ. 1re, 11 octobre 1988, *JCP* 1989.II.21358.

DORSNER-DOLIVET A., note Cass. civ. 1re, 16 juillet 1991, *JCP* 1992.II. 21947.

DORSNER-DOLIVET A., note Cass. civ. 1 re, 14 janvier 1992 ; *JCP* 1993.II.21996.

DOUCET J.-P., obs. Cass. crim., 31 mars 1992, *Gaz. Pal.* 1992. 2. somm.357

DOUCET J.-P., obs. Cass. crim., 6 juillet 1993, *Gaz. Pal.* 1993.2. somm.468.

DOUCET J.-P., obs., Cass. crim., 26 avril 1994, *Gaz. Pal.* 1994.2.somm. 411.

DUBAELE T., note Bordeaux, 4 décembre 1991, *D.*1993.129.

DUBOEUF-HILD V., obs. Cass. soc, 13 janvier 1998, *JCP* 1998.I.161.

DUBOEUF-HILD V., obs. Cass. soc., 25 février 1998, *JCP* 1999.I.107.

DUBOEUF-HILD V., obs. Cass. soc., 15 juillet 1998, *JCP* 1999.I.181.

DUBOEUF-HILD V., obs. Cass. soc., 10 novembre 1998 *JCP* 1999.I.181.

DUBOUIS L., obs., C.E., 6 mars 1981, *RDSS* 1981.413.

DUBOUIS L., note TGI Colmar, 25 octobre 1989 et TGI Montpellier, 15 décembre 1989, *RDSS* 1991.29.

DUBOUIS L., note C.E., 29 juillet 1994, *RDSS* 1995.57.

DUBOUIS L., obs. Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *RDSS* 1999.506.

DUFAU J., note C.E. 16 novembre 1962, *JCP* 1963.II.13395.

DUFAU J., note Cass. civ. 1re, 2 avril 1963, *AJDA* 1963.II.487.

DUPEYROUX J.-J., note Cass. soc., 5 mars 1970, *D.* 1970.621.

DUPIN concl., Ch. Réunies, 24 avril 1862, *S.* 1862.1.342.

DUQUESNE F., note Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *D.* 1996.602.

DURRY G., obs. Cass. civ. 2e, 19 juillet 1966 *RTDC* 1967.154.

DURRY G., obs. Cass. crim., 25 avril 1967, *RTDC* 1967. 822.

DURRY G., obs. Poitiers, 17 décembre 1968, *RTDC* 1969.794.

DURRY G., obs. Cass. civ. 1re, 13 mai 1969, *RTDC* 1970.174.

DURRY G., obs. Cass. civ. 1re, 17 novembre 1969, *RTDC* 1970.580.

DURRY G., obs. Ass. Plén., 27 novembre 1970, *RTDC* 1971.658.

DURRY G., obs. Rouen, 17 décembre 1970, *RTDC* 1971.861.

DURRY G., obs. Cass. ch. mixte, 28 janvier 1972, *RTDC* 1972.406.

DURRY G., obs. Cass. com., 14 février 1973, *RTDC* 1973.578.

DURRY G., obs. Cass. civ. 1re, 20 février 1973, *RTDC* 1974.414.

DURRY G., obs. Cass. civ. 1re, 23 mai 1973, *RTDC* 1974.618.

DURRY G., obs. Cass. civ. 1re, 4 janvier 1974, *RTDC* 1974.822.

DURRY G., obs. Cass. civ. 1re, 7 juin 1974 et 12 juin 1974, *RTDC* 1975.120.

DURRY G., obs. Cass. crim., 30 octobre 1974, *RTDC* 1975.107 et 712.

DURRY G., obs. Cass. civ. 1re, 15 et 22 octobre 1980, *RDI* 1981.523.

DURRY G., obs. Cass. civ. 2e, 21 juillet 1982, *RTDC* 1982.606.

E.P., note Cass. civ., 20 mai 1936, *D.P.* 1936.I.88.

EDELMAN B., note Cass. civ. 1re, 30 novembre 1983, *D.* 1984.165.

EDELMAN, note Ass. Plén., 7 mars 1986, *D.* 1986.405.

EDELMAN B., note Paris, 25 mai 1988, *D.* 1988.542.

EDELMAN B., note T.G.I Paris, 1er février 1995, *D.* 1995.569.

EDELMAN B., note Paris, 2 octobre 1998, *D.* 1998.312.

ESMEIN A., note Cass. civ., 16 juin 1896, *S.* 1897.1.17.

ESMEIN P., note Cass. civ., 27 octobre 1948, *JCP* 1949.II.4793.

ESMEIN P., note Cass. civ. 2e, 13 mars 1957, *JCP* 1957.II.10084.

ESMEIN P., note Cass. civ. 1re, 6 octobre 1964, *D.* 1965.21.

FAVRE-ROCHEX A., note Cass. civ. 1re, 9 décembre 1992, *RGAT* 1993.324.

FAVRE-ROCHEX A., note Cass. civ. 1re, 20 janvier 1993, *RGAT* 1993.328.

FAVRE-ROCHEX A., note Cass. civ. 1re, 3 février 1993, *RGAT* 1993.325.

FAVRE-ROCHEX A., note Cass. civ. 1re, 9 juin 1993, *RGAT* 1993.856.

FAVRE-ROCHEX A., note Cass. civ. 1re, 23 juin 1993, *RGAT* 1993. 859.

FAVRE-ROCHEX A., note Cass. civ. 1re, 16 février 1994, *RGAT* 1994. 466.

FAVRE-ROCHEX A., note Cass. civ. 1re, 7 juillet 1998, *RGDA* 1998.753.

FEDOU, rapp. Ass. Plén., 9 mai 1984, *JCP* 1984.II.20291.

FENAUX H., note Cass. crim., 5 juin 1985, *D.*1988.106.

FLIPO F., concl. Cass. civ 1re, 21 mai 1990, *JCP* 1990.II.21588.

FONLLADOSA L., note Cass. civ. 1re, 31 mars 1998, *RGDA* 1998.301.

FORGES (de) J.-M., note C.E. Ass., 22 janvier 1982, *RDSS* 1982.278.

FORNACCIARI concl. C.E., 27 septembre 1989, *Gaz. Pal.* 1990.2.421.

FORT-CARDON E., note C.E., 17 février 1988, *JCP* 1990.II.21421.

FOURNIER J. et BRAIBANT G., chr. C.E. Sect. 19 octobre 1956, *AJDA* 1956.II.488.

FRANCK, concl. Cass. soc. 7 avril 1987, *Dr. soc.* 1987.432.

FRANÇON A., note Cass. civ. 1re, 9 novembre 1983, *JCP* 1984.II.20189.

FRANÇON A., obs. Ass. Plén., 30 oct. 1988, *RTDCom* 1988.57.

FRANÇON A., note Cass. civ. 1re, 2 mai 1989, *RTDCom* 1989.675.

G.D., note Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *Dossier juridique et technique de l'Argus*, 30 octobre 1998, p.VII.

GALLOUX J.-C., note Office européen des Brevets, 8 décembre 1994, *D.* 1996.44.

GARE T., obs. Bordeaux, 1er octobre 1991, *JCP* 1992.I.3593.

GARE T., note C.E.D.H., 25 mars 1992, *JCP* 1992.II.21955.

GAUMONT-PRAT H., obs. CCNE, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche, rapport et recommandations, 12 juin 1998 , *D.* 1999.somm.346.

GAUMONT-PRAT H., obs. CCNE, Réexamen des lois de bioéthique, 25 juin 1998, *D.* 1999.somm.343.

GAUMONT-PRAT H., obs. COMMISSION EUROPENNE, Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies, Avis relatif aux aspects éthiques des banques de tissus humains, 21 juillet 1998, *D.* 1999.somm.344.

GAZIER, concl. C.E., 12 avril 1957, *D.* 1957.336.

GEFFROY C., note Trib. inst. de Brest, 25 avril 1978, *D.*1978.697.

GERVESIE P., note Lyon 17 novembre 1952 : *D*.1953.253.

GIRARDOT T-X. et RAYNAUD F., C.E., 3 novembre 1997, *AJDA* chr. 1997.959.

GODARD O., note Cass. soc., 11 décembre 1986, *JCP* 1987.II.20807.

GODARD O., note Cass. soc., 14 juin 1990 et 17 mai 1990, *JCP* E 1990.II.15866.

GOGUEY A., note Dijon, 2 avril 1987, *Gaz. Pal.* 1987.2.601.

GREFFE F., note Cass. civ. 1re, 11 février 1997, *D.* 1998.290.

GRIDEL J.-P., note TGI Montpellier, 15 décembre 1989, *JCP* 1990.II.21556.

GROUTEL H., note Cass. civ. 1re, 2 juillet 1985, *D.* 1986.509.

GROUTEL H., obs. Cass. civ. 1re, 13 mai 1997, *RCA* 1997.comm.319.

GUIGUE J., obs. TGI Montpellier, 15 décembre 1989, *Gaz. Pal.* 1994.1.somm. 211.

GUIGUE J., note TGI de Paris, 17 janvier 1994, *Gaz. Pal.* 1994.1.152,.

GUIGUE J., obs. Cass. civ.1re, 25 février 1997, *Gaz. Pal.* 1997.1.273.

GUIGUE J., Paris, 2 avril 1999, *Gaz. Pal.* 16-17 juin 1999, p. 81.

GUIGUE J., note Cass. civ. 1re, 29 juin 1999, *Gaz. Pal.* 29-30 octobre 1999, p. 37.

GUIGUE J. et GOMBAULT N., note Paris, 15 janvier 1999, *Gaz. Pal.* 16-17 juin 1999, p. 74.

GUIHO P., note TGI Avranches, 10 juillet 1973, *D.* 1974.174.

GULMANN C., concl. C.J.C.E., 6 avril 1995, *Rec. CJCE*.I. p.743.

GULPHE P., note Cass. crim., 8 mai 1947, *D.*1948.109.

GULPHE, concl. Cass. civ. 1re, 29 mai 1984, *JCP* 1984.II.20259,

GULPHE, concl. Cass. civ. 1re 13 février 1985, *JCP* 1985.II.20388.

GULPHE, concl. Cass. civ. 1re, 18 mars 1986, *JCP* 1986.II.20629.

H. M., note Poitiers, 17 décembre 1968, *Gaz. Pal.* 1969.1.171.

HASSLER T. et LAPP V., obs. Paris, 24 février 1998, *D.* 1999. somm. 123.

HAURIOU M., note C.E. 25 mai 1906, *Chemin de fer d'Orléans, S.*1908.3.65.

HAURIOU M., note C.E., 17 janvier 1923, *S.*1925.3.17.

HAUSER J., obs. Cass. civ 1re, 21 mai 1990, *RTDC* 1991.289.

HAUSER J., obs. Bordeaux, 1er octobre 1991, *Cah. juris. d'Aquitaine*, 1992.115, *RTDC* 1992.56.

HAUSER J., obs. C.E.D.H., 25 mars 1992, *RTDC* 1992.540.

HAUSER J., obs. Ass. plén., 11 déc. 1992, *RTDC* 1993. 97 et 325.

HAUSER J., obs. Bordeaux, 7 juin 1994, *RTDC* 1994.836.

HAUSER J., obs. Bordeaux, 26 janvier 1995, *RTDC* 1995.863.

HAUSER J., obs. Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *RTDC* 1996.871.

HAUSER J., obs. Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, *RTDC* 1997.632.

HAUSER J., obs. Cass. civ. 2e, 19 mars 1997 *RTDC* 1997. 632.

HAUSER J., obs. Paris, 6 mai 1997, *RTDC* 1998.71.

HEERS M., concl. Trib. adm. Strasbourg, 17 juillet 1990, *Gaz. Pal.* 1991.1.52 ; *RDSS* 1991.69.

HEERS M., concl. CAA Paris, 9 juin 1998, *RFDA* 1998.1231.

HENNERON S., obs. C.E., 14 février 1997, *D.* 1998.somm. 294.

HENRY J.-F., concl. C.E. 22 avril 1960, *RDP* 1960.1213.

HERMON C., note C.E., 3 novembre 1997, *Gaz. Pal* 1998.1.doct.341.

HOCQUET-BERG S., note Cass. civ. 1re,21 mai 1996, *Gaz. Pal.* 1997.2.565.

HOCQUET-BERG S., note Paris, 15 janvier 1999, *Les petites Affiches,* 15 juin 1999, n°118, p. 25.

HONORAT E. et BAPTISTE E., chr. C.E., 27 septembre 1989, *AJDA* 1989.776.
HUET J., obs. Ass. Plén., 9 mai 1984 *RTDC* 1984.508.
HUET J., note Ass. Plén., 30 oct. 1988, *JCP* 1988.II.20932.
HUET-WEILLER D., obs. Ass. Plén., 31 mai 1991.*RTDC* 1991.517.
J.A, note Cass. civ., 16 décembre 1963, *JCP* 1964.II.13660.
J.C., obs. C.E., Ass. 2 juillet 1982, *AJDA* 1983.206.
J.M., note Paris, 26 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982.2.519.
JACQUES Ph., note Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *Gaz. Pal.* 1997.1.86.
JEOL M., concl., Ass. plén., 11 déc. 1992, *JCP* 1993.II.21991 ; *Gaz. Pal.* 1993.1.180.
JEOL M., concl. Ass. Plén., 10 novembre 1995, *JCP* 1996.II.22564 ; *Gaz. Pal.* 1996.1.174.
JONQUERES J., rapp. Ass. Plén., 7 mars 1986, *RDPI* 1986, n°3.203.
JORION B., note C.E., 17 décembre 1997, *D.* 1998.591.
JOSSERAND, rapp. Cass. civ., 20 mai 1936, *D.P.* 1936.I.88.
JOURDAIN P., note Ass. Plén., 9 mai 1984, *JCP* 1984.II.20256.
JOURDAIN P., note Cass. civ. 1re, 3 mars 1987 et 31 mars 1987, *D.* 1987. 445.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 2e, 21 mai 1990, *RTDC* 1990.488.
JOURDAIN P., obs. Cass. crim., 14 juin 1990, *RTDC* 1991.126.
JOURDAIN P., obs. Cass. crim., 13 juin 1991, *RTDC* 1992.125.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ.1re, 25 juin 1991, *RTDC* 1991.753.
JOURDAIN P., obs. Paris, 28 février 1992, *RTDC* 1992.574.
JOURDAIN P., obs. Cass. crim., 24 juin 1992, *RTDC* 1993.142.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 2e, 20 juillet 1993,*RTDC* 1994.107.
JOURDAIN P., obs. Cass. soc., 11 octobre 1994, *RTDC* 1995.890.
JOURDAIN P., obs. Ass. Plén., 10 novembre 1995, *RTDC* 1996.187.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 3e, 14 février 1996, *RTDC* 1997.142.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *RTDC* 1996.628.
JOURDAIN P., obs. Cass. crim., 20 mars 1996, *RTDC* 1996.912.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 1re, 26 mars 1996 (2 arrêts), *RTDC* 1996.623.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 1re, 21 mai 1996, *RTDC* 1996.913.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, *D.* 1997.somm.289.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 1re, 25 février 1997, *RTDC* 1997.434.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 2e, 19 mars 1997, *RTDC* 1997. 675.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 1re, 8 juillet 1997, *RTDC* 1998.126.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 1re, 28 octobre 1997, *RTDC* 1998.123.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 1re, 17 février 1998, *RTDC* 1998.681.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 1re, 27 mai 1998 et 7 octobre 1998, *RTDC* 1999.111.
JOURDAIN P., obs. Cass. civ. 1re, 29 juin 1999, *RTDC* 1999.841.
JOURDAN D., note Cass. soc., 29 novembre 1990, *JCP* éd. E. 1992.II.247.
KEREVER A., obs. Cass. civ. 1re, 2 mai 1989 *RIDA*, janvier 1990, p. 290.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 10 mars 1987, *RGAT* 1988.129.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 13 mars 1990, 2 mai 1990 et 21 mai 1990, *RGAT* 1990.603.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 17 juillet 1990, *RGAT* 1990.880.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 3 janvier 1991, *RGAT* 1991.177.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 14 mai 1991 et 2 juillet 1991, *RGAT* 1991.620.

KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 17 décembre 1991, *RGAT* 1992. 364.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 24 mars 1992, *RGAT* 1992.347.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 7 juillet 1992, *RGAT* 1992.617.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 6 janvier 1993 et 20 janvier 1993, *RGAT* 1993.340.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 8 juillet 1994, *RGAT* 1994.1089.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 30 janvier 1996, *RGDA* 1996. 401.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 30 janvier 1996, *RGDA* 1996.399.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 10 avril 1996, *RGDA* 1996.716.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 22 octobre 1996, *RGDA* 1997.224.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 26 novembre 1996, *RGDA* 1997.132.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 13 mai 1997, *RGDA* 1997.829.
KULLMANN J., note Cass. civ. 1re, 7 juillet 1998, *RGDA* 1998.748.
L.S, note, Cass. civ., 18 décembre 1912, *D.P.* 1915.1.17
LABBEE X., note T.G.I Toulouse, 16 juillet 1992, *JCP* 1992.II.21965.
LABETOULLE D., concl. C.E., 6 mars 1981, *RDSS* 1981.413.
LACHAISE G., note Cass. soc., 20 mars 1996, *JCP* éd. E. 1996.II.850.
LAMBERT-FAIVRE Y., note Cass. civ. 2e, 15 décembre 1986, *D.*1987.450.
LANGLOIS Ph., obs. Cass. soc., 8 octobre 1987, *D.*1988.somm.322.
LAROCHE-GISSEROT F., note Cass. civ. 1re, 27 mai 1998, *D.* 1998.531.
LARROUMET C., note Cass. civ. 2e, 21 juillet 1982, *D.* 1982.449.
LATOURNERIE R., concl. C.E. Sect. 28 juin 1935, *S.* 1937.3.43.
LAULOM S., note Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, *D.*1997.403.
LE BRIS R.-F., note Cass. civ. 1re, 26 mai 1964, *D.* 1965.109.
LE ROY M., note Cass. civ. 2e, 19 juillet 1966, *D.* 1966.598.
LE ROY M., note TGI Laval, 13 février 1967, *D.* 1968.39.
LE ROY M., note C.E., 11 février 1972 et Cass. soc., 1er mars 1972 , *D.* 1972.426.
LE TOURNEAU Ph., note Colmar, 24 juin 1975, *D.* 1976.249.
LE TOURNEAU Ph., note Riom, 6 juillet 1989, *D.* 1990.284.
LE TOURNEAU Ph., note Cass. civ.1re, 25 juin 1991, *D.*1991.566.
LECOCQ P.-A., note C.E., 3 novembre 1997, *Les petites affiches*, 9 janvier 1998, n°4, p. 16.
LEGAL A., note Cass. crim., 8 mai 1947, *JCP* 1948.II.4141.
LEVASSEUR G., obs. Cass. crim., 25 avril 1967, *RSC* 1968.77.
LEVASSEUR G., obs. Cass. crim., 2 novembre 1967, *RSC* 1969.606.
LEVASSEUR G., obs. Cass. crim., 14 janvier 1970, *RSC* 1970.866.
LEVASSEUR G., Cass. crim., 14 janvier 1971, *RSC* 1971.423.
LEVASSEUR G., obs. Cass. crim., 29 novembre 1972, *RSC* 1973.408.
LEVASSEUR G., obs. Cass. crim., 10 avril 1973, *RSC* 1973.900.
LEVASSEUR G., obs. Cass. crim., 8 janvier 1991, *RSC* 1991.760 et 1993.100.
LEVASSEUR G., obs. TGI Annecy, 9 octobre 1991, *RSC* 1994.107.
LEVASSEUR G., obs. Cass. crim., 31 mars 1992, *RSC* 1993.101.
LEVENEUR L., obs. Cass. civ. 1re, 29 avril 1997, *Contrats, conc. consom.* 1997.comm.111.
LINDON R, concl. Cass. civ. 1re, 12 février 1963, *JCP* 1963.II.13107.
LINDON, concl. Cass. civ. 1re, 29 avril 1963, *JCP* 1963.II.13226.

LINDON R, concl. Cass. civ. 1re, 26 mai 1964, *JCP* 1964.II.13751.

LINDON R., concl. Ass. Plén., 27 novembre 1970, *D.* 1971.181.

LINDON R., concl. Cass. ch. Mixte, 28 janvier 1972, *JCP* 1972.II.17050.

LINDON R., note T.G.I. Paris réf., 20 juin 1973, *D.* 1974.766.

LINDON R., note Cass. civ. 1re, 16 décembre 1975, *D.* 1976.397.

LINDON R., note Paris, 25 octobre 1982, *D.* 1983.363.

LINDON R., note Paris, 3 novembre 1982, *D.*1983.248.

LINDON R., note Paris, 9 novembre 1982, *D.*1984.30.

LOISEAU G., note Cass. crim., 20 octobre 1998, *JCP* 1999.II.10044.

LONG M., concl. C.E. Sect., 19 octobre 1956, *D.*1956.681 ; *RDP* 1957.310 ; *AJDA* 1956.477.

LUCAS A., note Cass. civ. 1re, 2 mai 1989, *JCP* 1990.II. 21392.

LUCAS-GALLAY I., note 19 mars 1997, *Les petites affiches,* 8 mars 1999, n°47, p.16.

LUCHAIRE F., note Conseil constitutionnel, 88-244 DC 20 juillet 1988, *D.* 1989.269.

LYON-CAEN G., note Cass. soc., 14 juin 1972; *JCP.* 1972.II.17275.

MAILLOL F, note C.E., 14 février 1997, *RDSS* 1998.94.

MAISL H., note C.E., 10 juillet 1996, *AJDA* 1997.191; *D.I.T.* 1997/1.21.

MALEVILLE M.-H., note Cass. civ. 1re, 2 avril 1997, *RGDA* 1997.737.

MALEVILLE M.-H., note Cass. civ. 1re, 9 juin 1998, *RGDA* 1998.782.

MALEVILLE M.-H., note Cass. civ. 1re, 23 juin 1998, *RGDA* 1998.755.

MALEVILLE M.-H., note Cass. civ. 1re, 4 mai 1999, *RGDA* 1999.670.

MALEVILLE M.-H., note Cass. civ. 1re, 19 mai 1999, *RGDA* 1999.661.

MALEVILLE M-H. et MALEVILLE V., note Cass. civ. 1re, 29 avril 1997, *Les petites affiches*, 15 août 1997, n°98, p.15.

MARGEAT H. et LANDEL J., note Cass. civ. 1re, 15 octobre 1991 et 16 juillet 1991, *RGAT* 1991.825.

MARGUENAUD J.-P., note C.E.D.H., 25 mars 1992, *D.* 1993.101.

MASSIP J., obs. Cass. civ. 1re, 3 juin 1980, *Defrénois* 1981.380.

MASSIP J., obs. Paris, 26 mars 1982, *Defrénois* 1982.1240.

MASSIP J., rapp. Cass. civ. 1re, 13 décembre 1989, *D.* 1990.273.

MASSIP J., rapp. Cass. civ 1re, 21 mai 1990, *JCP* 1990.II.21588 ; *D.* 1991.169.

MASSIP J., obs. Ass. Plén., 31 mai 1991, *Defrénois* 1991.948.

MASSIP J., obs. Ass. plén., 11 déc. 1992, *Defrénois* 1993.414.

MASSIS T., obs. Paris, 27 mai 1997, *D.* 1998.somm. 85.

MASSIS T., obs. Paris, 24 février 1998, *D.* 1999.somm. 167.

MATHELY P., obs. Cass. com., 17 octobre 1995, *Ann. propr. ind.* 1996.5.

MATHIEU B., note Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994, *D.*1995.237.

MATHIEU B., note C.E., 14 février 1997, *RFDA* 1997.374.

MATTER, concl Cass. civ., 20 mai 1936, *D.P.* 1936.I.88 ; *Gaz. Pal.* 1936.2.41.

MAUGUE C et TOUVET L., chr. C.E., 9 avril 1993, *AJDA* 1993.344.

MAURICE R., note Cass. civ. 1re, 17 mars 1993, *RGAT* 1993.547.

MAURICE R., note Cass. civ. 1re, 12 mai 1993, *RGAT* 1993.760.

MAURY J., note Cass. civ. 1re, 8 juillet 1994, *RGAT* 1994.1198.

MAURY J., note Cass. civ. 1re, 15 février 1995, *RGAT* 1995.406.

MAURY J., note Cass. civ. 1re, 13 février 1996, *RGDA* 1996.281.

MAURY J., note Cass. civ. 1re, 13 mars 1996, *RGDA* 1996.687.

MAURY J., note Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *RGDA* 1996.684.
MAYAUX L., note Cass. civ. 1re, 12 janvier 1999, *RGDA* 1999.309.
MAYAUX Y, obs. Cass. crim., 14 février 1996, *RSC* 1996. 856.
MAZEAUD A., note Cass. soc., 5 décembre 1995, *Dr. soc.* 1996.425.
MAZEAUD A., obs. Cass. soc, 13 janvier 1998, *Dr. soc.* 1998.281.
MAZEAUD A., obs. Cass. soc., 28 janvier 1998 *Dr. soc.* 1998.406.
MAZEAUD A., obs. Cass. soc., 16 juillet 1998, *Dr. soc.* 1998.950.
MAZEAUD D., obs. Ass. Plén., 10 novembre 1995, *Defrénois* 1996.762.
MAZEAUD D., obs. Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *D.* 1997.somm. 28.
MAZEAUD D., obs. Cass. civ. 1re, 21 mai 1996, *D.* 1997.somm.287.
MAZEAUD D., obs., Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *D.* 1999.somm.259.
MAZEAUD H. et L., obs. Cass. civ., 29 mai 1951, *RTDC* 1951.508.
MAZEAUD H., obs. Cass. com., 19 juin 1951, *RTDC* 1951.515.
MAZEAUD H. et L., obs. Paris, 13 janvier 1959, *RTDC.*1959.322.
MAZEAUD H., note Req., 1re juin 1932, *S.* 1933.1.49.
MAZEAUD J., note Cass. civ. 1re, 4 février 1969, *D.* 1969.601.
MAZEAUD H. et L., obs. Toulouse, 14 décembre 1959, *RTDC* 1960.298.
MAZEN N.-J., note Lyon, 17 janvier 1980, *Gaz. Pal.* 1981.2.491.
MELLOTEE, concl. Cass. soc., 10 février 1966, *D.* 1966.305.
MEMETEAU G., note Cass. crim., 15 mai 1984, *D.* 1986.106.
MEMETEAU G., note Versailles, 17 janvier 1991, *JCP* 1992.II.21929.
MEMETEAU G., note Ass. plén., 11 déc. 1992, *JCP* 1993.II.21991.
MEMETEAU G., obs. Bordeaux, 14 janvier 1993, *RDSS* 1994.269.
MEMETEAU G., obs. Versailles, 8 juillet 1993, *RDSS* 1994.268.
MEMETEAU G., note Cass. civ. 1re, 3 mars 1998, *RDSS* 1999.568.
MEMETEAU G., note Paris, 9 juin 1998, *Les petites affiches,* 23 avril 1999, n°81, p. 10.
MEMETEAU G., obs. Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, *RDSS* 1999.566.
MESTRE J., obs. Cass. civ. 1re, 10 mai 1989,*RTDC* 1989.738.
MESTRE J., obs. Cass. com., 23 octobre 1990, *RTDC* 1991.747.
MESTRE J., obs. Cass. civ. 1re, 29 avril 1997, *RTDC* 1997.924.
MESTRE J., obs. Cass. civ. 1re, 14 octobre 1997, *RTDC* 1998.100.
MESTRE J., obs. Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *RTDC* 1999.86.
MEURISSE R., note Cass. civ. 2e, 13 mars 1957, *S.*1958.77.
MEURISSE R., note Cass. soc. 5 mars 1964, *D.* 1964.681.
MEURISSE R., note Cass. civ. 2e, 19 juillet 1966 *JCP* 1966.II.14902.
MIHURA J., note Ch. Réunies, 15 juillet 1941, *JCP* 1941.II.1705.
MODERNE F., note C.E., Ass. 2 juillet 1982, *Gaz. Pal.* 1983.1.193.
MOINE-DUPUIS I., note Cass. crim., 4 février 1998, *JCP* 1999.II.10178.
MOORE J.-G., note Dijon, 18 décembre 1997, *Gaz. Pal.* 1998.1.71.
MOORE J.-G., note Trib. aff. san. soc. Valenciennes, 16 décembre 1997 et Trib. aff. san. soc. Bouches-du-Rhône, 7 février 1995, *Gaz. Pal.* 1998.1. somm. 137.
MOREAU J., note C.E., 9 avril 1993, *JCP* 1993.II.22061.
MOREAU J., note C.E., 14 février 1997, *JCP* 1997.II.22828.
MOREAU J., note C.E., 3 novembre 1997, *JCP* 1998.II.10016.
MOREL R.-L., note Cass. civ., 18 décembre 1912, *D.*. 1914.1.249.

MOULY J., obs. TGI Annecy, 9 octobre 1991, *D.* 1993.somm.337.

MOURGEON L., note Cass. crim., 30 octobre 1974, *JCP*.1975.II.18038.

MOUSSERON J.-M., TEYSSIE B. et VIVANT M., note Ass. Plén., 7 mars 1986, *JCP* 1986.II.20631.

MOUSSY P., note Cass. soc., 10 juillet 1996, *Dr. ouvrier* 1996.457.

MURAT P., obs. Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *JCP* 1996.I.3946, n°6.

N'GUYEN VAN THUONG, note C.E., 14 février 1997, *Les petites affiches*, 9 juillet 1997, n°82, p. 41.

NAST M., note Cass. civ., 27 juin 1939 et 27 mai 1940, *D.C.* 1941.53.

NERSON R., note Cass. civ ., 29 mai 1951, *S.* 1953.41.

NERSON R., note Cass. com., 19 juin 1951, *S.* 1952.1.89.

NERSON R., obs. Cass. civ. 2e, 12 décembre 1979, *RTDC* 1981.149.

NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI J., obs. TGI Paris, 1er juin 1982, Paris, 26 mars 1982, *RTDC* 1983.328.

NICOT, rapp. Ass. Plén., 30 oct. 1988, *JCP* 1988.II.20932.

ONORIO (d') J.-B., note C.E., Ass. 2 juillet 1982*D.* 1984.425.

P.G.,note Ass. Plén., 18 juillet 1980, *D.* 1980.394.

PAGEAUD P.-A., Cass. crim., 13 janvier 1955, *JCP* 1955.II.8560.

PAILLET M., note C.E., 9 avril 1993; *RDP* 1993.1099.

PECRESSE V., concl. C.E., 14 février 1997, *Rec. C.E.* p.44 ; *RFDA* 1997.374

PELISSIER G., note Paris, 9 juin 1998, *D.* 1999, 277.

PELISSIER J., note Cass. soc., 21 mars 1979, *D.* 1979.413.

PELISSIER J. obs. Cass. soc., 27 mars 1990, *D.* 1991.somm.150.

PENNEAU J., note Cass. civ. 1re, 27 mars 1973, *D.*1973.595.

PENNEAU J., note Cass. civ. 1re, 16 décembre 1975, *JCP* 1976.II.18503.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 18 décembre 1979, *D.*1981.somm.256.

PENNEAU J., obs. Cass. crim., 7 janvier 1980, *D.*1981.somm.257.

PENNEAU J., obs. Lyon, 8 janvier 1981, *D.*1982.somm.274.

PENNEAU J., note Cass. civ. 1re, 24 mars 1981, *D.* 1981.546.

PENNEAU J., obs. C.E., 27 janvier 1982, *D.* 1982.IR.275.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 23 février 1982, *D.* 1983.IR.499.

PENNEAU J., note Cass. civ. 1re, 9 mai 1983, *D.* 1984.121.

PENNEAU J., note Cass. civ. 1re, 30 novembre 1983, *JCP* 1984.II.20222.

PENNEAU J., obs. Cass. crim., 20 mars 1984, *D.* 1985.somm.363.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 11 décembre 1984, *D.* 1985.somm.367.

PENNEAU J., note Cass. civ. 1re, 8 janvier 1985, *D.* 1986.391.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 11 février 1986, *D.* 1987. somm. 25.

PENNEAU J, obs. Poitiers, 9 avril 1986, *D.*1987. somm.419.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 20 janvier 1987, *D.*1987.somm.419.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 11 octobre 1988, *D.* 1989.somm.317.

PENNEAU J., obs. Paris, 17 février 1989, *D.* 1989.somm.316.

PENNEAU J., obs. Riom, 6 juillet 1989, *D.* 1991.somm. 179.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 7 février 1990, *D.* 1991.somm. 183.

PENNEAU J., obs. Pau, 8 mars 1990, *D.* 1991.somm. 357.

PENNEAU J., obs. Cass. civ.1re, 25 juin 1991, *D.* 1993.somm. 27.

PENNEAU J., obs. Versailles, 20 décembre 1991, *D.*1993. somm.30.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1 re, 14 janvier 1992, *D*.1993.somm.29.

PENNEAU J., obs. Paris, 20 février 1992, *D*.1993. somm.30.

PENNEAU J., obs. Versailles, 8 juillet 1993, *D*.1995.somm.98.

PENNEAU J., obs. Paris, 17 décembre 1993, *D*.1995.somm.99.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 26 mars 1996 (2 arrêts) et C.E., 14 février 1997, *D*. 1997.somm. 322.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 21 mai 1996, *D*. 1997.somm.320.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 25 février 1997, *D*. 1997.somm.319.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, *D*. 1997.somm.315.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 28 octobre 1997, *D*. 1999.somm.383.

PENNEAU J., obs. Cass. crim., 8 avril 1998 et Cass. civ. 1re, 12 janvier 1999, *D*. 1999.somm.381.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 29 juin 1999 (3 arrêts), *D*. 1999.somm.395.

PENNEAU J., obs. Cass. civ. 1re, 15 juillet 1999, *D*. 1999.somm.393.

PENNEAU M., note Angers, 11 septembre 1998, *D*. 1999.46.

PERREAU E.-H., note Lyon, 17 novembre 1904, *S*. 1907.2.233.

PERROT R., note Cass. civ., 29 mai 1951, *JCP* 1951.II.6421.

PERROT R., obs., Douai, 14 octobre 1983 et TGI Lille 16 novembre 1983, *RTDC* 1985.455.

PERSONNAZ J., note Cass. civ. 3e, 25 février 1971, *JCP* 1971.II.16812.

PETIT C., concl. Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *JCP* 1998.II.10185.

PHILBERT A., obs. Cass. soc., 10 juillet 1996, *CBS* 1996.317, A. 62.

PICCA, concl. Ass. Plén., 18 juillet 1980, *D*. 1980.394.

PILON, rapp., Req., 1er juin 1932, *D.P*. 1932.1.102.

PINAULT M., concl. C.E. Ass., 2 juillet 1982, *RDSS* 1983.95.

PLAISANT R., note Cass. civ. 1re, 9 novembre 1983, *Gaz. Pal*. 1984.1.177.

PORCHY S., note Cass. civ. 1re, 8 juillet 1994, *D*. 1995.217.

PORCHY S., note Cass. civ. 1re, 27 mai 1998, *D*. 1999.21.

PORCHY S., note Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *D*. 1999.145.

POUJOL N., note Trib. com. Compiègne, 2 juin 1989, *D.I.T*. 1989-4.60.

POUPON P.-J., note Cass. soc., 20 mai 1980, *JCP* 1981.II.19538.

PRETOT X, obs. Conseil constitutionnel, 88-244 DC 20 juillet 1988, *Dr. soc*. 1988.762.

PRIEUR R., note Cass. civ. 1re, 4 février 1969, *JCP* 1969.II.16030.

R.I., note Paris, 11 mai 1937, *JCP* 1937.II.376.

R.L, note Cass. soc., 19 décembre 1961 et 19 juillet 1962, *JCP* 1962.II.12894.

RABUT A., note Cass. civ. 1re, 27 janvier 1970, *JCP*.1970. II. 16422.

RADE C., note Cass. soc., 11 octobre 1994, *D*. 1995.440.

RADE C., note Cass. soc., 28 octobre 1997, *D*. 1998.219.

RADOUANT J., note Cass. civ. 2e, 13 mars 1957, *D*. 1958.73.

RAPP L., note C.E. Ass., 22 janvier 1982, *JCP* 1983.II.19943.

RAVANAS J., note Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, *JCP* 1997. II. 22805.

RAVANAS J., note Cass. civ. 1re, 25 février 1997, *JCP*.1997.II.22873.

RAYMOND G., note Nancy, Ch. des mineurs, 3 décembre 1982, *JCP*. 1983.II.20081.

RAYMOND G., note Cass. civ. 2e, 22 octobre 1964, *D*. 1965.344.

RAYNAUD P., note T. enf. Evry, 8 novembre 1982, *D*.1983.218.

REMY Ph., note Cass. civ. 1re, 28 avril 1993, *RGAT* 1994.235.

REMY Ph., note Cass. civ. 1re, 7 janvier 1997, *RGDA* 1997.154.

REVET Th., comm. décret n°97-704 du 30 mai 1997, relatif au registre national des refus de prélèvement sur une personne décédée d'organes, de tissus et de cellules, *RTDC* 1997.768.

REYNES B., obs. Cass. soc., 7 octobre 1997, *D.* 1999.somm.302.

RIPERT G., note Cass. com., 19 juin 1951, *D.* 1951.717.

ROBERT A., obs. Cass. crim., 16 juin 1992, *D.*1993.somm.35.

ROBERT, rapp. Cass. crim., 14 janvier 1971, *D.*1971.164.

ROBERT, rapp. Cass. crim., 10 février 1976, *D.* 1976. 297.

ROCHE-DAHAN J., note Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *D.* 1997.35.

RODIERE R., obs. Nîmes, 19 octobre 1964, *RTDC* 1965.361.

RODIERE R., obs. Cass. civ. 2e, 15 décembre 1965, *RTDC* 1966.534.

ROUAST A., note Ch. Réunies, 15 juillet 1941, *D.C.*1941.117.

ROUAULT M.-C., obs. C.E., 15 mars 1996, *JCP* 1996.IV.1593,

ROUJOU BOUBEE G., note Tribunal correctionnel de Rouen, 9 juillet 1975, *D.*1976.531.

RUBELLIN-DEVICHI J., obs. Nancy, 11 mai 1987, *RTDC* 1989.293.

SADON P.-H., concl. Cass. civ. 1re, 30 novembre 1983, *JCP* 1984.II.20222.

SAINTE ROSE J., concl. Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *JCP* 1998.II.10179.

SAINT-JOURS Y., note Cass. soc., 24 avril 1969, *D.* 1969.649.

SAINT-JOURS Y., note Cass. soc., 31 janvier 1973, *JCP* 1973.II.17535.

SAINT-JOURS Y., note Cass. soc., 8 mars 1972 et 31 janvier 1973, *JCP* 1973.II.17535.

SAINT-JOURS Y., note Cass. soc., 17 octobre 1973, *JCP* 1974.II.17698.

SAINT-JOURS Y., note Ass. Plén., 18 juillet 1980, *JCP* 1981.II.19642.

SAINT-JOURS Y., note Cass. soc., 22 novembre 1990, *D.* 1991.263.

SAINT-JOURS Y. note Cass. soc., 14 mai 1998, *D.* 1998.534.

SALEILLES R., note Cass. civ.,16 juin 1896, *D.P.* 1897.1.433.

SARGOS P, rapp. Cass. civ 1re, 25 février 1997, *Gaz. Pal.* 1997.1.274.

SARGOS P., rapp. Cass. civ. 1re, 18 mars 1997, *JCP* 1997.II.22829.

SARGOS P., rapp. Cass. civ. 1re, 8 juillet 1997, *JCP* 1997.II.22921.

SARGOS P., rapp. Cass. civ. 1re, 14 octobre 1997, *JCP* 1997.II.22942.

SARGOS P., note Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *JCP* 1998.II.10179.

SARGOS P., rapp. Cass. civ. 1re, 12 janvier 1999, *JCP* 1999.II.10025.

SARGOS P. rapp. Cass. civ. 1re, 4 mai 1999, *JCP* 1999.II.10176.

SARGOS P., rapp. Cass. civ. 1re, 29 juin 1999, *JCP* 1999.II.10138.

SARRUT L., concl. Cass. civ. 16 juin 1896, *D.P.* 1897.1.433.

SAVATIER J., note Cass. soc., 14 juin 1972, *Dr. soc.* 1972.465.

SAVATIER J., note Cass. soc., 17 octobre 1973, *Dr. soc.* 1974.290.

SAVATIER J., note Cass. crim., 4 mai 1976, *Dr. soc.*1977.47.

SAVATIER J., note Cass. soc., 29 mai 1986, *Dr. soc.*1986. 788.

SAVATIER J., note Cass. soc., 26 juin 1986, *Dr. soc.* 1986.787.

SAVATIER J., note Cass. soc., 12 mars 1987, *Dr. soc.* 1987.612.

SAVATIER J., note Cass. soc., 29 novembre 1990, *Dr. soc.* 1991.115.

SAVATIER J., note Cass. soc., 20 mars 1996, *Dr. soc.* 1996.684.

SAVATIER J., note Cass. soc., 14 janvier 1997, *Dr. soc.* 1997. 313.

SAVATIER J., note Cass. soc., 21 janvier 1997, *Dr. soc.* 1997.245.

SAVATIER J., note Cass. soc., 28 janvier 1998, *Dr. soc.* 1998.276.
SAVATIER J., note Cass. soc., 28 octobre 1998, *Dr. soc.* 1999.11.
SAVATIER J., note Cass. soc., 10 novembre 1998, *Dr. soc.* 1998.189.
SAVATIER R., note Angers, 4 mars 1947, *D.*1948.299.
SAVATIER R., note Cass. civ., 29 mai 1951, *D.* 1952.53
SAVATIER R., note Lyon 17 novembre 1952, *JCP* 1953. II. 7541.
SAVATIER R., note Cass. civ. 1re , 28 décembre 1954, *D.*1955.249.
SAVATIER R., note Cass. civ. 1re, 8 novembre 1955, *JCP* 1955.II.9014.
SAVATIER R., note Paris, 5 mai 1957, *JCP* 1957.II.10020.
SAVATIER R., obs. Paris, 13 janvier 1959, *JCP* 1959.II.11142.
SAVATIER R., note Toulouse, 14 décembre 1959, *JCP* 1960.II. 11402.
SAVATIER R., note Cass. civ. 1re, 28 juin 1960, *JCP* 1960.II.11787.
SAVATIER R., note Cass. civ. 1re, 1er février 1961, *JCP* 1961.II.12129.
SAVATIER R., note Aix-en-Provence, 18 janvier 1962, *JCP* 1962.II.12892.
SAVATIER R., note Cass. soc., 31 janvier 1963, *JCP* 1963.II.13122.
SAVATIER R., note Cass. civ. 2e , 28 janvier 1966, *D.*1967.447.
SAVATIER R., note Cass. crim., 22 décembre 1966, *JCP* 1967.II.15126.
SAVATIER R., note Cass. crim., 3 juillet 1969, *JCP* 1970.II.16447.
SAVATIER R., note Cass. civ. 1re, 17 novembre 1969, *JCP* 1970.II.16507.
SAVATIER R., note Rouen, 17 décembre 1970, *D.*1971.152.
SAVATIER R, note C.E., 11 février 1972, *JCP* 1973.17363.
SAVATIER R., note, Cass. civ. 1re, 23 mai 1973, *JCP* 1975.II.17955.
SAVATIER R., note, Cass. crim. 30 octobre 1974 *D.* 1975.178.
SAVATIER R., note Tribunal correctionnel de Rouen, 9 juillet 1975, *JCP* 1976.II.18258.
SCHUTTER (de) O., note C.J.C.E., 5 octobre 1994 , *Rev. trim. dr. h.*1995.97.
SEILLAN H., note Cass. crim., 4 janvier 1983, *D.*1983.256.
SERIAUX A., note sous Cass. civ. 1re, 13 décembre 1989, *JCP* 1990.II.21526.
SERNA M., note TGI Paris, 13 janvier 1997, *JCP* 1997.II.22845.
STARCK B., note Cass. com. 14 février 1973, *JCP* 1973.II.17451.
TANON, rapp. Cass. crim., 19 décembre 1885, *S.*1886.I.86.
TERRE F., note, Ass. Plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991.II.21752.
TERRIER-MAREUIL I., concl. Paris, 15 janvier 1999, *Gaz. Pal.* 16-17 juin 1999, p. 74.
TEYSSIE B., obs. Paris, 6 mai 1997, *JCP* 1997.I.4052, n°3.
TEYSSIE B., obs. Cass. soc., 1er juin 1983, *JCP* éd. E. 1984.I.13063.n°6.
THIRIEZ F., note C.E., 9 avril 1993, *Les petites affiches*, 19 mai 1993, n°60, p. 15.
THOMAS V, note Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, *D.* 1999.653.
THOUVENIN D., note C.E. Ass., 22 janvier 1982, *RDSS* 1982. 596.
THOUVENIN D., note Ass. Plén., 31 mai 1991, *D.* 1991.417.
TORTAT R., note Cass. crim., 1er juillet 1937, *S.* 1938. 1.193.
TUNC A., obs. Paris, 20 juin 1960, *RTDC.*1960.646.
TUNC A., obs. Cass. civ. 1re, 28 juin 1960, *RTDC* 1961. 112.
TUNC A., obs. Cass. civ.1re, 7 novembre 1961, *RTDC* 1962.462.
TUNC A., obs. Paris, 5 juin 1962, *RTDC* 1963.87.
TUNC A., note Cass. civ. 2e, 17 décembre 1963, *D.*1964.569.
VASSAUX J., note Bordeaux, 7 juin 1994, *JCP* 1996.II.22590.

VERGNAUD P., note C.E., 22 avril 1960, *AJDA* 1960. II.140.

VERPEAUX M., note C.E., 27 septembre 1989, *D.* 1991.80.

VINEY G.., note Cass. com., 14 février 1973, *D.* 1973.562

VINCENT F., note Cass. civ. 1re, 22 avril 1992, *RGAT* 1992.582.

VINEY G., obs. Paris, 16 juin 1995, *JCP* 1996.I.3985, n°23.

VINEY G.., note Ass. Plén., 10 novembre 1995, *JCP* 1996.II.22564.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 2e, 28 février 1996 et Cass. crim., 14 février 1996, *JCP* 1996.I.3985, n°15.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 2e, 28 février 1996, *JCP* 1996.I.3985, n°14.

VINEY G., obs. C.E. 15 mars 1996, *JCP* 1996.I.3985, n°23.

VINEY G.., obs. Cass. crim., 20 mars 1996, *JCP* 1996.I.3985, n°22.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 1re, 26 mars 1996, *JCP* 1996.I 3985, n°19.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 1re,21 mai 1996, *JCP* 1996.I.3985, n°24.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, *JCP* 1997.I.4025, n°1.

VINEY G.., obs. C.E., 14 février 1997, *JCP* 1997.I.4025, n°19 à 22.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 1re, 25 février 1997, *JCP* 1997.I.4025, n°7 à 12.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 1re, 30 septembre 1997, *JCP* 1998.I.144, n°21.

VINEY G. , obs. Cass. civ. 1re, 14 octobre 1997, *JCP* 1997.I. 4068, n°6 à 10.

VINEY G.., obs. Cass. soc., 28 octobre 1997, *JCP* 1998.I.185, n°6 et 7.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 1re, 28 octobre 1997, *JCP* 1998.I.144, n°15.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 1re, 17 février 1998, *JCP* 1998.I.144, n°20.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 1re, 27 mai 1998, *JCP* 1998.I.187, n°32.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, *JCP* 1998.I.187, n°34.

VINEY G., obs. Cass. civ. 1re, 7 octobre 1998, *JCP* 1999.I.147, n°14 et 15.

VINEY G.., obs. Paris, 15 janvier 1999, *JCP* 1999.I.147, n°13.

VINEY G.., obs. Cass. civ. 1re, 29 juin 1999, *JCP* 2000.I.199, n°15 et s..

VIVANT ET LUCAS, obs. Ass. Plén., 7 mars 1986, *JCP* 1986. Ed.E. 1986.I.15791, n°1.

WAHL A., note Cass. civ., 6 avril 1903, *S.* 1904.1.273.

WALINE M., note C.E. Sect. 28 juin 1935, *D.*1936.3.20.

V-RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS SUR LA BIOETHIQUE ET LA GENOMIQUE

FRANCE

ACADEMIE DES SCIENCES, La brevetabilité du génome, Rapport n°32, Lavoisier 1995.

ACADEMIE DES SCIENCES, Développements et applications de la génomique. L'après-génome, Rapport sur la science et la technologie, n°1, éd. Tec&Doc, 1999.

ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, Rapport sur le diagnostic génétique et la thérapie génique, 1995.

ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport d'information sur la bioéthique, B. Bioulac, n°2565, 18 février 1992.

CCNE, Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme. Réflexions et propositions. Réflexions et propositions, n°2, 9 octobre 1984.

CCNE, Avis sur les registres médicaux pour les études épidémiologiques et de prévention. Rapport, n°4, 6 mai 1995.

CCNE, Avis sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal. Rapport, n°5, 13 mai 1985.

CCNE, Avis sur la thérapie génique,n°22, 13 décembre 1990.

CCNE, Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population. (Problèmes des « banques » de l'ADN, des « banques » de cellules et de l'informatisation des données), n°25, 24 juin 1991

CCNE, Avis sur la non-commercialisation du génome humain. Rapport. Réflexions générales sur les problèmes éthiques posés par les recherches sur le génome humain, n°27, 2 décembre 1991.

CCNE, Avis sur le recensement des glaucomateux en France et la localisation chromosomique du (ou des) gène(s) responsable(s), n°33, 19 janvier 1993.

CCNE, Avis et recommandations sur « Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention ». Rapport, n°46, 30 octobre 1995, Doc. Française, 1997.

CCNE, Avis sur la constitution de collections de cellules embryonnaires humaines et leur utilisation à des fins thérapeutiques ou scientifiques. Rapport, n°53, 11 mars 1997.

CCNE, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche, n°58, 12 juin 1998.

CCNE, Réexamen des lois de bioéthique, n°60, 25 juin 1998.

CONSEIL D'ETAT, Section du rapport et des études présidée par G. BRAIBANT, Sciences de la vie : de l'éthique au droit, Doc. Française, 1988.

CONSEIL D'ETAT, Rapport public 1998 -Jurisprudence et avis de 1997- Réflexions sur le droit de la santé, Doc. Française 1998.

CONSEIL D'ETAT, Les Lois de bioéthique : 5 ans après, 25 novembre 1999, Doc. Française, 1999.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, La France face au défi des biotechnologies : quels enjeux pour l'avenir ?, P. Rouvillois et G. Le Fur, Les éditions des Journaux officiels, juillet 1999.

CONSEIL NATIONAL DU SIDA, Rapport sur Assurance et VIH Sida, 20 septembre 1999.

HAUT COMITE DE LA SECURITE SOCIALE, Rapport concernant la médecine prédictive, 30 mars 1990.

LENOIR N., Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française, avec la collaboration de B. Sturlèse, Rapport au Premier ministre, 2 tomes, Doc. Française, 1991.

MATTEI J.-F., La vie en questions : pour une éthique biomédicale, Rapport au Premier ministre, Doc. Française, 1994.

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, Rapport sur la protection intellectuelle des résultats des recherches sur le génome humain et les banques de cellules et de données sur l'ADN, 10 juin 1994.

OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme : bouleversement sans contrôle ou législation à la française, F. Sérusclat, Assemblée nationale, n°2588 et Sénat, n°262, 28 février 1992.

OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, Rapport sur l'application de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, A. Clayes et C. Huriet, Assemblée Nationale, n°1407, Sénat, n°232, 18 février 1999.

OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHONOLIQUES, Rapport sur Génomique et informatique : l'impact sur les thérapies et sur l'industrie de la pharmaceutique, F. Sérusclat, Assemblée Nationale, n°1871, Sénat, n°20, octobre 1999.

ORDRE NATIONAL DES MEDECINS, Déontologie médicale et diagnostic génétique, Rapport présenté par B. Hoerni et adopté par le Conseil National le 26 septembre 1997.

TRAVAUX PREPARATOIRES des deux lois du 29 juillet 1994 et de la loi du 1er juillet 1994 :

- Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain :

ASSEMBLEE NATIONALE, Projet de loi relatif au corps humain, n°2599, 25 mars 1992, présenté par M. Sapin.

ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi relatif au corps humain, B. Bioulac, n° 2871, tome I, 30 juin 1992.

SENAT, Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au corps humain, G. Cabanel, n°230, 12 janvier 1994.

ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi, modifié par la Sénat, relatif au respect du corps humain, J. Bignon, n°1062, 31 mars 1994.

SENAT, Rapport sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture, relatif au respect du corps humain, G. Cabanel, n°398, 4 mai 1994.

ASSEMBLEE NATIONALE n°1386 et SENAT n°515, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au respect du corps humain, J.Bignon et G. Cabanel, 15 juin 1994.

- Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal :

ASSEMBLEE NATIONALE, Projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, n°2600, présenté par J.-L. Bianco, 25 mars 1992.

ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, B. Bioulac, n° 2871, tome II, 30 juin 1992.

SENAT, Avis présenté au nom de la Commission des Affaires culturelles sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au don et à l'utilisation des parties et produits du corps humain, à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal ainsi qu'au comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, P. Laffitte, n°234, 12 janvier 1994,

SENAT, Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au don et à l'utilisation des parties et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal ainsi qu'au comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, J. Chérioux, n°236, 12 janvier 1994.

ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.-F Mattéi, n°1057, 25 mars 1994.

SENAT, Rapport sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture, relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J. Chérioux, n°395, 4 mai 1994.

ASSEMBLEE NATIONALE n°1369 et SENAT n°497, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et

produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.-F. Mattéi et J. Chérioux, 10 juin 1994.

Loi n°94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés :

ASSEMBLEE NATIONALE, Projet de loi relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, n°2601, 25 mars 1992, présenté par H. Curien.

ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, B. Bioulac, n°2871, tome II, 30 juin 1992.

SENAT, Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, A. Türk, n°209, 21 décembre 1993.

ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi modifié par le Sénat, relatif au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.-F Mattéi, n°1057, 25 mars 1994.

SENAT, Rapport sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, A. Türk, n°397, 4 mai 1994.

ASSEMBLEE NATIONALE, Rapport sur le projet de loi, modifié par le Sénat en deuxième lecture, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.-F. Mattéi, n°1338, 3 juin 1994.

AUTRES INSTITUTIONS

COMMISSION EUROPENNE, Groupe de conseillers pour l'éthique de la biotechnologie de la Commission européenne, Avis sur les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions portant sur des éléments d'origine humaine, 25 septembre 1996

COMMISSION EUROPENNE, Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies, Avis relatif aux aspects éthiques des banques de tissus humains, 21 juillet 1998.

CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution (78) 29 sur l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine, 11 mai 1978.

CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n°R (90) 13 sur le dépistage génétique anténatal, le diagnostic génétique anténatal et le conseil génétique y relatif, 21 juin 1990.

CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n°R(92) 3 sur les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales, 10 février 1992.

CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n°(97)5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative à la protection des données médicales, 13 février 1997.

CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997.

OMS, Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe, Consultation européenne sur les droits des patients, Amsterdam, 28-30 mars 1994.

PARLEMENT EUROPEEN, Directive n°98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, 6 juillet 1998, *JOCE* n°L 213, 30 juillet 1998.

UNESCO, La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 11 novembre 1997.

INDEX ALPHABETIQUE

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A.
Abus de droit, 175 et s, 627, 764
Abus de position dominante, 522
Accident du travail et maladie professionnelle, 715, et s., 736 et s., 928 et s., 983, 1003
Accident de la circulation, 1003 et s.
Accident médical, 950 et s.
Actes matériels, 62 et s., 202 et s.
- acte matériel de disposition, 67 et s, 71, 204, 210, 215, 230 et s., 331.
- acte matériel d'administration, 66, 71, 204, 209, 213, 230 et s., 331.
- acte matériel conservatoire, 240 et s., spéc. 248, 331
Acte juridique, 126 et s., 307 et s.
- acte juridique d'administration, 57, 59, 71, 76, 127
- acte juridique de disposition, 53 et s., 71, 74, 92
- acte juridique unilatéral, 127, 139, 188
ADN, 5 et s.
Aléa
- risque, 769 et s
- absence d'aléa, 788
Analyse génomique et analyse de l'expression du gène, 14 et s.
Anonymat, 93, 416 et s.
Aptitude, avis, 703
Assistance médicale à la procréation, 580 et s.
- diagnostic préimplantatoire, 583 et s
- fécondation *in vitro,* 583 et s.
- insémination artificielle, 582, 1074 et s.
Assurance, 766 et s.
- assurance accident, 872 et s.
- assurance de responsabilité, 387,
- assurance décès, 820 et s., 831
- assurance de groupe, 885 et s.
- assurance maladie, 812 et s., 820 et s., 831
- assurance sociale, 809
Autorisation, 125 et s, voir consentement
Avortement, voir interruption de grossesse

B.
Banque de données génétiques, 489 et s.
Biopuce, 353, 479
Bonne foi, 830, 835

Brevetabilité du génome, 472 et s.

C.

Causalité, 899 et s. :

- analyse qualitative, 899, 902 et s.
- analyse quantitative, 899, 939, 960 et s.
- causalité adéquate, 905, 906, 909 et s., 921, 939, 940, 947
- causalité directe, 912, 919, 937 et s., 1041
- causalité partielle et totale, 963 et s., 984
- équivalence des conditions, 903, 904, 920
- voir naissance d'un enfant malade

Cartographie des gènes, 18 et s.

Causes d'exonération, 962 et s., 989 et s.

Certificat prénuptial, 573 et s.

Chose :

- chose commune, 446 et s., 530
- chose corporelle, 78 et s.
- chose incorporelle, 86 et s., 525
- chose par anticipation, 84, 108
- chose publique, 453 et s, 531 et s.
- chose hors du commerce, 54

Clause d'exclusion de garantie, 864 et s., 879

CNIL, 430, 432 et s., 437

Collection d'échantillons biologiques, 76, 360 et s., 436, 439 et s.

Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé, 428 et s.

Comité consultatif de protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, 422 et s., 429

Condition de garantie, 864 et s.

Condition suspensive, 184

Conseil génétique, 259, 1032 et s ; 1049 et s.

Consentement, 42 et s.

- acte juridique d'administration, 128
- consentement éclairé, voir obligation d'information
- consentement libre, 169 et s., 694, 858
- consentement préalable : 137
- distinction consentement au contrat médical et consentement à l'acte médical, 123 et s.
- impossibilité de consentir, 251 et s.
- preuve : - charge de la preuve, 286 et s.
  - modes de preuve, 303 et s.
- révocabilité, 182 et s.
- sanctions, 309 et s.
- voir autorisation
- voir présomption de consentement

Contrat d'assurance, 769 et s.

Contrat maladie redoutée et contrat dépendance, 825
Contrat médical, 58, 64, 334, 624,
- voir consentement
Corps humain et Personne, 54, 75 et s., 77, 83
- voir droit au respect du corps humain
- indisponibilité du corps humain, 50 et s.

D.
Déclaration du risque, 829 et s.
- preuve de l'inexactitude et de la mauvaise foi, 835 et s..
Découverte, 475
Dépistage génétique, 572 et s.
Devoir de sincérité, 1061 et s.
Diagnostic postnatal, 545 et s.
Diagnostic préconceptuel, 1031 et s.
Diagnostic préimplantatoire, voir assistance médicale à la procréation
Diagnostic prénatal, 557 et s., 596, 1033 et s.
Discrimination et principe de non discrimination, 648, 654, 754 et s.
Divorce pour faute, dissimulation, 1070 et s.
Domaine public, 453 et s, 462 et s, 531 et s., voir chose publique
Données acquises et actuelles de la science, 591 et s.
Droit à l'oubli, 411
Droit au mensonge :
- du médecin, 613 et s.
- de la personne, 846 et s.
Droit au respect de l'intégrité génétique, 95 et s.
Droit au respect du corps humain, 99 et s, 132 et s, 297 et s.
Droit au respect vie privée, 627, 632, 634 et s., 849 et s.
Droit d'accès, de communication et de rectification, 414 et s.
Droit d'alerte des délégués du personnel, 699
Droit d'auteur, 469, 491 et s., 632
Droits de la personnalité, 116 et s, 187, 466 et s, 631 et s.
Droit de ne pas savoir, 608 et s.
Droit de priorité scientifique, 467 et s.
Droit de retrait, 742 et s., 763
Droit du producteur de banque de données, 505
Droit personnel, 111
Droit réel, 106 et s.
Droit subjectif, 45, 47, 102 et s.

E.
Empreinte génétique, 38
Epidémiologie, 350 et s.
Equivalence des conditions, voir causalité
Erreur sur les qualités essentielles, voir nullité du mariage.

Etude génétique, 39 et s.
- spécificité, sensibilité, 354,
- valeur prédictive, 355 et s.
- obligatoire, 572 et s, 693 et s.
Extra-patrimonialité, 60, 118 et s.

F.
Fait juridique, voir acte juridique
Fait justificatif, 128, 640 et s.
Fait non fautif de la victime, 964 et s.
Faute,
- faute pénale d'imprudence, 321, 327, 917 et s.
- faute inexcusable, 1002 et s.
- faute intentionnelle, 778 et s., 1017 et s.
- faute simple de la victime, 989 et s.
Fécondation *in vitro*, voir assistance médicale à la procréation
Finalité de recherche, 157 et s, 348 et s. voir recherche biomédicale et informatique
Finalité médicale, 147 et s, 536 et s.
- pour autrui, 261, 611, 857

G.

Gène, 8,
- voir cartographie, corps humain et chose
- expressivité, 19
- pénétrance incomplète, 22
Génomique, 1

H.
Handicap, 725
- voir naissance d'un enfant malade
Hétérozygote et homozygote, 11

I.
Inaptitude, 656 et s.
- avis, 707, 746 et s.
- actuelle, 660 et s.
- future, 665 et s.
Incapable, 267 et s.
- consentement, 192 et s.
- capacité de discernement, 219 et s.
- prémajorité, 222 et s.,
Indisponibilité, voir corps humain.

Informatique, 92, 390 et s.
- collecte de données, 391
- traitement de données, 402 et s.
- opposition, 134 et s., 178 et s.
Information, voir obligation d'information
Information génétique, voir chose incorporelle
Information juridique, 87 et s.
Insémination artificielle, voir assistance médicale à la procréation
Inspecteur du travail, 747 et s.
Interruption volontaire de grossesse, 235, 566 et s., 584, 1038, 1050 et s., 1079
Invalidité, 725
Invention, 475 et s.

L.
Liberté, 44, 47, 48 et s., 98, 110, 573 et s.
- voir consentement libre
Licence 518 et s.
Licenciement, 660 et s., 735 et s.
- licenciement sans cause réelle et sérieuse, 762,
Lien de causalité, voir causalité

M.
Maladie (classification):
- par aberration chromosomique, 10, monofactorielle 11, plurifactorielle, 12
- récessive, dominante, 11
- autosomique, liée au chromosome, 11
Maladie non professionnelle, 715, 726
Médecin du travail, 663, 673 et s.
Médecine prédictive, 27, 537 et s.
Meurtre, 915
Mise en danger de la vie d'autrui, 916
Mutualisation des risques, 790 et s., 799 et s.

N.
Naissance d'un enfant malade, 1026 et s.
- faute du ou des parents, 1060 et s.
- faute du médecin, 1035 et s, 1053,
- causalité, 1037 et s., 1051 et s., 1082, 1093
- préjudice du ou des parents, 1038 et s., 1078 et s,
- préjudice de l'enfant, 1048 et s., 1090 et s
- réparation, 1043 et s, 1054 et s, 1094
Non-assistance à personne en péril, 643
Nullité du mariage, erreur sur les qualités essentielles, 1063 et s.

O.

Obligation de conseil, 604
Obligation d'information, 141 et s., 600 et s., 1027,
- étendue, 145 et s.
- compréhension, 164 et s.
- exception, 259 et s.
- preuve, voir consentement
- sanction, 324
Obligation de compétence, 591 et s
Obligation de mise en garde, 605
Obligation de moyens, 294 et s., 943 et s.
Obligation de reclassement, 714 et s.
Obligation de renseignement, 143, 600, 603, 605
Obligation de résultat, 292 et s., 952 et s.
Obligation de se renseigner, 944,
Obligation de suivi, 602
Œuvre de l'homme, 441 et s, 465,
Opération d'assurance, 788,
Ordre public et bonnes mœurs, 481 et s.

P.

Patrimoine commun de l'humanité, 450 et s., 472, 529,
Personne, voir corps humain
Personne par destination, 82 et s.
Perte d'une chance, 326 et s, 1043, 1054,
Prédisposition génétique, 25
- monogénique, 13, 19
- plurigénique, 12, 15, 20
- prédisposition à la transmission de la maladie à la descendance, 24, 216 et s, 234 et s., 357, 569 et s., 605, 898, 1026 et s.
- prédisposition à la maladie, 23 et s, 212 et s, 229 et s., 357, 544 et s., 604, 896 et s.
Préjudice de l'enfant, voir naissance de l'enfant malade
Préjudice du parent, voir naissance de l'enfant malade
Préjudice matériel, 318, 1046, 1073, 1085
Préjudice moral, 318, 1045, 1076, 1085, 1088
Préjudice de la victime prédisposée à la maladie, étendue, 975 et s.
Présomption de consentement, 239 et s, 636 et s.
- personne décédée 264 et s., 636 et s.
- personne vivante, 240 et s.
Présomption d'imputabilité de la lésion au travail, 926, 931 et s.
Prévention
- maladies professionnelles, 674 et s.
- primaire, 548 et s., 571 et s.
- secondaire, 553 et s.

Priorité scientifique, voir droit de
Producteur d'une banque de données, voir droit du
Proportionnalité 380, 541 et s.
- droit du travail, 658, 690

R.
Recherche biomédicale, 361 et s.
- recherche avec bénéfice individuel direct, 375 et s.
- recherche sans bénéfice individuel direct, 365 et s.
- voir finalité de recherche
Refus d'embauche, 660 et s.
Refus de vente, 525 et s.
Responsabilité médicale,
- pour faute, 318 et s, 542, 943 et s, 1031 et s.
- pour faute présumée, 386
- sans faute, 385, 950 et s.
Responsabilité d'un parent, voir naissance d'un enfant malade
Risque,
- voir aléa
- gravité et fréquence, 146 et s, 545 et s.
- risque aggravé, 792, 803 et s., 823, 841
- risque imprévisible chez le patient, 945 et s., 955.
- risque prévisible chez le patient, 944 et s.
- risque putatif, 775
- risque dispersé, 791, 823
- risque homogène, 792

S.
Secret médical, 393 et s., 409, 618 et s.
- travail, 709 et s.
- assurance, 782 et s.
Segmentation, 797, 811, et s
- fiabilité et pertinence, 803 et s
Sélection des personnes, 649 et s.
Sélection adverse (ou anti-sélection), 795
Sélection des risques, 767 et s., 796
Séquençage, 17
Séropositivité et Sida, 579, 614, 823, 839 et s., 855 et s., 887
Sinistre, fréquence et coût, 813 et s.
Surveillance médicale des travailleurs, 676 et s., 703
Suspension du contrat de travail, 723 et s.

T.
Test génétique, voir étude génétique
Thérapie génique, 548, 585 et s.

U.
Urgence, voir acte conservatoire

V.
Victime par ricochet, 1053, 1083
Vie privée, 90 et s, 402 et s, 576,655 et s.
- voir droit au respect de la vie privée
Violence volontaire ayant entraîné la mort sans intention de la donner, 917 et s.

S.
Sécurité sociale, voir assurance sociale

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION **2**

PREMIERE PARTIE : LES CONDITIONS DE LA DETECTION DE PREDISPOSITION GENETIQUE **18**

TITRE I - LE CONSENTEMENT DE LA PERSONNE CONCERNEE A L'ETUDE GENETIQUE DE PREDISPOSITION **20**

CHAPITRE I - LE FONDEMENT DU CONSENTEMENT 22

SECTION I - LA LIBERTE DE LA PERSONNE SUR SON INTEGRITE GENETIQUE 24

§ 1 - L'étendue du pouvoir de la personne sur elle-même 24

A) La prohibition de tous les actes juridiques de disposition ayant pour objet la personne 25

B) La licéité de certains actes matériels de disposition ayant pour objet la personne 29

§ 2 - L'objet du pouvoir de la personne : les gènes 35

A) Le gène, élément du corps humain 36

B) Le gène, porteur d'une information génétique sur la santé de la personne 39

SECTION II - LE DROIT DE LA PERSONNE AU RESPECT PAR LES TIERS DE SA LIBERTE SUR SON INTEGRITE GENETIQUE 43

§ 1 - Qualification du droit au respect de l'intégrité génétique fondée sur la prérogative conférée à son titulaire 45

A) La qualification de droit subjectif fondée sur l'existence d'une prérogative 45

B) La qualification de droit de la personnalité fondée sur la finalité de la prérogative 46

(1) Le rejet des qualifications de droit réel et de droit personnel 47

(2) La reconnaissance d'un droit de la personnalité.....50

§ 2 - Analyse de la prérogative conférée par le droit au respect de l'intégrité génétique 52

A) La qualification du consentement à la détection de prédisposition génétique 53

B) La particularité du consentement de la personne à la détection de prédisposition génétique 57

CHAPITRE II - LE RECUEIL DU CONSENTEMENT 60

SECTION I - LES MODALITES DU RECUEIL DU CONSENTEMENT 62

§ 1 - Le principe 63

A) Le consentement éclairé par la délivrance d'une information 63

(1) La loyauté de l'information assurée par la quantité des informations transmises66

a - Information et étude génétique dans une finalité médicale.....67

b - Information et étude génétique dans une finalité de recherche.....72

(2) La compréhension de l'information assurée par la qualité de cette information .76
B) La liberté du consentement exercée sans contrainte 78
(1) L'alternative: la liberté d'accepter ou de refuser l'atteinte.....78
(2) La révocabilité du consentement 84
§ 2 - Les atténuations 89
A) Le consentement donné par autrui 89
(1) L'incapable représenté.....90
a - L'acte médical réalisé sur l'incapable 92
b - L'étude génétique de prédisposition réalisée sur l'incapable.....96
(2) L'incapable assisté.....98
a - La capacité de discernement de l'incapable. 98
b - Les modalités d'assistance de l'incapable 102
B) Le consentement présumé 105
(1) La présomption de consentement d'une personne vivante 105
a - La non-application à la détection de prédisposition génétique de la présomption générale de consentement posée pour les actes médicaux. 106
b - L'application incertaine à la détection de prédisposition génétique de la présomption de consentement spécifique posée pour les études génétiques 113
(2) La présomption de consentement d'une personne décédée 116
a - Le domaine d'application de la présomption.....116
i - La présomption de consentement au prélèvement des gènes.....116
ii - La présomption d'absence d'opposition au traitement des données génétiques.....119
b - La portée de la présomption.....120
SECTION II - LA MECONNAISSANCE DES MODALITES DU RECUEIL DU CONSENTEMENT 122
§ 1 - Le régime de la preuve du recueil du consentement libre et éclairé 122
A) La charge de la preuve 123
B) Les modes de preuve 131
§ 2 - Le régime de la sanction du défaut d'un consentement libre et éclairé 134
A) Les sanctions autonomes de la réparation du préjudice subi par la personne 134
(1) Les sanctions pénales 134
(2) Les sanctions civiles 136
B) Les sanctions réparant le préjudice subi par la personne 137
(1) Les conditions de la responsabilité 137
a - Absence de consentement à l'étude génétique de prédisposition. 138
b - Absence d'information des risques de l'étude génétique de prédisposition..139
(2) La nature de la responsabilité 144
CONCLUSION TITRE I 145

TITRE II - LA FINALITE DE L'ETUDE GENETIQUE DE PREDISPOSITION 149
CHAPITRE I - LA FINALITE DE RECHERCHE : LA PROTECTION DES PROTAGONISTES DE LA RECHERCHE GENETIQUE 150
SECTION I - LA PROTECTION DES PERSONNES SOUMISES A LA RECHERCHE GENETIQUE 154
§ 1 - La réalisation de la recherche génétique encadrée par la loi 154
A) L'utilisation des collections d'échantillons biologiques à des fins de recherche génétique 156
(1) Les catégories de recherche génétique 157
a - La recherche génétique sans bénéfice individuel direct 157
b - La recherche génétique avec bénéfice individuel direct 160
(2) Les risques de la recherche génétique 162
a - La limitation des risques de la recherche génétique 162
b - La réparation du préjudice lié à la réalisation du risque de la recherche génétique 163
B) L'utilisation de l'informatique à des fins de recherche génétique 165
(1) Les modalités de la collecte de données nominatives nécessaires à la recherche génétique 166
a - La collecte indirecte de données nécessaires à la recherche génétique 167
b - La collecte directe des données nécessaires à la recherche génétique 169
(2) Le traitement de données nominatives dans une finalité de recherche génétique 171
a - La protection des données traitées 171
i - Les obligations des chercheurs 172
ii - Les droits des personnes « fichées » 177
b - La présentation des résultats de la recherche 178
§ 2 - Les contrôles de la recherche génétique 180
A) Le contrôle portant sur la recherche biomédicale 180
B) Le contrôle lié à l'utilisation de données nominatives dans une finalité de recherche génétique 183
(1) L'avis du comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé 183
(2) L'autorisation de la CNIL 186
C) Le contrôle des activités portant sur les échantillons biologiques 187
SECTION II - LA PROTECTION DES CHERCHEURS REALISANT UNE RECHERCHE GENETIQUE 189
§ 1 - La protection des chercheurs liée à la constitution de la collection d'échantillons biologiques 189
A) La nature juridique de la collection 189
(1) La collection d'échantillons biologiques : une œuvre de l'homme 190

(2) Les échantillons biologiques : biens du domaine public 191
a - Chose commune ? 192
b - Patrimoine commun de l'humanité ? 193
c - Biens du domaine public 195
B) Le régime de la collection d'échantillons biologiques 198
(1) Le régime des échantillons biologiques 198
(2) Le régime de la collection 199
§ 2 - La protection des chercheurs liée aux résultats de leur recherche 201
A) La brevetabilité des résultats de la recherche 202
(1) Les conditions de la brevetabilité 203
a - Les conditions techniques de la brevetabilité 204
b - Les conditions éthiques de la brevetabilité 208
(2) Les effets du brevet 210
B) La diffusion des résultats de la recherche 211
(1) La protection de la banque de données génétiques 212
a - La protection de la structure de la banque de données génétiques par le droit d'auteur 214
i - Condition de la protection 214
ii - Etendue de la protection conférée par le droit d'auteur 217
b - La protection du contenu de la banque de données génétiques par un nouveau droit 220
i - Condition de la protection 220
ii - Etendue de la protection conférée par le droit du producteur 221
(2) L'accessibilité de la banque de données génétiques 224
a - L'accès égalitaire à une banque de données génétiques « accessible au public » 224
b - L'accès des chercheurs imposé au producteur d'une banque de données génétiques non accessible au public 228
CHAPITRE II - LA FINALITE MEDICALE : LA GARANTIE DE L'INTERET DE LA PERSONNE A L'ETUDE GENETIQUE DE PREDISPOSITION 232
SECTION I - LES CONDITIONS DE L'EVALUATION DU RISQUE DE PREDISPOSITION GENETIQUE 234
§ 1 - L'exigence de la proportionnalité entre risques et avantages de l'étude génétique de prédisposition 235
A) Proportionnalité et prédisposition à la maladie 236
(1) Proportionnalité et diagnostic postnatal 237
(2) Proportionnalité et diagnostic prénatal 242
B) Proportionnalité et prédisposition à la transmission de la maladie à la descendance 246
§ 2 - L'exigence de compétence des opérateurs 255

A) L'exigence traditionnelle de compétence spécifique des opérateurs 256
B) Le contrôle de l'activité 258
SECTION II - LES CONDITIONS DE LA DIVULGATION DES RESULTATS DE L'ETUDE GENETIQUE DE PREDISPOSITION 261
§ 1 - La divulgation des résultats de l'étude génétique de prédisposition à la personne concernée 261
A) Le principe de la divulgation des résultats de l'étude génétique de prédisposition au patient 262
B) Limitation des exceptions à la divulgation des résultats de l'étude génétique de prédisposition 265
(1) La limitation du droit du patient de ne pas savoir 266
(2) La limitation du droit au mensonge du médecin 268
§ 2 - L'exclusion de la divulgation aux tiers des résultats de l'étude génétique de prédisposition 270
A) Le principe de non-divulgation des résultats de l'étude génétique de prédisposition aux tiers 271
(1) Le secret médical du vivant du patient 271
(2) Le secret médical après le décès du patient 277
B) La divulgation exceptionnelle des résultats de l'étude génétique de prédisposition aux proches est-elle possible ? 281
CONCLUSION TITRE II 284

DEUXIEME PARTIE : LES EFFETS SOCIAUX DE LA DETECTION DE PREDISPOSITION GENETIQUE 286

TITRE I - L'EVENTUELLE SELECTION DES PERSONNES PAR LEUR PREDISPOSITION GENETIQUE 288
CHAPITRE I - LA SELECTION DES PERSONNES PAR LEUR PREDISPOSITION GENETIQUE EN DROIT DU TRAVAIL 291
SECTION I - LA JUSTIFICATION DE LA SELECTION PAR LA NOTION D'INAPTITUDE 292
§ 1 - La justification, en principe exclue, de la sélection fondée sur les prédispositions génétiques : l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise 294
§ 2 - La justification, en principe admise, de la sélection fondée sur les prédispositions génétiques : l'intérêt sanitaire de la personne 298
A) La liceité de la sélection aux fins de prévention des maladies génétiques professionnelles 299
(1) La licéité affirmée dans son principe 299
(2) L'application restrictive du principe 302

B) L'obligation de sélection aux fins de prévention des maladies génétiques professionnelles 306
(1) La limitation de la liberté de la personne de refuser une étude génétique de prédisposition 307
(2) Le contrôle de la légitimité du caractère obligatoire de l'étude génétique de prédisposition 308
SECTION II - LA SELECTION LIMITEE PAR LE REGIME DE L'INAPTITUDE 311
§ 1 - L'intégration ou le maintien dans l'entreprise de la personne prédisposée 311
A) Aptitude de la personne prédisposée 311
B) Inaptitude de la personne prédisposée 313
(1) Inaptitude et secret professionnel 314
(2) L'obligation de reclassement 316
§ 2 - L'exclusion exceptionnelle de la personne prédisposée de l'entreprise 319
A) Justification de l'exclusion 319
(1) Exclusion sur l'initiative de l'employeur 319
a - La suspension du contrat de travail du salarié prédisposé 320
b - Le licenciement du salarié prédisposé 325
(2) Auto-exclusion de la personne prédisposée 327
B) Contrôle de l'exclusion 329
(1) Le contrôle administratif de l'avis d'inaptitude 329
(2) Le contrôle judiciaire de la légitimité de l'exclusion 332
a - Le contrôle du caractère non discriminatoire de l'exclusion 332
i - La preuve de la discrimination 332
ii - Les sanctions de la discrimination 333
b - Le contrôle du caractère réel et sérieux de l'exclusion 335
CHAPITRE II - LA SELECTION DES PERSONNES PAR LEUR PREDISPOSITION GENETIQUE EN DROIT DES ASSURANCES 337
SECTION I - L'INTERDICTION DE SELECTIONNER LES RISQUES LIES AUX PREDISPOSITIONS GENETIQUES EST-ELLE LEGITIME EN DROIT DES ASSURANCES ? 338
§ 1 - L'incidence de l'interdiction sur l'essence aléatoire du contrat d'assurance 338
A) L'incidence de la prédisposition sur l'existence d'un événement incertain 341
B) L'incidence de la volonté exclusive de l'assuré dans la réalisation du risque de prédisposition 342
§ 2 - L'incidence de l'interdiction sur le but anti-aléatoire de l'opération d'assurance 347
A) La mutualisation, imposée à l'assureur, des risques liés aux prédispositions génétiques est-elle, en théorie, légitime ? 351
B) L'application de la segmentation aux risques liés aux prédispositions génétiques est-elle, en pratique, nécessaire ? 355

(1) Exemple de la prédisposition génétique au cancer du sein 356
(2) Interprétation de l'exemple 358
SECTION II - L'INTERDICTION DE SELECTIONNER LES RISQUES LIES AUX PREDISPOSITIONS GENETIQUES EST-ELLE EFFICACE EN DROIT DES ASSURANCES ? 362
§ 1 - La paralysie imparfaite des méthodes directes de sélection des risques 362
A) Une interdiction relative : le questionnaire de santé sur les prédispositions génétiques 363
(1) L'information portant sur les données génétiques non recueillies par une étude génétique de prédisposition 363
(2) Le silence de l'assuré sur les résultats d'une étude génétique de prédisposition 370
B) Une interdiction absolue : la réalisation d'une étude génétique de prédisposition 374
§ 2 - L'interdiction contournée par les méthodes indirectes de sélection des risques 377
A) Clause imposant à l'assuré d'adopter une conduite préventive 379
B) Clause ne garantissant pas les suites d'une prédisposition génétique 381
(1) Condition de garantie dans l'assurance accident corporel 382
(2) Clause d'exclusion de garantie dans les assurances maladie et décès 385
a - La liberté de l'assureur d'exclure les suites de prédisposition génétique dans les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1989... 385
b - La liberté limitée de l'assureur d'exclure les suites de prédisposition génétique dans les contrats conclus après l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1989 386
CONCLUSION TITRE I 391

TITRE II - LA RESPONSABILITE DE LA REALISATION DU RISQUE LIE A UNE PREDISPOSITION GENETIQUE 392
CHAPITRE I - LA RESPONSABILITE DU DECLENCHEMENT DE LA MALADIE D'UNE PERSONNE GENETIQUEMENT PREDISPOSEE 394
SECTION I - INCIDENCE DE LA PREDISPOSITION DE LA VICTIME SUR L'EXISTENCE DU LIEN DE CAUSALITE ENTRE LE DECLENCHEMENT DE LA MALADIE ET LE FAIT DU TIERS 396
§ 1 - Incidence de la prédisposition sur l'analyse du lien de causalité en droit commun 399
A) L'analyse faite par les juridictions civiles 399
B) L'analyse faite par les juridictions pénales 402
§ 2 - Incidence de la prédisposition sur l'analyse du lien de causalité dans les domaines particuliers du travail salarié et de la relation médicale 409
A) L'incidence de la prédisposition d'un salarié sur la reconnaissance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle 411

B) L'incidence de la prédisposition du patient sur la reconnaissance de la responsabilité du médecin 416
(1) La responsabilité pour faute du médecin 416
(2) La responsabilité sans faute du médecin 420
SECTION II - INCIDENCE DE LA PREDISPOSITION DE LA VICTIME SUR L'ETENDUE DE SON DROIT A REPARATION 426
§ 1 - Le principe : la réparation intégrale du préjudice causé à la victime prédisposée 426
A) Le refus d'exonération en présence d'une prédisposition ayant contribué au dommage causé par le défendeur 427
B) La limitation de l'indemnisation de la victime prédisposée au seul préjudice causé par le défendeur. 435
(1) L'aggravation, par le fait dommageable, de la maladie de la victime prédisposée 435
(2) La précipitation, par le fait dommageable, de l'apparition de la maladie d'une victime prédisposée 438
§ 2 - L'exception : la limitation ou l'exclusion de la réparation du préjudice en raison d'une initiative fautive de la victime prédisposée 441
A) La faute simple de la victime prédisposée 441
B) La faute qualifiée de la victime prédisposée 447
(1) La faute inexcusable 447
a - La faute inexcusable de la victime prédisposée dans les régimes spéciaux d'indemnisation 448
b - La faute inexcusable en droit commun 453
(2) La faute intentionnelle de la victime prédisposée 455
CHAPITRE II - LA RESPONSABILITE DE LA TRANSMISSION DE LA MALADIE A LA DESCENDANCE DE LA PERSONNE GENETIQUEMENT PREDISPOSEE 460
SECTION I - LA RESPONSABILITE DU MEDECIN 461
§ 1 - La responsabilité du médecin à l'égard des parents 461
§ 2 - La responsabilité du médecin à l'égard de l'enfant 470
SECTION II - LA RESPONSABILITE DE L'UN DES PARENTS 476
§ 1 - La responsabilité de l'un des parents à l'égard de l'autre 476
A) Le préjudice résultant de la rupture du lien conjugal 477
B) Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint de la maladie génétique 484
§ 2 - La responsabilité de l'un des parents à l'égard de l'enfant 487
CONCLUSION DU TITRE II 490

CONCLUSION GENERALE 492

BIBLIOGRAPHIE **498**

INDEX ALPHABETIQUE **536**

TABLE DES MATIERES **544**